

PRINCIPIOS SUSTANTIVOS Y PROCEDIMENTALES DEL RÉGIMEN
SANCIONATORIO CONTRACTUAL, CONFLICTOS ENTRE LAS PRERROGATIVAS
CONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS
CONTRATISTAS

VÍCTOR ANDRÉS GÓMEZ ANGARITA

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR:
DR. CIRO GÜECHÁ

2020

CONTENIDO	
PRINCIPIOS SUSTANTIVOS Y PROCEDIMENTALES DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO CONTRACTUAL, CONFLICTOS ENTRE LAS PRERROGATIVAS CONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS CONTRATISTAS.....	
	6
INTRODUCCIÓN:.....	6
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	14
HIPÓTESIS.....	15
OBJETIVO GENERAL.....	16
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	16
PRIMER CAPÍTULO.....	17
1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL.....	17
2. INTERÉS GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	18
3. FUNCIÓN SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	21
4. IUS PUNIENDI.....	28
5. FACULTADES EXHORBITANTES.....	40
5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	40
5.1.1. VIGENCIA DEL DECRETO LEY 222 DE 1983	40
5.1.2. TRÁNSITO HACIA LA LEY 80 DE 1993	41
5.1.3. LEY 80 DE 1993	41
6. GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.	45
6.1. DEBIDO PROCESO	45
6.1.1. PRINCIPIOS DE DERECHOS SUSTANTIVOS	53
6.1.2. PRINCIPIO DE DERECHOS ADJETIVOS	55
A) PRINCIPIO DE DERECHO DE DEFENSA	56
B) PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	58
C) PRINCIPIO DE LA TIPICIDAD.....	64

D)	PRINCIPIO DE LA DISCRECIONALIDAD	66
E)	PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	71
F)	PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM	73
G)	DERECHO DE AUDIENCIA.....	77
H)	PRINCIPIO DE NO REFORMATIO IN PEIUS.....	82
I)	PRINCIPIO DE IGUALDAD	85
	SEGUNDO CAPÍTULO	89
1.	TENSIÓN GENERADA POR EL ABUSO DE LA DISCRECIONALIDAD	100
2.	DISCRECIONALIDAD EN LA CITACIÓN	101
3.	¿LA CITACIÓN PUEDE CONSTITUIR UNA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN EQUIVALENTE A UN PREJUZGAMIENTO?	107
4.	NULIDADES PROCEDIMENTALES	114
5.	VALOR PROBATORIO DEL INFORME TÉCNICO DE INTERVENTORÍA.....	117
6.	TENSIÓN DE PRINCIPIO POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL LÍMITE PROCEDIMIENTO.....	118
7.	TENSIÓN GENERADA POR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS FALTAS Y LAS SANCIONES.....	129
8.	TENSIÓN GENERADA POR EL OPERADOR ADMINISTRATIVO	133
9.	TENSIÓN GENERADA POR DEFICIENCIAS EN LA CONTRADICCIÓN	140
10.	¿CUÁLES SON LAS NORMAS APLICABLES AL RÉGIMEN PROBATORIO?	147
11.	¿ES POSIBLE LAS INTERVENCIONES DE LA INTERVENTORÍA O SUPERVISIÓN EN DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO?	150
12.	¿PUEDE EXISTIR UNA VARIACIÓN DE CARGOS EN DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO? Y DE OCURRIR, ¿SE GENERARÍA UNA ANOMALÍA PROCESAL?	151
13.	FRENTE A LOS VACÍOS PROCESALES, ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO APLICABLE?	151
14.	¿DEBE TENER ALEGATOS DE CONCLUSIÓN LA DILIGENCIA?	152
15.	¿LA FACULTAD SANCIONATORIA IMPLICA LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE SANCIONES SOBRE CLÁUSULAS TIPO O EN BLANCO? CONTESTAR	153
16.	¿LA DUDA DEBE RESOLVERSE A FAVOR DEL ADMINISTRADO?	154
17.	¿EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AUNADO A LA SOLEMNIDAD CONTRACTUAL PUEDEN DAR CABIDA A LA EXIGIBILIDAD DE ACTAS, COMPROMISOS, ENTRE OTROS, ¿AJENOS AL CONTRATO?, ES DECIR: ¿EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMITE TIPICIDAD INDIRECTA?	154

18.	TENSIONES DEL RESULTADO COMPARATIVO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE LA LEY 1437 DE 2011 Y EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011.	155
19.	INCUMPLIMIENTO DE LOS COMETIDOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL.....	160
20.	TENSIÓN GENERADA POR LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO, ANALISIS DE CASOS EN CONCRETO.....	162
20.1.	CASO 1 IDU – CONSORCIO SCALA, ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA TENDIENTE A NO CANCELAR PAGOS DEL CONTRATO.	162
20.2.	CASO 2 UT MAGISTERIO REGIÓN 4 – FOMAG: VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO....	165
20.3.	CASO 3: CUMARAL -UT CUMARAL SEGURA (PREJUZGAMIENTO, ERRORES DE PLANEACIÓN).....	168
20.4.	CASO 4: DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA PÓLICIA / UT MEDIPOL – PROBLEMA PROBATORIO	171
20.5.	CASO 5 FUNAMBIENTE / CÚCUTA - CADUCIDAD A TODA COSTA /CAMBIO DE REGLAS DE JUEGO	172
20.6.	OTROS CASOS.....	173
	TERCER CAPÍTULO	177
1.	PROPUESTAS DE AJUSTE AL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL	177
2.	CHOQUE DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES – PRIMACIA DEL DERECHO DE DEFENSA DEL CONTRATISTA.....	177
3.	FUNCIONARIO PÚBLICO DE CONOCIMIENTO PREPARADO	181
3.1.	PERFIL	181
3.2.	CAPACITACIONES A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL	183
3.3.	RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y PENAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO.....	184
4.	ACCIÓN DE REPETICIÓN	188
5.	IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO QUE CONOCE LA ACTUACIÓN	189
6.	TÉRMINOS CLAROS	191
7.	CONCLUSIONES.....	193
21.	BIBLIOGRAFÍA.....	196

**Principios Sustantivos y Procedimentales del Régimen Sancionatorio Contractual,
Conflictos entre Las Prerrogativas Contractuales de la Administración y los Derechos de
los Contratistas.**

Introducción:

La estructura administrativa sobre la cual está fundado el Estado Social de Derecho Colombiano, está diseñada para buscar siempre la satisfacción misma del interés general, a través de la interacción activa entre los ciudadanos y la Administración Pública, en toda la extensión territorial y en todos los niveles respectivamente.

Del mismo modo, a efectos de realizar una adecuada administración, aquella requiere estar dotada de poderes especiales y de forma proporcional, de limitaciones y deberes en su ejercicio, a efectos de garantizar que siempre estén controladas por organismos independientes tendientes a buscar la imparcialidad.

Es por ello que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo actual colombiano fundó como primer principio de la actuación administrativa la del debido proceso, indicando lo siguiente:

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

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

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia

establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem”. (Congreso de la República, 2011).

Es palmario entonces la ley establece unos parámetros sobre los cuales se debe regular la interacción entre el Estado y sus administrados, siempre procurando evitar abusos de los ciudadanos o de la misma administración, propugnando la ley por el respeto de los valores constitucionales de dignidad del ser humano, libertad de participación, con plena garantía del debido proceso.

Cabe denotar que en Colombia no solo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se ocupó de la institución del debido proceso, sino que fue la misma Constitución Política la encargada de destinar en el artículo 29 de la misma, las consideraciones generales sobre tal, así:

Artículo 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. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Así pues, el marco normativo otorgó bases sólidas sobre las cuales debe fundarse la actuación administrativa, partiendo de la base de que en la Constitución Política de 1991 se estableció un Estado Social de Derecho, en el cual garantizar la dignidad humana es un objetivo y obligación primordial, materializada en derechos subjetivos contenidos en el ordenamiento jurídico, los cuales propenden por satisfacer los propios fines de aquella Carta Política.

En suma, forma parte del respeto por la dignidad la salvaguarda del Debido Proceso, concepto que abarca una serie de garantías y derechos que en parte limitan a la administración en su quehacer diario y de paso, garantizan la legalidad de la manifestación propia del Estado en sus distintas manifestaciones del Derecho.

Por su parte, en la actualidad se habla de buena administración, se comenta de buena gobernanza, se indica que *“el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”* (Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo , 2013).

En tal sentido, para lo que interesa al presente documento, la Ley 80 de 1993 se funda como uno de los mecanismos de interacción entre los particulares y la administración, estableciendo reglas claras para acceder a contratar con el Estado Colombiano, se fijan mecanismos de participación, cuantías, reglas, principios, deberes y procedimientos en general para la celebración del contrato público.

Dentro de la mentada ley, se deja total claridad de que la Administración tiene una ubicación privilegiada y superior frente a su cocontratante, ello con el fin de poder ejercer acciones eficaces que estén dirigidas.

Es menester indicar que el Derecho Administrativo no escapa del imperio del artículo 29 Constitucional, según el cual el debido proceso es de obligatorio cumplimiento para toda clase de actuaciones administrativas.

Debe destacarse que este Derecho Constitucional aludido no solo propende por la garantía y efectividad de los derechos de las personas, sino que también es una herramienta del Estado para una adecuada búsqueda del orden justo, por lo que va más allá del principio de tipicidad de las conductas y las sanciones, del establecimiento de competencias y de la fijación de reglas procedimentales sobre sus diligencias.

Así mismo, de la mera lectura del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia se colige que esta cláusula constitucional implica per se, el reconocimiento de prerrogativas propias del Estado frente a los particulares, las cuales están encausadas a la materialización de los fines y cometidos estatales; en materia administrativa, no son más que el ejercicio propio del *ius puniendi* en cabeza del Estado, manifestado históricamente por algunos autores como el Derecho de Policía. (RESTREPO MEDINA & NIETO RODRIGUEZ, 2017, pág. 17).

Sin embargo, a pesar de estar debidamente contenida la garantía procesal en el máximo ordenamiento colombiano, la manifestación práctica de aquel derecho implica dificultades que no han sido fáciles de resolver, que han requerido de años de evolución doctrinaria, legislativa y jurisprudencial o que simplemente aún requieren de un mayor desarrollo.

Y es que si bien, el desarrollo y aplicación extensiva de la garantía constitucional del debido proceso se ha desarrollado ampliamente en distintas ramas del derecho, como el Penal, no ocurre lo mismo en cuanto al procedimiento sancionatorio contractual, presentándose vacíos que eventualmente dan lugar a la aplicación de márgenes de discrecionalidad que rayan incluso con la arbitrariedad.

En vista de que la rama del derecho penal ofrece el punto de partida y las normas rectoras con las cuales podría existir una orientación ideológica y funcional del Derecho Administrativo Sancionatorio Contractual, teniendo de presente que en el ejercicio del *Ius Puniendi* Administrativo general se ha aceptado la flexibilización de aquellos principios y garantías procedimentales del área penal. Herrera Robles citado por Expósito indica que “*la aplicación del debido proceso como derecho fundamental en el Derecho*

administrativo no se puede ver con el mismo rigorismo que se predica de las actuaciones judiciales” (Expósito Vélez, 2018, pág. 476).

De forma general, se puede inferir que dentro de los principios que ha desarrollado con amplitud el Derecho Penal se encuentran: el de legalidad, de antijuridicidad material, el de culpabilidad, el principio de conocimiento de la ley, el principio de la prohibición de analogía, el de igualdad, el del carácter finalista de las reacciones penales, el de favorabilidad, el de cosa juzgada, el de juez natural, el de *non bis in idem*, la doble instancia, entre otras.

A pesar de la multiplicidad de principios que buscan traducirse en garantías, en la práctica se evidencian problemas en la materialización del Derecho Penal que hacen pensar en márgenes de desigualdad o de injusticia, cuanto más podrá ocurrir en otras áreas del Derecho que carecen de la rigurosidad y ritualismo en cuanto a garantías, tal como en el procedimiento contemplado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 (Procedimiento de declaratoria de incumplimiento contractual colombiano).

En materia administrativa, el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 atrajo herramientas propias del Derecho Penal al Administrativo, tales como: *Non bis in idem*, *non reformatio in pejus*, legalidad de las faltas y las sanciones; esto como materialización de lo que la jurisprudencia y la doctrina venían desarrollando tiempo atrás, tal y como más adelante se observará en este documento.

Así pues, para el Derecho Administrativo se ha aceptado la aplicación de los principios y garantías propios del Derecho Penal, sin embargo, aquella aplicación acepta una flexibilización conforme las materias que uno y otro manejan.

Puestas las cosas así de presente, se recalca la necesidad de reglas claras en cuanto al procedimiento y competencias propias de una actuación administrativa en la que el Estado ejerce su poder punitivo; necesidad que inmiscuye a la actividad contractual de la administración.

Y es que tal actividad contractual es una herramienta básica a través de la cual el Estado materializa sus cometidos y fines, ya sea en la construcción de obras públicas, en el desarrollo de trabajos intelectuales o en general, en el suministro de bienes o servicios que se requieren para la ejecución de políticas públicas, así como la ejecución de un gasto público, por lo que es imprescindible la necesidad de dotar de facultades especiales para que el Estado pueda satisfacer sus necesidades frente a inconvenientes internos o externos que afecten el cumplimiento de las prestaciones sinalagmáticas de la contratación pública.

Dichas prerrogativas no han sido estáticas, sino que por el contrario han sido el producto de un desarrollo normativo del Derecho Contractual Administrativo en Colombia, teniendo como últimos hitos normativos al Decreto 222 de 1983, a la Ley 80 de 1993, a la Ley 1150 de 2007, al Decreto 4828 de 2008, al Decreto 734 de 2012, el Decreto 1510 de 2013 y actualmente al Decreto 1082 de 2015; de la lectura de los mismos, se encontrará que si bien existió una capacidad sancionatoria en cabeza de la administración descrita en el Decreto 222 de 1983, aquella fue obviada en la Ley 80 de 1993, por lo que solo hasta el año 2007 se contempló nuevamente esta facultad, siempre y cuando se cumpliera con el requisito de que el Contratista sobre el cual recae la investigación sancionatoria sea escuchado antes de la expedición del acto administrativo como parte de la garantía del artículo 29 Constitucional.

Tal acto administrativo sancionatorio, es además una declaración de incumplimiento de parte de su cocontratante que la administración realiza sin la necesidad de acudir al juez contencioso administrativo, simplemente haciendo uso de su facultad de expedición de actos administrativos concretos que eventualmente derivan en una inhabilidad del contratista, dichos actos siempre deben estar encaminados a la satisfacción propia de los cometidos estatales que se propenden con la salvaguarda del recurso público y del objeto contractual que tutela un beneficio mismo para los administrados, ello frente a cualquiera desviación del cauce normal de la ejecución del acuerdo de voluntades, que se traduzca en incumplimiento de las prestaciones a cargo del particular, a quien se le está confiando la materialización propia del bienestar social a través de su relación sinalagmática.

Estas situaciones de incumplimiento son tan únicas como contratos estatales existen en Colombia, por lo que en cada caso existirán variables que redundarán en consecuencias distintas que se persigan con el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, sin embargo, de plano se observa una doble condición que ostenta el funcionario público que ejerce esa potestad sancionatoria, por una parte, es extremo contractual y por otra ejerce como juez del contrato.

Por su parte, fue a través del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en donde se pretendió desarrollar todas y cada una de las actividades preliminares que la Administración debe ejecutar previo a la toma de decisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento de su contraparte, en el marco de un contrato sujeto al Estatuto de Contratación Administrativa Colombiana.

En aquel articulado (del Estatuto Anticorrupción), se aterrizaron algunas características de principios contenidos en el Derecho Penal, sin embargo, su contenido es precario en el alcance, toda vez que los cuatro literales que componen el procedimiento administrativo sancionatorio contractual en la práctica permiten un margen de discrecionalidad tal, que hacen de cada entidad estatal, un procedimiento con consecuencias, e interpretaciones ostensiblemente diferentes entre sí, transgrediendo de esta forma la garantía fundamental del Derecho al Debido Proceso.

Y es que en la práctica aún existen vacíos sobre los términos del ejercicio defensivo en el marco del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, el traslado propio de las pruebas que sean practicadas a lo largo de la diligencia, la modificación de cargos luego de ser escuchado el contratista, la subsanación de los errores procesales o nulidades presentadas, la interpretación de los alcances obligacionales, así como de los efectos por el incumplimiento, por lo que en consecuencia cada Entidad Administrativa, al hacer uso del ius puniendi administrativo contractual justifica la interpretación propia de aquellos vacíos con la búsqueda de los fines de la contratación pública; interpretando a su acomodo reglas de procedimiento propias que pueden constituir una vulneración de las reglas propias de cada juicio, del derecho de contradicción y también, del debido proceso.

Como si lo anterior fuera poco, el ejercicio práctico de la prerrogativa del *ius puniendi* administrativo propende por la consecución de los cometidos estatales como ya se advirtió, sin embargo, en materia de Contratación Estatal la imposición de multas conminatorias o declaratorias de incumplimiento con sanciones de incluso caducidad, parecería no tener la fuerza suficiente para que la Administración logre sus cometidos.

En suma, es materia de esta investigación desentrañar si la informalidad y celeridad del procedimiento administrativo sancionatorio contractual es adecuado para la salvaguarda de los recursos e intereses públicos y si además, con los lineamientos básicos que allí están contenidos se respeta la garantía del derecho de defensa y debido proceso de su investigado, o si por el contrario, existen tantos vacíos en el proceso en cuestión que la interpretación del operador administrativo conlleva siempre el uso de un exceso de discrecionalidad y por tanto de abuso de autoridad en detrimento de la garantía constitucional de las plenas formas de cada juicio.

Es por ello, que es necesario hacer un profundo análisis de las garantías propias que deben aplicarse al Procedimiento Administrativo Sancionatorio, en lo que tiene que ver con principios sustanciales como procedimentales a partir de un estudio descriptivo, para luego en un segundo capítulo, acercar dicho análisis al procedimiento en mención, con el objetivo de determinar la existencia o no de vacíos en el mismo que afecten el Debido Proceso del Contratista y del Garante vinculado, así como también, es menester analizar la eficacia del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, en relación con los objetivos y fines que se buscan tutelar, para finalmente, proponer o no los cambios que sean menester y las delimitaciones que pueden garantizar tanto la eficacia del cometido estatal, sin sacrificar la garantía del debido proceso ni mucho menos las competencias propias de la administración.

Problema de investigación

En suma, el principal problema de esta investigación está en establecer en qué medida existe un conflicto entre la búsqueda de los fines de la contratación a través del ius puniendi administrativo y la satisfacción plena del debido proceso del investigado en el marco de la contratación pública colombiana; con ello, el problema está en establecer si es debida la justificación del fin de la contratación pública para que la Entidad Estatal pueda incluso cercenar elementos de la garantía del debido proceso del particular en desarrollo de una investigación administrativa por incumplimiento de su contraparte contractual (particular).

Lo anterior, partiendo de que el Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual tiene como principal función conjurar incumplimientos del contratista y de paso, satisfacer los fines de la contratación pública en Colombia, estableciendo de forma general un valor económico (que podría ser una multa conminatoria o una Cláusula Penal o una cuantificación de perjuicios); sin embargo es menester establecer la eficacia de tal procedimiento en las eventuales resultas condenatorias contenidas en un acto administrativo, analizando si aquellas prerrogativas responden efectivamente a sus objetivos, es decir, ¿en qué dimensión la imposición de medidas económicas contribuyen al cumplimiento de los fines de la contratación?

Del mismo modo, frente a la carencia de una definición procedimental suficiente (como la del procedimiento administrativo general), es conveniente indicar en qué escala tales vacíos podrían configurar un abuso del derecho por parte del operador administrativo, quien se funda en la búsqueda del bienestar general para ejercer a su discreción la aplicación de los principios que componen la garantía fundamental del debido proceso. Y es que además de la falta de definición de términos específicos, este procedimiento es peculiar en la conveniencia de que el juez es parte contractual interesada en las resultas, denotando que en sede administrativa carece de una segunda instancia que bajo un recurso de apelación pueda eventualmente revisar la actuación adelantada, por lo que es importante establecer en ¿qué proporción puede el operador suplir la falta de

términos garantizando su imparcialidad en la actuación sin vulnerar el derecho de defensa?

Hipótesis

En efecto, la satisfacción de los principios de la contratación pública justifican la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio del régimen sancionatorio contractual, toda vez que aquella con el fin de materializar el bienestar general ordenado por la Constitución, puede interpretar los vacíos procedimentales, ejerciendo a su discreción la interpretación del procedimiento para declarar incumplimientos contractuales, en suma, frente a la coalición de principios constitucionales el objeto contractual justifica el ejercicio punitivo a cualquier costo.

O por el contrario, al existir reserva de ley, a la administración le está prohibido interpretar a su acomodo las normas y principios del procedimiento administrativo, por lo que para el ejercicio de las potestades unilaterales el Estado debe respetar siempre el ejercicio de la defensa del contratista, siendo el debido proceso como garantía fundamental preponderante en el ejercicio punitivo contractual, independiente de la suerte que corra el objeto contractual.

Objetivo General

Determinar la existencia o no de un conflicto entre los fines constitucionales de la contratación perseguido por las Entidades Estatales y el Debido Proceso del Contratista, en el ejercicio del ius puniendi contractual a partir de la identificación de las causas de éste fenómeno, analizando si su origen está por el eventual vacío de normas, o la excesiva discrecionalidad del funcionario o el desequilibrio entre las prerrogativas contractuales de la administración y los derechos de los contratistas.

Objetivos Específicos

- Proponer los principios sustantivos y procedimentales del régimen administrativo sancionatorio contractual, determinando el alcance que implica el Debido Proceso del contratista investigado, así como los principios y finalidades propios de la contratación pública colombiana a partir de los contenidos legales, doctrinales y jurisprudenciales en Colombia.

- Determinar la existencia o no de tensiones entre los fines de la contratación pública y la satisfacción del debido proceso constitucional, en el marco de las prerrogativas y alcances de la administración estatal en materia sancionatoria contractual.

- Proponer soluciones a los vacíos procedimentales que garanticen el sano ejercicio del Debido Proceso, sin menoscabar ni entorpecer la potestad sancionatoria de la administración y por tanto, colaborando con la administración en la búsqueda del objeto contractual y la protección del recurso público.

Primer Capítulo

1. Fundamentos teóricos del procedimiento administrativo sancionatorio contractual

En primera medida, a fin de poder abordar la problemática planteada en la introducción del presente escrito de tesis, es menester en forma inicial abordar el fundamento teórico del ejercicio punitivo de la administración estatal en el marco del contrato estatal sujeto al derecho contractual público, a fin de determinar la esencia de este, su fundamento jurídico, explicar su origen y el alcance del mismo.

Para tal efecto, inicialmente se abordará una aproximación teórica referida al propósito final de la Administración pública, con el objeto de explicar la razón de ser misma de la contratación pública y con ello justificar el ejercicio del *ius puniendi* que el Estado ejerce en sus acuerdos sinalmáticos, delimitando los principales hitos normativos desde el decreto 222 de 1983 hasta la fecha, en la aplicación de las cláusulas penales, las multas y en general la declaratoria de incumplimiento contractual a través del acto administrativo,.

Acto seguido, acudiendo a los principales desarrollos doctrinales, jurisprudenciales, y legales de otras áreas del derecho (Penal), se analizarán los más importantes componentes y principios que deben rodear la aplicación del Debido Proceso en desarrollo del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual, ello, por cuanto es necesario determinar de forma descriptiva las garantías y alcances de la actuación administrativa sancionatoria, establecer la naturaleza propia del interés general en el derecho administrativo, para así, determinar el ejercicio de la facultad sancionatoria de la administración, conocida como "*ius puniendi*"; una vez realizada estas aproximaciones, determinar los límites propios del Estado para con sus administrados, tomando herramientas y principios desarrollados ya sea en el derecho penal como en el derecho administrativo sancionatorio general para luego, poder discernir las aristas propias que el ejercicio de tal potestad conlleva en lo que tiene que ver con la contratación estatal colombiana.

2. Interés General del Derecho Administrativo

Uno de los conceptos jurídicos cuya definición es sutil y etérea a la vez, es la del interés general, no siendo posible determinar un concepto único sobre el mismo, no obstante, es menester indicar que la Constitución Política de Colombia estableció la búsqueda y satisfacción de aquel concepto como parte de la esencia propia del Estado, Dávila comparte esta apreciación, por lo que para aquel:

(...), podría decirse que cuando se le menciona [al interés general], se le está haciendo referencia a la totalidad de los fines del Estado. La importancia del interés general radica en el doble papel que juega en relación con el ejercicio de la función pública, porque por una parte justifica o legitima la actuación de las autoridades, pero por otra la limita y circunscribe. (Dávila 2016, pág. 2).

En tal virtud, existe una relación íntima e innegable entre la función pública y la satisfacción del interés público, siendo el derecho administrativo a grandes rasgos una herramienta vital para que el aparato estatal pueda satisfacer los fines del Estado.

Por tal motivo, es pertinente señalar que el Derecho administrativo surge como una disciplina jurídica en sí misma, es decir, dicha rama del Derecho tiene su propia autonomía con relación a las otras ramas, así como también es autónoma en relación con la administración pública y la estructura de la administración.

Para el autor Jaime Vidal Perdomo en su obra Derecho Administrativo refiere a las primeras nociones de interés general y servicio público, así:

La primera noción de interés general se utilizó mucho a principios del siglo XX, cuando el Estado impuso sus prerrogativas de poder público y generó condiciones generales de prestación de servicios para garantizar una mayor cobertura. Ejemplo claro fue el monopolio estatal impuesto sobre la generación de electricidad (...)
(Vidal 2016, pág. 2).

Para tratadistas como Jaime Rodríguez Arana el interés general consiste en: “(...) *la expresión de la voluntad general, que confiere al Estado la suprema tarea de atender el bien de todos y cada uno de los ciudadanos*” (Rodríguez, 2013, pág. 72).

Por otra parte, para el profesor Libardo Rodríguez Rodríguez el interés general está encausado en la satisfacción propia de las necesidades de una colectividad y por tanto, los funcionarios públicos deben obrar siempre con dicho fin so pena de incurrir en abuso de poder:

(...) la actividad tienda a satisfacer necesidades colectivas y no simplemente la de uno o varios individuos (...) la idea del interés general se encuentra en todas las actividades públicas, ya que los funcionarios siempre deben actuar con miras en ese interés, de manera que si lo hacen en interés simplemente particular incurren en desviación o abuso de poder. (2017. Pág. 717).

En concordancia con el interés general en el servicio público como concepto en sí mismo (León Duguit) “*consideró que el Estado fue creado con ciertos fines y por ello siguen existiendo algunos servicios clásicos propios de su naturaleza tales como (educación, seguridad, salud)*” (Gerra & Oviedo, 2010), respecto del interés general es pertinente señalar que la Honorable Constitucional en su jurisprudencia ha manifestado que el artículo 1° consagra a Colombia como un Estado social de Derecho fundado, entre otros principios, en la prevalencia del interés general. El artículo 2° establece que es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes. Por su parte, el artículo 209 de la Constitución indica que la función administrativa está al servicio del interés general y se desarrolla con fundamento en “los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

Con base en estas disposiciones, la Corte Constitucional ha ligado la actividad contractual al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. Al respecto, la sentencia C-499 de 1992 señaló lo siguiente:

“Para el cumplimiento de los fines del Estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego, el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio y la comprensión de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social de Derecho que irradian

todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución.” (Corte Constitucional , 1992)

Nótese como interés general, derecho administrativo y servicio público se entrecruzan para el adecuado funcionamiento del Estado, en esa medida, la contratación pública juega un papel relevante para el cumplimiento de los fines mismos del Estado de bienestar, en materia de contratación estatal el mismo, Tribunal Constitucional dejó claridad respecto del interés general cuando el Estado cumple los fines:

(...) La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés. (...). (Corte Constitucional, 2003).

Pero no significa que el factor de escogencia objetiva sea el único momento mediante el cual se puede asegurar la primacía del interés general, por el contrario, todos los momentos de la contratación pública están orientados a la satisfacción misma de los fines del Estado, por lo que la celebración y ejecución de un contrato con el Estado es un mecanismo por medio del cual el Derecho Administrativo puede buscar satisfacer el interés general, para la jurisdicción contenciosa administrativa, especialmente para el Consejo de Estado, el interés general se materializa en tanto:

Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho ..., la comunidad en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo

hagan guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias de cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. (Consejo de Estado, 2018).

Por ello, pretenden estas líneas dejar en claro que la búsqueda del interés general como objeto de la función pública debe prevalecer sobre cualquier acto particular; por lo cual, es posible manifestar de acuerdo a las precisiones de la institucionalidad judicial que el interés general debe ser buscado en la administración mediante el establecimiento de políticas públicas que permitan garantizar los derechos y la dignidad humana de los ciudadanos. Es decir, no será otra cosa que el administrado pueda tener un vínculo activo dentro del contrato social en el que se busque materializar los fines de la comunidad y satisfacer las necesidades de aquellas.

De ahí que la sociedad debe estar por encima de cualquier interés particular, teniendo en cuenta, que dentro del actuar de la administración cada uno de los que hagan parte de ella, directa o indirectamente, deben propender por la garantía de los fines del Estado Social de Derecho previstos en la Carta Política, según el artículo segundo de la misma.

Lo dicho hasta aquí supone, que la prevalencia del principio del interés general en las actuaciones administrativas tenga por objeto, priorizar servicios y obras que garanticen atender las necesidades que demandan los ciudadanos en forma colectiva y de ese modo lograr los propósitos del bien común que sustentan el Estado Social de Derecho.

3. Función social de la Contratación Estatal.

Definida la correlación entre el interés general y el Derecho Administrativo, es menester recalcar nuevamente en cómo éste último usa a la contratación a modo de herramienta para la satisfacción de su cometido, es por ello que la sentencia C499 de 1992 antes traída a colación, indicó:

“(...) en el estudio de la contratación estatal deben inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución.” (Corte Constitucional, 1992).

Por su parte, fue el artículo segundo Constitucional, el que indicó taxativamente como la función administrativa está al servicio del interés general. Nótese entonces que, la contratación pública debe servir como medio para la satisfacción de los fines del Estado, sin embargo, no está demás advertir que dicho fin no es el único perseguido por el contrato público, como quiera que el contratista particular, es un colaborador de la Administración, es parte activa del contrato estatal y su beneficio, es la obtención de una utilidad económica, al respecto comenta Dávila sobre el concepto de contrato estatal y sobre los beneficios que ello genera:

Con independencia de la perspectiva desde la cual se le estudie, o de la identidad de quienes lo celebren, un contrato, en su acepción más simple y esencial es la institución jurídica a través de la cual dos o más partes consienten en obligarse la una con la otra con el fin de obtener mutuos beneficios.

En este contexto, la noción de beneficio hace referencia a la concreción de un propósito que el acto juzga favorable o ventajoso para sí mismo; el concepto no puede reducirse, como lo hacen algunos, a la búsqueda de una ganancia económica. En especial resulta claro, tratándose de la contratación estatal, habida consideración que los beneficios que alientan al Estado a contratar no son de índole económica. (Dávila 2016, pág. 3).

Igualmente, en cuanto al negocio jurídico, Güecha Medina ratifica el interés general por el que propugna la Administración, con fundamento en el artículo 2 de la Constitución Política:

En el caso de la entidad estatal, generalmente como contratante en el negocio jurídico, el beneficio que busca la contratación es garantizar el interés general y satisfacer las necesidades de la comunidad; entendiendo lo anterior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, en donde se enuncian los fines del Estado, (entonces se considera a la contratación estatal como un mecanismo idóneo utilizado por el Estado para lograr el cumplimiento de sus fines esenciales), y en el caso del contratista, quien generalmente es un particular, si bien es un colaborador para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado al momento de ejecutar el contrato (...). (Güechá Torres, 2019, pág. 24).

Y es que la Ley 80 de 1993, en opinión de Dávila, fue creada por el legislador como una norma de principios mas no de reglas casuísticas, principios que pueden moldearse incluso con el paso del tiempo e interpretarse para la solución práctica de problemas y por tanto, para la adopción de decisiones tendientes a la obtención del cumplimiento de las prestaciones sinalagmáticas.

Cuando se afirma que la Ley 80 es una ley de principios, se está manifestando que se promulgó bajo la hipótesis de que ha de resultar aplicable tanto a situaciones presentes como futuras y que, sin importar el caso concreto que se esté presentado, o las circunstancias que lo rodeen, la norma debe proveer de los mecanismos necesarios para afrontarlo, por cuanto indica los valores que deben prevalecer. Por consiguiente, no se trata de un estatuto caracterizado por prohibiciones o por formalismos. Es más bien, un conjunto de reglas sobre la administración de un contrato. (Dávila Vinueza, 2016, pág. 27)

Para Expósito, el modelo de contratación pública está no solo basado en principios sino también en garantías, ello con el fin de que el colaborador de la administración esté en condiciones competitivas que estén encaminadas en la buena prestación del servicio y además, en la eficacia del mercado. (Expósito Vélez, 2018, pág. 462)

Se denota entonces que en el Derecho Administrativo y en la Contratación Estatal se establecen principios, reglas, procedimientos, disposiciones y reglamentos; con los cuales el Estado puede llegar a cumplir de manera diligente sus fines constitucionales, materializando de esa forma las políticas públicas, respecto del sentido funcional se puede manifestar:

(...) la función social del contrato está relacionada con el vínculo de solidaridad, de colaboración que debe existir entre los contratantes. Para el solidarismo, el contrato tiene una función social que debe cumplir en el sentido de que los contratantes deben ejercer la autonomía privada dentro de unos parámetros de equilibrio, cambio justo y armonía. El contrato debe ser un mecanismo de cooperación para lograr así un acuerdo libre, útil y justo. (Bernal, 2013)

Téngase en cuenta que la contratación estatal no puede ser ajena a las nociones acogidas por Betti y Bianca citadas por Bernal, en las cuales el negocio jurídico esta

íntimamente ligado no solo al campo obligacional y contractual, sino que su ejecución se basa en la buena fe y la colaboración solidaria de sus intervinientes para satisfacer y garantizar los intereses del objeto prestacional:

Autores italianos como Emilio Betti o Massimo Bianca evidencian la relación entre solidaridad y buena fe precisamente por las exigencias que limitan el actuar de los contratantes e imponen la observancia de conductas encauzadas al recto obrar contractual. De forma similar, autores del common law insisten en la importancia de la colaboración entre las partes de los contratos y la observancia de la buena fe. (Bernal, 2015)

Por su parte, el Código Civil en su artículo 1495 realiza una definición del acuerdo negocial así:

ARTÍCULO 1495. DEFINICIÓN DE CONTRATO O CONVENCION. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas. (Código Civil Colombiano , 1873).

De igual modo el Código de Comercio define el acuerdo de voluntades en su artículo 864:

ARTÍCULO 864. DEFINICIÓN DE CONTRATO. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. (Presidencia de la República, 1971)

Partiendo de las anteriores definiciones legales, es preciso resaltar de aquellas que incluso desde la etapa de construcción negocial del contrato, las partes a partir de la autonomía de la voluntad, (concepto y aporte extraído de Alemania y aplicado en Italia), deben dar estricto cumplimiento al principio de la Buena Fé, y para el caso concreto las Entidades Públicas (respecto de la administración) y los contratistas (en cuanto quienes son los interesados en llevar a cabo la prestación de un servicio, el suministro de un bien o la ejecución de una obra), deben siempre aplicar su autonomía negocial y su buena fe

contractual a todas las etapas del acuerdo sinalagmático, procurando cumplir con los fines del estado tutelados.

Ahora bien, aunado a la autonomía negocial y la buena fe contractual aquí anotadas, existen 3 elementos básicos que se deben distinguir en un contrato estatal, los cuales son (i) La clara manifestación de un interés colectivo, (ii) recursos de naturaleza pública y (iii) Un acuerdo entre las partes. (Dávila Vinueza, 2016, pág. 31)

Por su parte, la Ley 80 estableció principios básicos que gobiernan la contratación pública en Colombia, con el fin de cumplir cabalmente con el artículo 209 Superior, dentro de tales principios rectores interesan especialmente al presente escrito: la eficacia, la eficiencia, la economía y la publicidad, al respecto la Ley 80 de 1993 en su Artículo 3° manifiesta:

Art. L. 80 de 1993 De los fines de la contratación estatal.

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, 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.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. (Congreso de la República, 1993)

Y es que para el tratadista Libardo Rodríguez Rodríguez la contratación estatal tiene como cimiento el servicio público:

(...) los contratos de la administración son administrativos cuanto tienen por objeto la ejecución de un servicio público. Esta idea fue producto del gran auge que tuvo en su época la escuela del servicio público. Inicialmente se dijo que los contratos administrativos eran aquellos cuyo objeto tenía la relación con la organización o el funcionamiento de los servicios públicos. Pero al entrar en crisis la escuela, especialmente por la ambigüedad del concepto de servicio público, pues se llegó a afirmar que ya fuera directa o indirectamente la actuación de la administración de la

administración siempre tenía una finalidad de servicio público, se optó como solución que para poder calificar un contrato administrativo, con base en ese criterio, era necesario que su objeto implicaría la participación directa del contratista en la ejecución misma del servicio público (Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano , 2017, pág. 537).

Dicho lo anterior, es oportuno señalar con los aportes de los diferentes autores que la función social del contrato no es contraria a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano en materia privada y por tanto, los extremos de un contrato administrativo pueden garantizar mediante el acuerdo de voluntades un interés provechoso conforme a la naturaleza del contrato, que conlleve a la vez a una ecuanimidad tanto económica como financiera y que a su paso, garantice la satisfacción o materialización del interés general. Es decir, garantizado de esta manera el principio constitucional de igualdad. Es menester indicar que, mediante sentencia C-713 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa) la Corte Constitucional manifestó lo siguiente sobre la contratación estatal como función social:

Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines. (Corte Constitucional, 2009).

Y es que para la Honorable Corporación Constitucional los fines de la contratación para el Contratista colaborador dejan de ser meramente pecuniarios al momento de aceptar las condiciones, y por tanto, sus fines ya no son particulares sino colectivos, toda vez que a la luz del artículo 2 de la Carta se vela por un interés general al vincularse como parte de la actuación administrativa, en este caso el contrato administrativo anteriormente mencionado.

Ha coincidido la jurisprudencia en que el fin de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho se asocia directamente al interés general, puesto que el contrato estatal es uno de los “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo,

con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. (Consejo de Estado, 2016).

Retomando la inspiración de la Ley 80 en lo que respecta a principios antes condensados (Eficacia, eficiencia, economía y publicidad), es preciso advertir que los mismos son valuartes de los funcionarios de las entidades estatales, quienes son sujetos disciplinables, por lo que deben velar por el gasto público so pena de responder fiscal, disciplinaria y fiscalmente por sus actividades.

Entonces, por un lado existe un contratista colaborador que debe velar por la satisfacción del interés público tutelado, procurando generar ganancias con su aporte al Estado y por otro, existe un funcionario público que en relación con la ejecución del contrato público: (i) Debe que cumplir con el principio de la eficiencia del gasto público en la contratación, que no es otra cosa que obtener una gestión estatal con resultados consecuentes y adecuados al manejo de los recursos; (ii) tiene que ser efectivo y satisfacer un fin propuesto (principio de eficacia); (iii) Dispone que con la mínima dispersión de recursos de tiempo y dinero cumplir su cometido; y, (iv) Dar publicidad a sus actuaciones, procedimientos, y actividades contractuales; estos principios, deben perdurar en su aplicación durante todas las fases del contrato, en la medida en que es la contratación estatal un medio más para la satisfacción del interés público, al respecto Dávila indica:

Ahora bien, los fines de interés colectivo que enmarcan y justifican la celebración de todo contrato estatal, no se explican y predicen en un solo momento sino que tienen que estar presentes en todo su desarrollo

...

Lo más importante es que el contrato se cumpla, que la obra se concrete o el servicio público se realice, y para ello es preciso mantener al contratista en condiciones de ejecutar su prestación, toda vez que no es un fin estático sino dinámico y tiene que estar presente en toda la vida del contrato. (Dávila 2016, pág. 74).

Pero en el papel es fácil ver como todos los engranajes funcionan de forma eficiente y segura definiendo el rol de cada partícipe en el Contrato Estatal, sin embargo, ¿Qué pasa cuando el funcionario público en virtud de cumplir estos principios de eficacia, eficiencia del

gasto, economía y publicidad, tiene que generar un menoscabo sobre el patrimonio de su cocontratante, y de paso, menoscabar el derecho al debido proceso de orden constitucional de aquel?; en este caso habrá un choque de principios y tensión entre la búsqueda del interés público y el respeto de la dignidad humana del propio particular contratista colaborador.

Y es esta la principal razón de ser del presente trabajo de tesis de maestría, aspecto por el cual es necesario, una vez descrita la principal razón de ser de la contratación estatal (satisfacer el interés público) y su respectiva justificación, es necesario desentrañar el concepto de *ius puniendi* administrativo para luego, describir cada uno de los principios que rodean la noción de debido proceso, a fin de aterrizar los mismos al campo de procedimiento administrativo sancionatorio contractual y así, analizar cuales son las tensiones y posibles soluciones de la disputa de principios aquí planteada.

4. Ius Puniendi

En seguida de acreditar el propósito del contrato estatal, así como el rol del particular en la satisfacción del interés particular, conviene abordar el concepto de *ius puniendi* administrativo, el cual tiene bastantes matices y aplicaciones conforme al tipo de estado, su época y la rama del derecho respectiva, sin embargo, aquel concepto debe entenderse como una propiedad inane del Estado, para castigar a sus administrados en virtud de la comisión de conductas reprochables por el mismo ordenamiento jurídico, a través de un debido proceso contenido en la ley.

Así pues, es preciso señalar que el mismo (*ius puniendi*) hace parte también de la dogmática del derecho penal (como rama del derecho que por su importancia y evolución ha desarrollado un concepto amplio), consistente en aquella atribución legítima con la que cuenta el Estado, bajo la premisa contar con una potestad sancionatoria.

En materia de derecho administrativo, el *ius puniendi* se materializa en las entidades públicas y a través de los servidores públicos que cuentan con atribuciones especiales de inspección, vigilancia y control para el correcto desarrollo de actividades, contando para ello con una amalgama de normas en las cuales se determinan los propios ejercicios y límites

competenciales, estableciendo entonces sanciones propias para el ciudadano que infrinja tales términos.

(...) la función administrativa sancionadora involucra el papel activo de las autoridades, que se refleja, entre otras, en la inspección, la vigilancia y el control, originados en la Constitución Política (art. 67, 80, 150-8, 189-21, 22, 24-26, 265, 333-335, 365, 370 y 372, por lo menos), lo que exige la expedición de normas legales que doten al Estado con las herramientas necesarias para hacerlas cumplir, lo que se logra, entre otras, con la imposición de sanciones de naturaleza administrativa. (Laverde Alvarez, 2018, pág. 19).

A luz del marco constitucional vigente dentro de la actuación administrativa, se hace uso de esta facultad sin obviar los principios concordantes tales como el debido proceso, legalidad, proporcionalidad, etc; no solo en virtud del artículo 29 de la Carta Política Colombiana, sino con fundamento en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Cabe denotar que en lo que tiene que ver con el *Ius Puniendi* Administrativo, este no ha tenido un desarrollo pacífico de las garantías aplicables en su ejercicio potestativo, en la medida de que para algunos existe una amplia flexibilización de garantías desarrolladas en el derecho penal; “flexibilización” que *per se* puede ser determinada por el operador administrativo como “no aplicación”. La Honorable Corte Constitucional se ha manifestado en los siguientes términos:

El derecho sancionador es una categoría jurídica amplia y compleja, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o *ius puniendi*, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos protegidos. Dentro de sus manifestaciones, se han distinguido de un lado el derecho penal delictivo, que por lo mismo que está encaminado a proteger bienes jurídicos más preciados para el ordenamiento admite la punición más severa, y de otro, los que representan en general poderes del Derecho administrativo sancionador, como es el caso del contravencional, del disciplinario y del correccional, en el que el derecho disciplinario procura asegurar el cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de servidores públicos o

profesionales de determinadas profesiones como médicos, abogados o contadores. (Corte Constitucional, 2009).

Habida cuenta de lo expresamente manifestado por la Honorable Corporación, la misma predicó de la finalidad constitucional por medio de la Sentencia C-860 de 2006, en donde se pronunció en los siguientes términos:

Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, la jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal. En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica. (Corte Constitucional, 2006).

Se colige entonces sobre la importancia no solo de la adecuada interpretación de principios y normas para el derecho administrativo sancionador, sino que entiende de aquel la baja rigurosidad en la aplicación del principio de legalidad de las faltas y las sanciones, aspecto de antemano se indica, no debería acogerse plenamente en el derecho contractual administrativo objeto de estudio.

En general, el *ius puniendi* es la forma del Estado de exigir ciertos comportamientos de sus ciudadanos, ello incluye penas y medidas de seguridad en caso de desacato de sus presupuestos, abarcando la misma limitación a la libertad individual (prisión, en materia penal) o el sometimiento a restricciones comerciales (actos de competencia adelantados por la Superintendencia de Industria y Comercio), penas económicas por el incumplimiento de normas urbanísticas, entre otros ejemplos; tal facultad es exclusiva del Estado y exige siempre que se consagre como punible determinado comportamiento en forma previa y escrita que atente contra la convivencia comunitaria.

Expósito, en capítulo de la obra “el poder sancionador de la Administración Pública”, indica que la Función Administrativa está revestida constitucionalmente desde dos ópticas a saber:

En efecto, la función administrativa del Estado se ve revestida constitucionalmente de la potestad sancionatoria desde dos ópticas: (i) como herramienta que coadyuva a la consecución de los fines del Estado y (ii) como instrumento que potencializa la obediencia al ordenamiento jurídico (Expósito Vélez, 2018, pág. 480)

El mismo Autor Expósito, esta vez citando a Melendez describe el procedimiento administrativo sancionatorio contractual como:

Conjunto de normas legales y contractuales, que le permiten a la administración imponer sanciones administrativas unilaterales al contratista particular, previo agotamiento de un procedimiento administrativo que garantice el debido proceso, y como tal debe aplicar el principio de legalidad de las cláusulas de incumplimiento contractual que dan lugar a esas sanciones, como también al principio de legalidad de las sanciones contractuales (Expósito Vélez, 2018, pág. 484)

Para algunos tratadistas (como se verá líneas adelante), se trata de un derecho subjetivo, en tanto que para otros lo enmarcan dentro de un derecho netamente objetivo, que tiene origen en la norma jurídica y en consecuencia es limitado y sometido al imperio de la misma ley.

Dentro de sus objetivos, Mejía sostiene que la facultad sancionadora del Estado cumple con una función de garantía permanente de derechos individuales y por tanto, es una

garantía de la satisfacción del bien común, atendiendo los límites que la Constitución le impone en cada una de sus manifestaciones (Mejía Patiño, 2013, pág. 31)

Teniendo en cuenta lo anterior y partiendo de la base de que además de ser una facultad del Estado, es en sí mismo el cumplimiento de una obligación de garantizar satisfacer el bien común y de contera, es un mecanismo para proteger los bienes jurídicos debidamente tutelados bajo el interés público, se concluye que el ius puniendi administrativo es una herramienta esencial para el sano funcionamiento del aparato estatal, herramienta que ha de estar supeditada al mismo imperio legal. Al respecto el Consejo de Estado como máximo Tribunal en materia contenciosa administrativa ha exteriorizado como:

El sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca en la actualidad que a la Administración se le confía parte del ius puniendi del Estado, la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa, pues como ya tuvo oportunidad de decirse, en este ámbito se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad. (Consejo de Estado, 2012).

En el sentido práctico de la Ley 1437 de 2011, se puede evidenciar como en materia del procedimiento administrativo, particularmente en el régimen de contratación estatal, este ejercicio punitivo va íntimamente ligado con la aplicación del principio de legalidad, garantizando de esa manera una actuación consecuente con los fines del Estado.

Ahora bien, recabando en el parámetro más garantista de las ramas del derecho (el penal), se observa la estricta aplicación del enunciado Ius Puniendi y de las amplias garantías procedimentales que con ella se tienen (encontrando entonces una gran diferencia con el ejercicio diario del ius puniendi administrativo), las cuales para algunos deben aplicarse plenamente a la actuación administrativa; adicionalmente, es oportuno indicar que dentro de esta rama del derecho (penal) existe un límite temporal en el cual el operador estatal debe ejercer la mentada potestad, so pena de actuar de forma arbitraria, tal limitación debe ser aplicable en materia administrativa:

Al igual que ocurre en materia penal, el transcurso del tiempo jurídicamente produce un efecto de estabilización de las situaciones jurídicas, razón por la cual el no ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los límites temporales genera para el ciudadano una posición favorable porque aun cuando sea responsable por incurrir en una infracción administrativa, el legislador deshabilita a los órganos competentes, toda vez que ejercicio del ius puniendi en estas circunstancias generaría una actuación arbitraria (Muñoz Machado, 1986).

Pero dentro de los límites del poder punitivo del Estado el tiempo no es su único lindero competencial, toda vez que la Constitución Política de Colombia determinó dentro de su artículo 29 el principio de legalidad no solo de la falta sino de la sanción aplicable a todos los procesos penales y administrativos.

Sobre el particular, el Doctor Ciro Guechá en su obra “*Poder Público Y Principio De Legalidad*” indica sobre las múltiples configuraciones del principio de legalidad, señalando que aquel no debe tener un criterio de aplicación meramente formal, sino a partir de un clásico positivismo establece una relación de procedimiento que sirve de garantía del debido proceso, esta circunstancia advierte un constitucionalismo del derecho administrativo, y en aplicación del marco convencional y normativo previsto:

Se trata entonces de una relación de procedimiento, en la medida que es la forma la que determina la jerarquía normativa y en esta medida, el respeto entre una y otra se limita a criterios de ritualidad en la creación, dando lugar a lo que se denomina la garantía del debido proceso en la actuación estatal (GüecháA Medina, 2019, pág. 133).

En el mismo Sentido, el Doctor Alejandro Nieto, indica que en aras de garantizar el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Carta a las actuaciones administrativas, estas deberán cumplir el criterio de tipicidad de las infracciones, exigiendo entonces que exista una ley cierta, previa y escrita:

La Conducta objeto de sanción administrativa debe ser típica. Ya se señaló que la potestad sancionadora de la Administración está sujeta al principio de legalidad establecido en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política. Sin embargo,

cuando del ejercicio del *ius puniendi* se trata, estas disposiciones deben conjugarse con una de las manifestaciones más importantes del derecho al debido proceso, conocida como la tipicidad de las infracciones, regla consagrada en el artículo 29 de la Carta Política; esta norma preceptúa: “...Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.” De la anterior disposición se desprenden tres exigencias: la existencia de una “*lex scripta*”, de una “*lex previa*” y de una “*lex certa*”. (2002, pág. 208)

Por su parte, retomando al doctor Mejía Patiño haciendo un trabajo comparatista entre el sistema español y el colombiano, refiere que en el Derecho Administrativo Ibérico se deben someter las actuaciones a preservar y garantizar los derechos de los ciudadanos, acudiendo al principio de legalidad:

(...) el Tribunal Constitucional ha expresado que la Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que ha admitido en el apartado tercero del artículo 25, aunque sometiéndola a las necesarias cautelas que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos. Igualmente, afirma que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el Artículo 25 de la Constitución y que tienen origen en el principio de la legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites –contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos- se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente pueden imponerlas. (Mejía, 2013).

Entonces, del trabajo analizado, se encuentra claramente cómo el autor analiza no solo el caso colombiano, sino también el español, indicando que ambos sistemas tienen en cuenta que las facultades sancionatorias de la administración están limitadas por el principio de debido proceso, el principio legalidad (de infracciones y sanciones consecuenciales), así como el principio del juez natural, aspectos que también deben aterrizar al Derecho Administrativo Sancionatorio en materia de contratación estatal colombiano y que han sido

objeto de estudio en sentencias colombianas en relación con el poder punitivo del Estado.¹ (Mejía, 2013).

Retomando a Mejía, aquel responde a los contradictores que indican que la administración no debe tener facultades sancionatorias (sino que debe ser una atribución exclusiva del juez), afirmando que no solo además de encontrar legítima esta potestad sancionatoria, aquella que, *“debe mejorar sus bases teóricas y prácticas, estableciendo de manera unitaria a partir de los principios limitadores de la facultad- una parte general para su adecuado ejercicio, es decir una eficaz materialización de todo Derecho administrativo sancionador”* (Mejía, 2013)

Mejía cita en su obra a Rebollo como quiera que este último ha explicado la paulatina ubicación que ha tenido el Derecho Administrador Sancionador en el ordenamiento jurídico español, dejando planteados los problemas básicos que éste presenta desde que la Constitución Española de 1978, a partir de allí, Mejía plantea un vacío sobre principios básicos orientadores del Derecho Administrativo Sancionador, a diferencia de instituciones como el derecho penal, en donde existen codificaciones de parte general, en las que se tienen los pilares y estructuración axiológica de tal derecho:

No existe por parte general del Derecho administrativo sancionador como ocurre en el Derecho Penal, y, derrumbados los pilares que sostenían el anterior sistema de infracciones y sanciones, muchas cuestiones cruciales quedan en la oscuridad encontrando únicamente puntuales soluciones ante cada caso concreto para la jurisprudencia o por la legislación sectorial. Se ha hablado de un `panorama anarquizante` de la regulación de las infracciones y sanciones administrativas que hoy, en contra de lo que ocurre en otros ordenamientos tras la despenalización y pese a los intentos de dotar a nuestro Derecho de una Ley que ordenara con carácter general la potestad sancionadora de la Administración, sigue siendo cierto que en cada materia rige un régimen sancionador diferente, y normalmente incompleto y fragmentario. (Rebollo & Bueno, citado por Mejía, 2013) (Mejía, 2013).

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-117 de 22 de febrero de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño, y la Sentencia del Consejo de Estado, del 23 de junio de 2010, MP. Enrique Gil Botero. Ambas explican la aplicación de los principios del derecho penal a otras manifestaciones del ius punendi. (Mejía Patiño, Fundamentos Derecho Administrativo Sancionador, 2013).

Nótese como en el caso colombiano, solo con la adopción del reciente Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se adoptó de un procedimiento administrativo sancionatorio general (residual), en la medida de que aún subsisten otros procedimientos según la materia (Vgr. El procedimiento administrativo sancionatorio contractual del que se ocupa el presente trabajo).

Para Nieto, la discusión de la legitimidad sobre el Ius Puniendi en cabeza de la administración ya ha sido ampliamente superada y aceptada, para dicho autor incluso aquel trasegar ha sido abonado por un vasto ejercicio jurisprudencial y doctrinal, teniendo en consecuencia elementos propios e independientes originados en la constitución:

Es decir, el Derecho administrativo sancionador, aunque se vea necesitado del Derecho Penal –por ser este más antiguo y tener la trayectoria que ya se conoce- no deja de tener autonomía como ordenamiento sancionador derivado del ius puniendi del Estado y de la Constitución que lo reconoce expresamente. (Nieto, 2002, pág. 177).

Y es que el objeto del presente estudio, no está encaminado a volver a la discusión sobre la legitimidad de la administración en ejercicio del Ius Puniendi en materia de contratación estatal colombiana, como quiera que tanto la doctrina, como la jurisprudencia y finalmente la ley, han conferido plenas facultades a los entes administrativos en función de su contratación estatal y en beneficio del interés general perseguido con aquella, este documento pretende evidenciar las tensiones generadas en el desarrollo del ius puniendi administrativo contractual con la plena garantía del derecho de defensa.

Por tanto, frente a ese poder punitivo de la Administración, es claro que debe existir un primer bosquejo de lineamientos importantes que alivien tal tensión indicada en el párrafo anterior:

- a) El establecimiento de un límite competencial de la administración;
- b) Describir y desarrollar plenamente los principios del derecho administrativo sancionador y
- c) Definir qué conductas deben ser su ámbito competencial y cuales debe conocer solo la rama judicial. (Mejía, 2013).

En consecuencia, el análisis de este principio desde la perspectiva constitucional conforme lo expuso la Honorable Corte Constitucional, esta facultad sancionatoria del estado cuenta con unos límites, los cuales en pro del Estado Social de Derecho deben ser acatados.

Dichos términos cobijan también al procedimiento sancionatorio contractual, el cual es el objeto de esta investigación (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011), máxime si se tiene en cuenta que investigador y administrado no están bajo un criterio de igualdad de armas sino todo lo contrario, el Particular se encuentra en condición de inferioridad frente al Estado, por lo que es conveniente señalar que este procedimiento debería tener una especial protección para con el contratista, toda vez que aquella persona natural o jurídica, es la más frágil y se enfrenta con un Juzgador que hace las veces también de parte contractual.

Expuesto entonces los conceptos básicos de facultad sancionatoria en general, es menester indicar que en lo que tiene que ver con la contratación estatal, la Administración también tiene un amplio margen competencial; por ejemplo, en la Ley 80 de 1993, se prevé: *“La potestad sancionatoria en el ámbito contractual se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, presupuesto que justifica que al manifestarse mediante actos administrativos éstos sean susceptibles de ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo”* (Consejo de Estado, 2012).

Pero este apartado no es el único marco normativo, a su juicio el estatuto de contratación administrativa, en su artículo tercero, estableció como fin de la contratación estatal la de *“busca (r) el cumplimiento de los fines estatales, 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”* (Congreso de la República, 1993)

A su turno el artículo 4° ibídem, contempló potestades para la conminación idónea y oportuna del objeto contratado, facultando la posibilidad de cobro de las sanciones y garantías a que haya lugar.

Este desarrollo de Ius Puniendi en materia de contratación pública, lleva consigo el respeto de la garantía de que trata el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 e impone la necesidad

de establecer un contenido mínimo de motivación del acto administrativo, tal y como lo prescribe el artículo 59 de la mencionada Ley 80 de 1993:

ARTÍCULO 59. DEL CONTENIDO DE LOS ACTOS SANCIONATORIOS. La determinación de la responsabilidad de que tratan los artículos anteriores la harán las autoridades competentes en providencia motivada en la que se precisarán los hechos que la generan, los motivos y circunstancias para la cuantificación de las indemnizaciones a que haya lugar y los elementos utilizados para la dosimetría sancionatoria. Así mismo, en ella se señalarán los medios de impugnación y defensa que procedan contra tales actos, el término que se disponga para ello y la autoridad ante quien deban intentarse. (Congreso de la República, 1993).

Estas manifestaciones son un claro otorgamiento pleno de facultades de *ius puniendi* para las entidades estatales contratantes, claro está, con el único fin de obtener la satisfacción propia del objeto contractual, lo que se traduce únicamente en la búsqueda del interés general tutelado con el objeto contratado.

Sin embargo, con el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 se estableció además la posibilidad de que la entidad estatal mediante el acto administrativo ordene al Contratista y/o a su garante indemnicen los perjuicios que a juicio de aquella se deriven del incumplimiento, por lo que de plano se colige un propósito adicional al de obtener la satisfacción contractual, cual es la de proteger patrimonialmente a la Administración.

Adicionalmente, en materia de contratación estatal se estableció dentro del ordenamiento jurídico, que una de las formas de la administración en ejercicio de esta facultad podrá ser la desarrollada en la caducidad:

La jurisprudencia de manera reiterada ha sostenido que la caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador. Como puede observarse, la Sala le ha dado el calificativo de sanción administrativa a esta manera de terminar anticipadamente la relación jurídica, denominación que además de incorporarla a la construcción dogmática expuesta líneas atrás presenta

sustantividad como categoría jurídica y la diferencia de otras figuras de naturaleza preventiva, resarcitoria o conminatoria que se presentan cuando la autoridad administrativa hace ejercicio del ius puniendi. (Consejo de Estado, 2012).

Desde otro punto de vista, para Enrique Gil Botero el ius puniendi contractual, en materia de Caducidad consiste en la posibilidad de la Entidad Estatal de adoptar acciones urgentes frente a un incumplimiento grave que afecte la ejecución del contrato y pueda conducir a su paralización: *“Incurrir en un hecho constitutivo 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”* (Consejo de Estado, 2010).

No obstante lo anterior, si bien el ejercicio punitivo en cabeza del estado es uno solo, a lo largo del presente capítulo se ha evidenciado como sus diversas manifestaciones llevan consigo matices que conforme a la materia pertinente, establecerán una dosimetría de la aplicación de la garantía constitucional del Debido Proceso, por ello, en lo que tiene que ver con el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, además del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, se tiene el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (ya citado), y también el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en este último, se deja clara la ausencia de superior jerárquico con la sola posibilidad de una instancia (recurso de reposición únicamente), así como también se deja claro la posibilidad de nutrir los vacíos procedimentales con los principios de la Codificación Administrativa o en su defecto con la codificación procedimental civil (hoy Código General del Proceso).

ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. (Congreso de la República, 1993).

De plano, estas características del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, establecen serias diferencias con el procedimiento general y establecen retos y vacíos cuyo estudio y análisis es materia del presente escrito líneas adelante.

A lo largo de esta investigación encontraremos en el capítulo primero todas aquellas nociones que permiten desde un punto de vista teórico-práctico. A la luz de las diferentes fuentes del derecho expuestas en el ordenamiento jurídico colombiano. Adicionalmente, los avances que se tienen por parte de la jurisprudencia en estricto sentido que ha aunado esfuerzos en relación con tratadistas con puntos de vista, nacionales e internacionales permitiendo un análisis del derecho comparado que aportaron desde la perspectiva de los principios contemplados para la actuación administrativa sancionatoria contractual expuesta en la Ley 1474 de 2011. Cabe aclarar, que el espíritu de esta norma per se es la protección del interés público como se evidencia: *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”* (Congreso de la República, 2011).

Esclarecido estos términos, vale la pena realizar una breve aproximación de las facultades exorbitantes de la administración, con el fin de establecer esa posición de superioridad del Estado como entidad contratante que le diferencia del contrato privado, en donde sus extremos si tienen una posición de igualdad.

5. Facultades Exorbitantes.

5.1. Antecedentes históricos.

5.1.1. Vigencia del Decreto Ley 222 de 1983

Tomando como punto de partida el Decreto 222 de 1983, se tiene que dicha normatividad tenía por objeto la regulación contractual en la actuación administrativa sometiendo la voluntad de la administración por ejemplo en sus artículos 6 y 8 respectivamente para garantizar de esa forma un equilibrio económico del contrato. (Humberto, 1985, pág. XIII)

Del Decreto en cuestión, se destaca una intención de regularizar todos los aspectos que enmarcan el contrato público con el fin de proteger el interés público, sin embargo, tal

extremo de regularización fue llamado al fracaso y tan solo 10 años después, fue necesario la creación de una norma que se basara más en principios en vez de particularidad de casos.

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se tituló “*Fracaso de los fines buscados*” (Congreso de la República, 1993), teniendo en cuenta la necesidad de un nuevo instrumento jurídico que permitiera regular la actividad contractual de la administración y en perspectiva con la nueva Constitución Política de 1991.

Cuando la Ley 80 de 1993 unificó modalidades de contratación bajo la tipología de “contratos estatales”, las potestades excepcionales dejaron de servir como elemento distinción. Aún así, se conservaron por considerarse parte imprescindible del poder de control de la entidad estatal sobre el contrato, evitando tener que acudir al juez del contrato en los casos en que, el legislador, ello sería inconveniente para el interés general. (Deik, 2019, pág. 3).

5.1.2. Tránsito hacia la Ley 80 de 1993

La finalidad de esta normatividad era garantizar la seguridad jurídica entre la administración y el administrado interesado en contratar con el Estado. Adicionalmente, y de acuerdo con la autora con Carolina Deik “*la ley 80 restableció la autonomía de la voluntad en el contrato estatal, el legislador reconoció que la libertad contractual no podría ser absoluta.*” (Deik, 2019, pág. 7).

5.1.3. Ley 80 de 1993

En primer lugar y de acuerdo con la legislación actual, se debe tener en cuenta que esta codificación no deja sin efectos la legislación civil o comercial. Por el contrario, en concordancia de la armonía normativa se debe complementar en aras de generar garantías a los diferentes actores. Aunque si es el marco aplicable en la gestión contractual de la administración, donde la misma podrá buscar los fines en sí mismo de las entidades públicas. Por ejemplo, la contratación de obras en pro del interés general de la comunidad que permita el goce efectivo de los derechos y más en un Estado Social de Derecho.

En segundo lugar, una vez revisado los artículos 15, 16, y 17 de la Ley 80 de 1993 se puede evidenciar que la norma prevé las circunstancias excepcionales para la aplicación de

estas causales, y en concordancia con la interpretación constitucional la cual hace un análisis que concluye respecto del articulado de la siguiente manera:

La Corte considera que la interpretación unilateral, en los términos del artículo 15 de la Ley 80 de 1993, resulta razonable, pues con el objeto de asegurar el cumplimiento de un mandato de la Constitución, el legislador ha autorizado a la administración para que, dadas las circunstancias previstas en la disposición, la prestación de los servicios públicos (elemento de su eficiente prestación) no se vea interrumpida mientras se resuelven las diferencias entre la administración y el contratista sobre la ejecución del contrato. La interpretación unilateral no implica violación del principio de economía, pues indudablemente resulta más "económico" para los fines estatales, garantizar la normal prestación de los servicios públicos, que sujetarlos a las decisiones judiciales, cuya competencia, no se elimina por el ejercicio de la mencionada facultad. Finalmente, la Corte advirtió que no hay lugar a aceptar la solicitud de unidad normativa presentada por el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su intervención, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, dicha unidad sólo procede a criterio de la Sala Plena cuando la norma es declarada inexecutable, situación que no tiene ocurrencia en esta oportunidad. (Corte Constitucional, 2008).

Respecto del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, la Honorable Corte Constitucional señala:

La modificación unilateral del contrato estatal es una facultad que el legislador le ha otorgado a la administración cuando ésta actúa como contratante en un negocio jurídico de carácter estatal. Esta medida debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público que se deba satisfacer con este instrumento. Cuando las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial, el artículo 16 permite que el contratista pueda renunciar a la continuación de la ejecución, evento en el cual la entidad contratante debe ordenar la liquidación del contrato y adoptar de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto contractual determinación que se juzga razonable si se tiene en cuenta que, de un lado, no parece justo que frente a esta circunstancia

se constriña al contratista para que culmine una obra que pueda acarrearle consecuencias económicas desfavorables. En caso de que el contratista haya renunciado a la continuación de la ejecución, las entidades estatales están habilitadas para actuar de manera inmediata tomando las medidas indispensables que aseguren la terminación del objeto del contrato, tanto más si se tiene presente que conforme a lo prescrito en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ellas tienen a su cargo la dirección general y responsabilidad del ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato no tiene fundamento alguno la acusación contra las expresiones demandadas del artículo 18, toda vez que la facultad de la entidad estatal para tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del objeto del contrato a través del garante o de otro contratista una vez sea declarada la caducidad de un contrato, debe someterse a los principios contenidos en el artículo 209 Superior y en la Ley 80 de 1993. Finalmente, se aclaró que la declaratoria de caducidad así como los restantes medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual son una herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional. (Corte Constitucional, 2001).

Dicho lo anterior, es pertinente aclarar que, en Desarrollo de investigación, las pautas fijadas en el artículo 16 del mandato legal como marco de la contratación pública garantiza no solamente la efectividad de los administrados que participen en procesos contractuales de carácter público, sino que adicionalmente enuncia las pautas mínimas en procesos de contratación para la administración pública.

El artículo 17 de la Ley 80 de 1993 reza en su enunciado:

De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación. (...). (Congreso de la República, 1993).

Así las cosas, para interpretación de la Corte Constitucional en el alcance normativo se puede comprender respecto, “(...) *en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista*” (Corte Constitucional, 1994).

Es decir, la Honorable Corte avaló la exequibilidad del articulado. No obstante, señala que las causales alegadas deben garantizar un equilibrio de las cargas económicas que rigen el contrato entre la administración y el contratista.

En lo que desarrolla el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, es preciso analizarlo a la luz del aporte sucitado por la autora Carolina Deik la cual manifiesta:

También se incluye como cláusula excepcional la conocida como reversión (artículo 19). Por virtud de ella a la terminación de contratos de explotación de bienes estatales, todos los bienes y elementos colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieren al Estado, sin compensación alguna, salvo que la inversión no se haya amortizado. (2019, pág. 9).

Para concluir en este acápite se señalaron las principales figuras previstas en la normatividad vigente. La cual tiene por objeto la protección del principio de legalidad para los implicados en la actuación administrativa. Para el caso concreto, es pertinente toda vez, que será el campo de aplicación de funda el procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

El fin, en sí mismo de cada uno de estos mecanismos es que la administración pueda dar por terminado un contrato bajo unos criterios objetivos e imparciales que pueden ser bien dichos como se manifestó anteriormente una serie de imperfectos que afectan y/o lesionan la ejecución del vínculo contractual de carácter estatal.

En suma, se tiene que la Ley 80 de 1993 al ser una norma de principios, fue precaria en establecer un mecanismo de sanción de su contratista, como también, quedó corta al momento de establecer una potestad administrativa sancionatoria, lo que conllevó a la imposibilidad de exigir en actuación directa la aplicación de multas y cláusulas penales que fuesen inicialmente pactadas.

De tal suerte que la jurisprudencia en forma inicial adelantó un reconocimiento de facultad sancionatoria, que derivó en la modificación del Estatuto Contractual con la adopción de la ley 1150 de 2007, en donde a través del artículo 17 aclaró tal facultad, eso si, con el cumplimiento de un debido proceso.

Solo fue hasta el 2011, cuando el Legislador se ocupó de desentrañar la idea abstracta de debido proceso de la Ley 1150 de 2007 y con toda la mejor intención determinó un procedimiento contemplado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, el cual se caracteriza por su extrema flexibilización de principios, protocolos, y términos, flexibilización entendida por Expósito evicando la Sentencia C117 de 2006 de la Corte Constitucional, indica:

Ahora bien, en lo atinente al Derecho administrativo sancionatorio contractual – tema central de estudio-, la aplicación del debido proceso en el *iter contractual* está revestida por un criterio de flexibilización, el cual implica la presencia del derecho fundamental del debido proceso en dimensiones heterogéneas y magnitudes distintas, de conformidad con la actuación contractual en la que nos encontremos (Expósito Vélez, 2018, pág. 472).

Bajo tal circunstancia, es necesario abordar un estudio relacionado en la delimitación del derecho de defensa, del debido proceso, y en general de los principios y derechos que el procedimiento administrativo sancionatorio contractual debería abordar o contemplar.

6. Garantías del procedimiento administrativo.

6.1. Debido Proceso

Una vez dilucidado el ejercicio punitivo del Estado en materia Administrativa, conviene a efectos prácticos determinar brevemente el alcance propio del Debido Proceso,

concebido como aquel conjunto de principios formales y sustanciales que se deben aplicar en las actuaciones procesales a los investigados.

Es así como para autores como Rojas Franco, el debido proceso administrativo se concibe como una garantía formal, en la medida de que establece la necesidad de fases preestablecidas que deben cumplirse con antelación al acto administrativo final pero también, establece un debido proceso de contenido material en el cual el investigado pueda hacer valer sus derechos ante su investigador, quien debe apegarse a los valores y principios propios de la ley, al respecto se cita:

El debido proceso es, así, una garantía formal para el administrado en el sentido de que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico. En un plano material, el debido proceso otorga al administrado la garantía de que podrá hacer valer sus derechos en el ámbito y escenario de la administración. Con ello, el debido proceso no solo va más allá de una garantía formal del desarrollo del procedimiento, sino que, de acuerdo con la sentencia apuntada anteriormente, requiere de un control material que verifique el contenido de una decisión que se apegue a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico. (2011, pág. 184).

Dicha garantía constitucional no se sujeta únicamente al seguimiento mecánico de un procedimiento determinado, sino que advierte la necesidad de un proceso legal, en palabras de Laverde, aquel proceso justo es aquel que respeta la *“legalidad de las faltas y las sanciones, la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, pero también, aquel procedimiento que se cumple con publicidad, inmediatez, necesidad de la prueba, presunción de inocencia, defensa y contradicción, juez natural, favorabilidad, proporcionalidad, no reformatio in pejus, non bis in ídem y lo más importante, el Derecho mismo”* (2018, pág. 23).

Y es que el Debido proceso es un Derecho de rango constitucional, teniendo en cuenta la existencia del artículo 29 de la Carta de 1991, según el cual, aquel derecho es un derecho fundamental, y aplica para todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas:

Artículo 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. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Nótese que el derecho al debido proceso administrativo ha sido consagrado como la garantía constitucional que tiene toda persona a un proceso justo que se desarrolle con observancia de los requisitos impuestos por el legislador, de tal forma que se garantice la validez de las actuaciones de la administración, la seguridad jurídica y el derecho de defensa de los administrados.

Por su parte, la Codificación Administrativa se preocupó por ratificar la necesidad de que los procedimientos se siguiesen bajo estricta sujeción al debido proceso constitucional, por ello, dentro de los principios contenidos en su artículo 3°, estableció:

Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. (Congreso de la República, 2011).

Cabe denotar que el debido proceso reviste tanta importancia, que su aplicación y alcance ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional y de paso, por el Consejo de Estado, y es menester traer a colación sobre el debido proceso lo siguiente:

(...) los desarrollos y reglas específicas que en relación con los distintos trámites y materias administrativas establezca el legislador, cuya estricta aplicación constituye

para cada caso el cumplimiento del debido proceso, existen varias importantes garantías mínimas asociadas a ese concepto, que por consiguiente deberán ser observadas en toda actuación de este tipo. Entre ellas se destacan el derecho a: (i) que el trámite se adelante por la autoridad competente; (ii) que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; (iii) ser oído durante toda la actuación; (iv) que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas; (v) ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; (vi) solicitar, aportar y controvertir pruebas; (vii) en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción, e (viii) impugnar las decisiones que puedan afectarle. (Corte Constitucional, 2013).

Adicionalmente, se tiene que la Corte Constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso:

El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; el derecho al Magistrado natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;

El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones

injustificadas o inexplicables; el derecho a la independencia del Magistrado, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y el derecho a la independencia e imparcialidad del Magistrado o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (Corte Constitucional, 2014).

La jurisprudencia colombiana ha sido extensa y fructífera en establecer lineamientos respecto del debido proceso, es por ello que, el máximo Tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante la competencia de cada una de sus salas, han establecido criterios, es así como, la Sección Primera del Consejo de Estado se caracteriza por su competencia residual, de conformidad al estudio realizado sobre la posición jurídica que ha tenido esta entidad respecto de la causal de nulidad de desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa sobre actos administrativos, de manera que, es importante indicar que la Sección en mención ha guardado una completa correlación con los lineamientos constitucionales y de la alta Corte Constitucional, puesto que, ha tenido un enfoque sobre el debido proceso como un derecho fundamental, principio y valor de todos los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios.

El Consejo de Estado desde la creación de las causales de nulidad en el ordenamiento jurídico colombiano, ha considerado y ha asumido una posición frente al debido proceso como un pilar rector de todas las actuaciones administrativas, que característicamente según esta Sala pueden evidenciarse y traducirse en el derecho de defensa, derecho de audiencia y derecho de contradicción.

Por consiguiente, la Sección Primera en pronunciamiento de fecha veintiuno (21) de agosto de 2014 con radicado número 68001-23-33-000-2014-00413-01 (AC), ha enfatizado que las bases mínimas para garantizar el debido proceso administrativo desarrollado en la Sentencia T- 242 de 1999:

(i) Ser oído durante toda la actuación, (ii) Notificación oportuna y de conformidad con la Ley, (iii) La actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) Se permita la actuación desde el inicio hasta su culminación, (v) La actuación se adelante por

autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias de cada juicio, (vi) Gozar de la presunción de inocencia, (vii) Ejercer el derecho de defensa y contradicción, (viii) Solicitar, aportar y controvertir pruebas, (ix) Impugnar las decisiones, y promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación al debido proceso. (Consejo de Estado, 2014).

Por su parte, si se revisa la convencionalidad vinculante para el Estado colombiano, las disposiciones internacionales en materia del ordenamiento jurídico han señalado también límites propios del Debido Proceso así:

El marco sustancial convencional deviene de los artículos 1.1, 2, 8.1, 10 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia. Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que “se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. (Consejo de Estado, 2015).

El siguiente punto trata de relacionar desde un Estado Social de Derecho, en que consiste y cuando es aplicable las garantías convencionales, constitucionales, legales y trabajadas por algunos tratadistas que han manifestado la relevancia jurídica de las misma en el actuar judicial y de la administración pública. La Honorable Corte Constitucional en la interpretación de los artículos 2 y 228 de la Carta de 1991 respecto a ello manifestaron:

(...) la publicidad de las evidencias, en la medida en que de esta forma se asegura la posibilidad de contradecirlas, bien sea mediante la crítica directa a su capacidad demostrativa o con apoyo en otros elementos; (iv) a que las pruebas sean decretadas, recolectadas y practicadas con base en los estándares legales y constitucionales dispuestos para el efecto, so pena su nulidad; (v) a que el funcionario que conduce la actuación decrete y practique de oficio los elementos probatorios necesarios para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 C.P.);

y (vi) a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso. (Corte Constitucional, 2019).

Es tal la importancia desde el espíritu del legislador, en aras de la prevalencia de las garantías que en concordancia con el artículo 29 de la Carta la Honorable Corte Constitucional ha expresado:

Ha de asegurar los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en particular, los derechos de defensa, debido proceso y acceso a la administración de justicia (Arts. 29 y 229 de la C.P.). Le está proscrito introducir restricciones desproporcionadas a las facultades y libertades conferidas por la Constitución y adoptar regulaciones que, sin justificación, comporten limitaciones a las garantías procesales superiores. Así mismo, la potestad del Legislador en el campo procesal se encuentra enmarcada por el principio de prevalencia del derecho sustancial (Art. 228 C.P.). (Corte Constitucional, 2019).

Así las cosas, la finalidad en sí misma de las garantías jurídicas aplicadas en las actuaciones judiciales y administrativas será la preservación de los derechos, en el caso concreto de la investigación, será la aplicación de aquellas garantías a favor de los administrados dentro de los procedimientos llevados a cabo por las entidades públicas en representación del Estado.

Ante la necesidad y según lo expuesto anteriormente, por la Corporación Constitucional se deben porteger unos intereses legítimos fundados en unos supuestos de hecho y de derecho.

En el caso del derecho en las esferas de la administración pública, es pertinente señalar que las actuaciones en las entidades públicas deben cumplir con el debate (derecho de acción y contradicción), la valoración de las situaciones fácticas y normativas. Teniendo en último lugar que pronunciarse mediante una decisión de fondo, la cual en el relacionamiento con el Estado es el acto administrativo que definirá las consideraciones pertinentes.

Para definir el acto administrativo para el tratadista Luis Germán Ortega comenta:“(...) *un acto administrativo es una manifestación de la voluntad de la*

administración que busca producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo derechos a favor o en contra de los administrados (...)” (Ortega Ruiz, 2018).

Expósito, en cuanto al Debido Proceso indica que el mismo lleva consigo la posibilidad de que la administración adopte medidas eficaces que buquen siempre el cumplimiento del interés general (Expósito Vélez, 2018, pág. 470) y más adelante, indica que este concepto tiene como alcance. (i) La oportunidad de contradicción; (ii) la competencia de quien decide; (iii) La observancia plena de las formas de debate y (iv) la necesidad de que la decisión esté apegada al régimen sustancial vigente al momento de tomarse. (Expósito Vélez, 2018, pág. 471)

Lineas adelante, el mismo autor Expósito, citando a Julio Inocencio, determina como el debido proceso en las actuaciones contractuales adelantadas por la administración pública está compuesto por un componente legal y otro contractual, en donde el primero refiere la competencia del servidor público y el procedimiento respectivo y en el segundo de los casos, (el contractual) el componente está determinado por la sustancialidad del procedimiento en cuanto a sus herramientas, causas y *quantum*. (Expósito Vélez, 2018, pág. 473)

Sin embargo, el mismo autor, esta vez retomando a Carvajal le imprime una triple perspectiva al debido proceso en las actuaciones administrativas, indicando que (i) Se debe conocer y respetar la diversidad de procedimientos; (ii) que el debido proceso debe aplicarse en consonancia con los demás principios de la función administrativa y (iii) que el Debido Proceso es una carga e imposición al poder público quien es el encargado de aplicarlo. (Expósito Vélez, 2018, pág. 474)

Ahora, estas apreciaciones citadas están diseñadas para todo tipo de actuaciones, sin embargo, en el marco de la contratación estatal, fue la Ley 1150 de 2007 el momento en el cual el legislador plasmó la facultad de imponer multas y cláusulas penales con el artículo 17, describiendo un marco normativo muy general, en donde confluyen actores que claramente ostentan una concurrencia de intereses (juez y parte contractual – Contratista e investigado) y de contera, se entrecruzan intereses legales y constitucionales, en la medida de que no solo está en juego el debido proceso, sino también, el mecanismo por el cual la Administración puede cumplir sus cometidos (también constitucionales), Suárez indica: “*constituye un aporte de singular valía, en aras de la protección de los intereses*

públicos de tan cara significación en la correcta ejecución de los contratos” (Suarez Beltran, 2014, pág. 306).

Si bien con anterioridad a la expedición del Capítulo III del título i de la Ley 1437 del 2011 existían disposiciones normativas que atribuían facultades sancionatorias a la Administración, eran permeables a los vacíos que se presentaban con respecto al procedimiento que se debía adoptar en el marco de esta facultad; en otras palabras, a pesar de que determinada entidad bajo disposición legal estaba investida de un poder por medio del cual podría imponer determinada sanción, no era claro el procedimiento a seguir. Así, se dio paso a que se recopilaran las diferentes peticiones por parte de las instituciones que ostentaban este tipo de potestades, para finalmente crear un procedimiento administrativo sancionatorio subsidiario y garantista. (Expósito Vélez, 2018, pág. 482)

Cabe denotar que el desarrollo propio del debido proceso, ha sido desarrollado también con la división de principios de derecho sustantivo y adjetivo, que se resumen de la siguiente manera:

6.1.1. Principios de derechos sustantivos

Frente a la existencia de derechos sustantivos, Román Cordero indica la necesidad de acudir al derecho penal para nutrir el procedimiento administrativo sancionador, realizando una aplicación flexible de los mismos, el autor comenta:

En mi opinión, corresponde aplicar, como medida de urgencia y hasta que los principios del Derecho Administrativo Sancionador adquieran claros y precisos contornos –lo que no acontece actualmente–, como pauta y cota máxima, los principios que informan al Derecho Penal. Como pauta pues ellos, en su conjunto, establecen los lineamientos generales que deberían considerarse para tal propósito, sin que ello importe necesariamente aplicar cada uno de dichos principios y con el mismo alcance que en el Derecho Penal (en otras palabras, admitió la “importación”, pero en caso alguno el “contrabando” de ellos) y como cota máxima, pues en la traslación de tales principios al Derecho Administrativo Sancionador, no es posible ser “más penalista que los penalistas”, esto es, el alcance que en él han de tener,

deberá ser siempre más flexible que en el Derecho Penal, conclusión que resulta, a todas luces, evidente si se considera que en dicha sede en caso alguno podría afectarse la libertad personal del perseguido. (Roman Cordero, 2009, pág. 95)

En el mismo sentido Nieto ha planteado que:

(...) el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con las materias y con las técnicas del Derecho Penal sino desde el propio Derecho Administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público estatal. Conste, sin embargo, que esta confesada inspiración no es consecuencia de un prejuicio ideológico, no mucho menos profesoral, sino resultado de haber constatado el fracaso de una metodología –la extensión de los principios del Derecho Penal- que ha demostrado no ser certera desde el momento en que la traspolación automática es imposible y que las matizaciones de adaptación son tan difíciles como inseguras; hasta tal punto que el resultado final nada tiene que ver con los principios originarios, cuyo contenido tiene que ser profundamente falseado. Para rectificar este fracaso no hay más remedio que volver a empezar desde el principio y en el principio están, como he repetido, la Constitución, el Derecho Público estatal y el Derecho Administrativo, por este orden. En esta tarea la presencia del Derecho Penal es no ya sólo útil sino imprescindible. El Derecho Penal ha de seguir operando, no obstante y en todo caso, como punto de referencia, como pauta técnica y, sobre todo, como cota de máxima de las garantías individuales que el Derecho Administrativo Sancionador debe tener siempre presentes. (Nieto, 2002, pág. 28)

Expósito, citando a Fernandez Segado, comenta que los derechos subjetivos tienen una connotación irrenunciable (Expósito Vélez, 2018, pág. 467), en tanto, para Cassagne:

Las garantías sustantivas pueden tener un desarrollo legislativo (excepcionalmente), pero en todo caso, son aquellas que se basan en la Constitución, acuden a la protección del administrado y son recogidas por el Derecho Administrativo a fin de armonizar el sistema jurídico. (Cassagne, 2009, pág. 25)

En conclusión, con los aportes de los autores citados se puede evidenciar que, este principio busca en sí misma una garantía para los administrados dentro del relacionamiento

entre los particulares y las entidades de derecho público. Lo cual, contribuiría a que la administración no vulnere los derechos de los contratistas para el caso en concreto del procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

6.1.2. Principio de derechos adjetivos

Para Cassagne, los recursos administrativos en pro del derecho objetivo son una prerrogativa estatal, son principios y garantías adjetivas que garantizan la oportunidad de ser escuchado en el marco de una investigación, por cuanto: “el informalismo a favor del administrado, el debido proceso adjetivo, este último, tiene como sub-principios los siguientes: derecho a ser oído, derecho a ofrecer y producir pruebas y el derecho a una decisión fundada.” (Cassagne, 2009, pág. 34).

En la obra de Cassagne, también desarrolla el concepto del debido proceso adjetivo, según el cual, el administrado tiene un reconocimiento tripartito fundamental a saber: “*I. Derecho a ser oído, II. Derecho a ofrecer y producir pruebas; y III. Derecho a una decisión fundada*” (Cassagne, 2009, pág. 674).

A su turno, como parte del principio de derechos adjetivos, se tiene que el informalismo del procedimiento, es documentado por doctrinantes como un verdadero principio general del derecho, sin que implique que las entidades administrativas estén exentas del cumplimiento de las determinadas etapas que la ley prescriba (Ossa, 2009, pág. 430).

A su turno, Expósito indico que en tanto el carácter subjetivo se entiende como la imposibilidad del afectado en renunciar a su derecho fundamental, el carácter objetivo imprime la posibilidad de que el ordenamiento constitucional le brinda al interesado la oportunidad de que se garantiza el derecho, y más adelante agrega: “*Por su parte, el carácter objetivo se vería entonces como la efectiva tutela del ordenamiento jurídico que existe frente al debido proceso*” (Expósito Vélez, 2018, pág. 467)

Cabe denotar que para Ossa, el informalismo procedimental está encaminado a una eficacia y celeridad del procedimiento a favor del administrado, es decir, el mismo está concebido para acercar al particular con la administración, dinamizando su interrelación.

(...) de todas formas debe tenerse presente que el informalismo está cimentado en el principio constitucional de protección de los derechos fundamentales de la persona, el cual debe objetivarse con los procedimientos o demás actuaciones que se cumplen ante la administración (Ossa, 2009, pág. 431).

Así pues, dadas las consideraciones y necesidad de desarrollo de este principio constitucional, es menester considerar y revisar fuentes sobre los subprincipios que se desprenden del mismo, a fin de entender la incidencia del debido proceso en el derecho administrativo sancionador contractual, tales como, la legalidad, tipicidad, el non bis in ídem, presunción de inocencia, el *indubio pro administrado*, el derecho de contradicción, entre otros, para en un subsecuente capítulo de tesis, estudiar si aquellos principios y postulados se cumplen a cabalidad en la actuación de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (procedimiento administrativo sancionatorio contractual) generando propuestas de cambio.

a) Principio de derecho de defensa

Este derecho, que emana propiamente de la Carta Política, tiene un asiduo contenido del derecho penal, en aquel, los doctrinantes mencionan el denominado derecho de defensa técnico, el cual frente al proceso Sancionatorio en materia de contratación estatal tiene plena validez y vigencia, comenta el doctor Víctor Moreno:

Se hace necesario advertir, aunque pueda parecer reiterativo, que el derecho a la defensa no se agota en la asistencia de un abogado... el derecho a hacerse asistir de un abogado no es más que una de las manifestaciones del derecho a la defensa (...) Así las cosas, no cabe identificar (...) la defensa técnica con el derecho de defensa (...)

El contratista puede estar asistido por su apoderado (defensa técnica) durante el proceso, desplegando toda la diligencia necesaria, y sin embargo es frecuente el quebrantamiento al derecho de defensa, como acontece, por ejemplo, cuando se atenta contra la defensa material; cuando se impide que la parte se defienda mediante las respectivas pruebas; cuando se formulan cargos anfibológicos o incompletos en la resolución de acusación, etc (Ossa, 2009, pág. 431).

Nótese cómo cobra especial relevancia la anterior cita, como quiera que en el ejercicio de la facultad sancionatoria en materia de contratación estatal, es costumbre que el “*informe detallado*” de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 se formule con cargos incompletos, o simplemente se ocupe de una transcripción literal de la cláusula de multas o cláusula penal, cercenando de plano el ejercicio pleno de la defensa técnica del cual hizo alusión Moreno anteriormente, así pues, para (Bernal & Montealegre, 1995), la ausencia de las formas propias de cada juicio, frente a “*irregularidades sustanciales*”:

Esta nulidad sólo procede cuando se trata de irregularidades sustanciales, pues no puede aceptarse en el derecho procesal colombiano el formalismo a ultranza, ni entronizar como causal de invalidez irregularidades intrascendentes que no comprometen la estructura y las bases fundamentales del proceso (Bernal & Montealegre, 1995, pág. 310)

Como se observa, para parte de la doctrina penal, las irregularidades procesales deben tener la fuerza suficiente para romper las bases fundamentales del proceso, so pena de no tener injerencia dentro de la actuación, ahora bien, en lo que tiene que ver con la actuación administrativa sancionatoria, siendo imposible realizar una caracterización taxativa de las causales que se enmarquen dentro de la causal.

No obstante, para los autores en estudio Bernal y Montealegre es claro como una irregularidad sustancial se encuentra en la falta de motivación en la resolución de acusación circunscrita a dos posibilidades:

- I. no fijar el alcance de las pruebas en las que se fundamenta el juicio de responsabilidad (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y
- II. no fijar el alcance de las pruebas en las cuales se fundamenta las circunstancias específicas de agravación punitiva; para el caso que nos ocupa, tales circunstancias podrían asemejarse a los defectos en que incurre la entidad estatal al momento de elaborar la citación de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, constituyéndose entonces en un aspecto de importante notoriedad al momento de respetar las garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa técnico. (Bernal & Montealegre, 1995, pág. 312)

En la obra de Jaime Ossa, se describe al derecho de defensa como un elemento que preside todo el esquema sancionatorio de la administración pública, como quiera que constituye un axioma jurídico así:

Encierra el derecho de defensa un principio de ética jurídica, de moralidad pública, de buen comportamiento de la administración, de elemental respeto de los asociados, de ecuanimidad y de justicia... es de una elementalidad tal su observancia que no se concibe ningún estatuto sancionatorio, por simple que parezca, sin que se ofrezcan en él las técnicas que hagan efectivo el derecho a su ejercicio real. (Ossa, 2009, pág. 242).

Finalmente, este principio constitucional es de carácter fundamental de acuerdo con la Carta del 91. Adicionalmente, como se planteo líneas atrás el mismo es analizado a la luz del derecho penal, sin embargo en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, existe cierta laxitud en la aplicación de principios y garantías, por lo que es primordial para la prevalencia de los intereses de los contratistas y/o terceros que se encuentren en curso dentro de la actuación administrativa, que se les permita una defensa técnica y jurídica como se lleva a cabo en materia de derecho penal, aspecto que no siempre puede satisfacerse, toda vez que contrario a la garantía constitucional en comento, algunas entidades estatales tienen por costumbre indicar la celeridad del procedimiento contractual como un pilar que puede rebasar el derecho de defensa técnico, acudiendo a la discrecionalidad para cercenar el debido proceso.

b) Principio de Legalidad

En un Estado Social y democrático de Derecho que ampare el respeto por las libertades y la dignidad de sus ciudadanos debe propender por tener procedimientos reglados, incluyéndose entonces la necesidad de proscribir la ausencia de procedimientos administrativos cuando el Estado ejerce una posición de poder, dominio y castigo; quiere decirse entonces, que las garantías constitucionales y legales en los que se funda la actuación administrativa exigen tener una ley previa, escrita y cierta en donde se tome como punible un ilícito administrativo y se le atribuya una consecuencia adversa, lo anterior se traduce en

la materialización del respeto por el principio de legalidad, el cual es inherente al de defensa y de contera, al debido proceso.

Para (GüecháA Medina, 2019, pág. 129), el principio de legalidad es de vital importancia y para el lleva consigo la proscripción de la aplicación de la fuerza y la arbitrariedad, en su lugar plantea criterios ajustados al imperio de la normatividad establecida, ello como parte esencial de un Estado de Derecho en donde las estructuras están subordinadas al sistema normativo que sirve de regulación.

Es por ello que para Díez Manuel María, el principio de legalidad constituye una limitación propia del poder administrativo y se garantiza con la posibilidad de controvertir judicialmente las decisiones de la Administración: *“(...) constituye una limitación del poder administrativo y tiene una inspiración liberal; estará mayor asegurado, por otra parte, en la medida en que resulte más expedito controvertir judicialmente las decisiones administrativas.”* (Diez, 1977)

Desde un punto de vista jurisprudencial, la Honorable Corte Constitucional Colombiana ha dicho respecto del principio de legalidad en la actuación administrativa sancionatoria que aquella constituye una doble garantía del debido proceso, toda vez que en primer término existe una garantía “material” según la cual debe encontrarse una predeterminación normativa de la falta, la sanción y el procedimiento, y en segundo lugar, una garantía “formal” según la cual la infracción normativa debe constar expresamente en una ley:

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el

principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión. (Corte Constitucional, 2015).

En su lugar, para el Consejo de Estado la legalidad abarca una exigencia según la cual la autoridad administrativa tiene que tener una cobertura normativa suficiente de competencia:

(...) el principio constitucional de legalidad exige que la actuación de las diferentes autoridades públicas tenga una cobertura normativa suficiente o, lo que es lo mismo, esté basada en una norma habilitante de competencia, que confiera el poder suficiente para adoptar una determinada decisión. (Consejo de Estado, 2016).

Pero la habilitación legal o capacidad sancionatoria es uno de los elementos que componen el principio de legalidad, en documento del Departamento de la Función Pública publicado en su página web, se cita tanto al Dr. García de Enterría evocado por el Consejo de Estado, indicando que la legalidad además es una habilitación jurídica sancionatoria especialmente delimitada:

Como señala García de Enterría, en virtud del principio de legalidad el ordenamiento jurídico “otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites”, de modo que “habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. (Consejo de Estado , 2016).

Como se ha dicho por parte del director de esta investigación, el tratadista del derecho administrativo en Colombia Ciro Guecha Medina:

Con la reforma introducida por la Ley 1437 de 2011, el artículo 3 recoge de manera expresa este principio, cuando indica: “Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales”, pues las actuaciones administrativas deben someterse o subordinarse a la legalidad, es decir, a norma superior. (Güechá Medina, 2014, pág. 370).

Para Dromi, los supuestos sobre los que se asienta la responsabilidad de las partes de un contrato estatal, son la legalidad, la buena fe y la equivalencia de prestaciones, por ello en lo que tiene que ver con la legalidad, Enrique Sayagués Laso, en su artículo “*La violación de los principios jurídicos que regulan las licitaciones públicas*”, siendo citado por Dromi, indica:

La legalidad procedimental engendra durante el trámite licitatorio, derechos y deberes recíprocos de las partes, como licitante y como oferente; como convocante y como proponente; por “llamar” a licitación y por “ofertar” en la licitación; por la misma responsabilidad objetiva y subjetiva de la legalidad licitatoria como en todo el procedimiento administrativo...

Además, la violación de la legalidad genera vicios causantes de nulidades, y aquellos, a su vez son fuente de responsabilidad, cuya medida depende de la medida de la nulidad. La nulidad del contrato por violación de los principios jurídicos de la licitación pública provoca una responsabilidad jurídica consecuente, ante el incumplimiento, quebrantamiento, violación o no aplicación de la legalidad licitatoria. (Dromi, 1995, pág. 643)

Y es que, recurriendo nuevamente a los conceptos del Derecho Penal, se debe indicar que diferentes autores han abordado el principio de la legalidad del delito y de la pena, como principal pilar de la acción punitiva del estado; así pues, el profesor Alfonso Reyes, al consultar éste a Maggiore, evoca el origen de la legalidad en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, indicando que tal principio:

Constituye una garantía para los ciudadanos en cuanto les asegura que no serán castigados sino en los casos previamente señalados por la ley y, en tales casos, que sus derechos no sufrirán restricciones fuera de aquellas que la misma ley establece (Reyes, 1972, pág. 54).

Entonces, desde la perspectiva del derecho penal y de conformidad con las disposiciones convencionales adquiridas por el Estado colombiano, este fundamento será una disposición que allane el camino del marco referido especialmente en los tratados incorporados al sistema jurídico vigente.

En consecuencia y conforme a lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los distintos tratadistas que han cimentado las bases dogmático-jurídicas que contienen el principio de legalidad, se puede concluir que toda actuación administrativa se funda en que exista un sistema reglado, el cual sea conocido por todos aquellos interesados en los que se funda la voluntad de la administración pública.

Para el caso concreto, no se puede desenlazar estos principios en el actuar de los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, puesto que el origen de la sanción no está propiamente en la ley, sino en un acuerdo de voluntades redactado por el mismo juzgador y en tal sentido bajo la posibilidad de interpretación unilateral del contrato por parte del Estado, existe la posibilidad de no respetar estas mínimas garantías de origen constitucional inherentes a cada ciudadano y que se puede materializar con la simple voluntad del constituyente primario.

Entonces, a fin de evitar este tipo de arbitrariedad en materia administrativa, se debe partir por la plena aplicación del principio de legalidad, consagrado en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, en donde se establece en dos momentos el establecimiento del principio de legalidad, el primero sobre el procedimiento y competencia, de conformidad con el artículo 209 superior, y el segundo al hacer mención expresa de la necesidad de preexistencia de las faltas y las sanciones, el artículo en comento reza:

En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem. (Congreso de la República, 2011).

Nótese como este principio es un instrumento que controla la arbitrariedad en materia administrativa, como quiera que el funcionario público no puede ejercer el ius puniendi cuando carece de competencia, o siendo competente, cuando la actividad que vigila no se encuentra proscrita y cuando, no hay un procedimiento mínimo que le permita imponer la sanción. Sin embargo, cabe resaltar que en la práctica el principio de legalidad en materia

contractual administrativa tiene un matiz distinto, como quiera que se parte del efecto del artículo 1602 de la codificación civil colombiana, para indicar que es en el contrato mismo en donde se estipula la falta y la sanción.

Del mismo modo, como ya se advirtió en el presente escrito, mediante sentencia C-499 de 2015 la Corte Constitucional, declaró exequible la expresión “*cuantificación de perjuicios*”, por lo que desde ya se advierte que en la actualidad la pena administrativa en contratación estatal podría tener un margen subjetivo y en blanco, situación que debe corregirse.

Expósito citando al Consejo de Estado, indica que, mediante sentencia del 13 de noviembre de 2008, Expediente 17009, el principio de legalidad en materia de Contratación Pública es *sui generis*, toda vez que comporta una combinación con el principio de autonomía de la voluntad.

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 (Expósito Vélez, 2018, pág. 486).

No se trata entonces de entorpecer la facultad sancionatoria, ni cuestionar la misma, se trata es de aliviar las tensiones acaecidas en desarrollo del Procedimiento de Declaratoria de Incumplimiento, en la medida de que distintos funcionarios creen ostentar márgenes de discrecionalidad que sobrepasan su capacidad legal, al respecto comenta el Dr. Güechá:

Es claro, que en el evento en que las entidades públicas sean dotadas de potestades unilaterales discrecionales, esto hace que se incremente la posibilidad de llegar a la arbitrariedad y a que se sacrifique un principio fundamental dentro de la función del Estado, como es el de legalidad, tratando de buscar eficiencia y eficacia en las actividades de las personas jurídicas del Estado.

Podría pensarse que el formalismo y la existencia de actividades regladas, lo que llevan es a hacer más lenta y paquidérmica la actividad pública, lo cual puede tornarse cierto, cuando se hace referencia a ritualismos exagerados que entorpecen las actuaciones; pero este no es el espíritu ni la realidad de tal circunstancia, ya que estaríamos contrariando un principio (sic) esencial de la función del Estado, como es el de legalidad: por el contrario, somos partidarios de entidades públicas ágiles y eficientes, pero sobre todo que garanticen los derechos de las personas y cumplan con los fines del Estado Social de Derecho, que no son otros que buscar el bienestar de todos los que integran el grupo social, dentro del marco del respeto y sometimiento a principios de legalidad, debido proceso y habilitación legal. (GüecháA Medina, 2019, pág. 253)

c) Principio de la tipicidad

Siguiendo el derrotero analizado tanto en el *Ius Puniendi* como en el Principio de Legalidad, es claro como el principio de tipicidad se encuentra íntimamente ligado a éstos, en la medida de que es una garantía del *Ius Puniendi* del Estado (Pérez & Baeza, citado por Mejía, 2013, págs. 177-189).

De contera, la tipicidad se constituye en la garantía de previsión expresa de las conductas que el ordenamiento jurídico considera merecedoras de pena o sanción, salvaguardando formalmente el cumplimiento de la legalidad misma de la norma infringida con respecto a la conducta objeto de investigación, para Beltrán, la tipicidad:

Es una exigencia de descripción legal sin importar su nivel jerárquico, con el propósito de que describan de forma precisa los elementos de la conducta y su consecuencia jurídica. (Beltrán, 2006, págs. 9-10).

Del enunciado del principio de taxividad, se deduce la necesidad de concreción del tipo, prestando seguridad jurídica en la medida de establecimiento de la conducta por escrito, De Vicente resalta lo intrínseco que se encuentra con el principio de legalidad:

El principio de Taxividad constituye un aspecto fundamental del principio de legalidad penal, que determina el que se establezcan con precisión los

comportamientos que se declaran punibles; todo ello con la finalidad de que de esta forma el ciudadano los conozca previamente (De Vicente Martínez, 2004, pág. 40).

Por su parte, Tomillo describiendo el debido proceso en materia administrativa, resalta la importancia de la reserva de Ley o exigencia de *lex scripta*, lo que implica esquemáticamente:

(...), que nadie puede ser sancionado por un hecho que previamente no se encuentre descrito en una norma con rango de Ley (la denominada en el Derecho penal garantía criminal), ni le puede ser impuesta una sanción que no se encuentre expresamente prevista en la Ley (la denominada en el Derecho penal garantía penal). Tal principio encuentra acogida constitucional en el artículo 2.24.d) de la Constitución peruana y en el artículo 230 Apartados 1 y 4 de la LPAG. (Gómez Tomillo, 2003, pág. 42)

Si bien la Jurisprudencia (Honorable Corte Constitucional) aclara que la aplicación de este principio en materia administrativa admite una flexibilidad respecto de la ley penal, es cierto que esa laxitud no significa algún margen de discrecionalidad que implique el menoscabo de derechos o la creación de sanciones que no estén en la ley o el reglamento:

El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción (Corte Constitucional, 2003).

La Corte Constitucional en desarrollo de este principio ha planteado: *Debe recordarse que las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica* (Corte Constitucional, 2001).

A pesar de lo anterior, el mismo Tribunal explica y aclara tal y como se advirtió anteriormente, que esta laxitud no significa llevar a cero la aplicación de un estudio en donde se evalúe la tipicidad, resaltando de antemano que el operador administrativo tiene el deber de motivar sus decisiones: *“Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las*

conductas reprochables, la predeterminación de la sanción y la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa.” (Corte Constitucional, 1996).

Para los casos en concreto, la Corte mediante sentencia C-564 de 2000, se pronunció sobre los contenidos de los procedimientos administrativos, pronunciándose sobre la finalidad de aquellos:

El derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto. (Corte Constitucional, 2000)

De donde se infiere que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente no basta sólo tener las diferencias en aplicación con el derecho penal, la conducta que presuntamente se está vulnerando debe econtrarse en una norma que garantice cual será el procedimiento en caso de la aplicación de una sanción o infracción. En el procedimiento sancionatorio contractual, el contratista debe tener la certeza que la administración esta cumpliendo las pautas jurisprudenciales enunciadas por la Honorable Corporación.

En cuanto al caso que ocupa el presente trabajo, con el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 se aclaró la facultad de imponer multas y cláusulas penales “*que se encuentren pactadas en el contrato*” estatal, lo que supone una limitación de tipicidad de la Entidad que adelante los procedimientos administrativos sancionatorios.

d) Principio de la discrecionalidad

Siguiendo la línea argumentativa de los anteriores principios (de legalidad y tipicidad), en lo que tiene que ver con la discrecionalidad, la misma tiene que ser analizada en el derecho administrativo sancionador en materia de contratación en Colombia, ya que en la práctica las entidades de derecho público suelen acudir a tal concepto para definir su supremacía frente al contratista investigado, sin embargo, en aquella materia, dicho concepto no puede tenerse en cuenta, ya que debe imperar el acto y procedimiento eminentemente reglado, a fin de evitar arbitrariedades administrativas.

Entonces, sin llegar a repetir las líneas descritas sobre legalidad o *ius puniendi*, se debe indicar que en términos generales la discrecionalidad puede ser definida como:

(...), las múltiples facultades concedidas a la Administración Pública, a efectos de permitirle dar oportuna y eficaz respuesta a los retos que a menudo le plantean las variables circunstancias de las distintas áreas en que desarrolla su actividad”. Para dicho autor, “la falta de controles y el uso absoluto y tergiversado de dicha facultad, la hace degenerar en arbitrariedad, convirtiéndola en un elemento que atenta contra el Estado de derecho e imposibilita la concreción o materialización de sus fines. (Marín Hernández, 2007, pág. 141)

Sin embargo, en cuanto a la discrecionalidad es claro que el procedimiento sancionatorio contractual colombiano a la fecha comporta una serie de lagunas normativas, las cuales difieren ostensiblemente de la facultad autónoma de decisión del operador administrativo.

Por tanto, para autores como Güechá, la discrecionalidad llega hasta donde la legalidad impone sus límites, toda vez que, si el ejercicio del poder público supone una situación de superioridad o favorabilidad frente a los administrados, ello se fundamenta en forma exclusiva en la necesidad de cumplimiento de sus funciones. (Güechá Medina, 2019, pág. 228).

Bajo ese entendido, para aquel autor (director de esta investigación), es claro como el artículo 6° Constitucional Colombiano establece que el servidor público es responsable tanto por el cumplimiento de la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), como por la extralimitación de sus funciones; bajo tal consideración, se colige que toda la actuación del

poder público es reglada, incluso frente al contenido de los actos de contenido discrecional de que trata el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, ello por cuanto tales manifestaciones administrativas deben motivarse, adecuarse al fin y ser proporcional con los hechos, dejando entonces de tener un contenido discrecional. (GüecháA Medina, 2019, pág. 228)

Marín por su parte entonces establece como característica de la discrecionalidad, el concepto positivo o material, entendido como la “*posibilidad de la Administración para que pueda concretar el interés general en el caso en concreto*” (Marín Hernandez, 2007, pág. 154). Por su parte, Cassagne indica la existencia de varios tipos de discrecionalidad así:

- a) casos en los cuales el margen arbitrario están limitados por conceptos jurídicos determinados o indeterminados, en los cuales el órgano administrativo está habilitado para escoger varias opciones (discrecionalidad típica),
- b) Un supuesto donde la discrecionalidad se halla acotada por un concepto jurídico indeterminado de valor, que aunque admite una única solución, puede el ordenador suponer un cierto margen de valoración entre varias posibilidades justas (discrecionalidad atípica) y
- c) aquellos casos en los que el espacio de libertad está constreñido a los supuestos predeterminados por la norma objetiva (discrecionalidad restringida). (Cassagne, 2009, pág. 223).

Dentro de las potestades regladas y potestades discrecionales García De Enterría comenta que:

Tal ejercicio comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. (García de Enterría & Fernandez, 2006, pág. 461)

Murillo Mena comenta respecto de la discrecionalidad según la jurisprudencia del Consejo de Estado que aquella solo puede aplicarse cuando exista una expresa y excepcional habilitación legal:

La facultad discrecional es una excepción, por ello, el Consejo de Estado advirtió que siendo los actos discrecionales excepcionales en nuestro ordenamiento legal,

para que se pueda decir que se está en presencia de ellos, es requisito indispensable que la Ley expresamente lo disponga. Así, según el principio de competencia constitucional y legal previa, en el Estado de derecho la Administración Pública está sometida al ordenamiento jurídico y sólo le está permitido actuar discrecionalmente cuando la Constitución y la ley, en forma expresa y excepcional, lo autorizan. No hay acto sin potestad, ni potestad que no haya sido previa y expresamente atribuida por la Constitución y la ley. Si no existe norma expresa que autorice la discrecionalidad como excepción, se presume el carácter reglado como regla general.

En suma, el poder discrecional es un poder funcional, por lo que está obligado a dar cuenta de su efectiva adecuación a la función para la cual fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar también su conformidad con la Ley. Si la decisión discrecional no es adecuada a los fines de la norma que la autoriza, ni es proporcional a los hechos que le sirven de causa, ello significa que se transgreden los límites de la discrecionalidad y se configura el Vicio de Nulidad por Desviación de Poder. (Murillo, 2014, pág. 61).

Güechá citando a Penagos, indica una visión de la discrecionalidad, enfocada no solamente en la capacidad de expedir actos, sino mas bien en la facultad propia de actuación, es decir, indica que es potestativo de la Entidad considerar cuando es conveniente surtir un trámite y su decisión, aspecto que el autor no comparte, en la medida de que la Administración está atada a cumplir los postulados de buen servicio (mejoramiento del servicio y cumplimiento del interés general), siendo imposible que escoja el momento en que decide actuar, máxime si se tiene en cuenta que el operador debe cumplir la voluntad de la ley en sentido estricto, convirtiendo en reglada su manifestación administrativa. (Güechá Medina, 2019, pág. 233)

Otro punto de vista sobre la discrecionalidad se encuentra en la revista de administración pública, Centro de Estudios Constitucionales, Plaza de la Marina Española, Madrid, N° 99, sep. Dic. /92, p. 400. Ríos Álvarez, Lautaro, que plantea:

Fueron los juristas franceses de finales del siglo XVIII los que inventaron el conflicto planteamiento del acto discrecional, como opuesto al acto reglado por la ley. Erigida

esta por la Revolución Francesa en el supremo mandamiento en el que a todo poder debía subyugarse, se advirtió muy pronto que el Ejecutivo, todo poderoso otrora, corría el riesgo de quedar entrampado en el principio de legalidad.

Así las cosas, el tratadista Ríos advirtiendo que la discrecionalidad es concebida como una potestad pública no sujeta a la Ley, pero que se halla en todos los actos de la administración, ya sea en mayor o menor medida. (Ríos, 1992)

Pese a lo que la doctrina invoca, es claro que, al existir un deber motivacional del acto discrecional, el mismo automáticamente debe ser reglado, a tal punto que el artículo 59 de la ley 80 de 1993, estableció el contenido de los actos sancionatorios contractuales de la siguiente manera:

La determinación de la responsabilidad de que tratan los artículos anteriores la harán las autoridades competentes en providencia motivada en la que se precisarán los hechos que la generan, los motivos y circunstancias para la cuantificación de las indemnizaciones a que haya lugar y los elementos utilizados para la dosimetría sancionatoria. Así mismo, en ella se señalarán los medios de impugnación y defensa que procedan contra tales actos, el término que se disponga para ello y la autoridad ante quien deban intentarse. (Congreso de la República, 1993)

Por otra parte, para Bautista en lo que tiene que ver con la imposición de multas, el autor estipula la ausencia de discrecionalidad, al indicar:

(...) las entidades públicas pueden actuar con atribuciones soberanas o como parte fuerza o dominante respecto de su cocontratante, en virtud de la ley; de ahí que no existiendo norma que autorice la presencia de una cláusula exorbitante dentro de un contrato estatal, carece el funcionario público de capacidad para crearla e incorporarla, pues pertinente es recordar que la función pública es reglada y en la materia que nos ocupamos las normas no pueden aplicarse con criterio laxo sino restringido, porque se trata de disposiciones que por vía de excepción y por razones fundadas en el interés público, rompen el principio de igualdad de los extremos o partes de un contrato. (Bautista Moller, 1999, pág. 329).

Como se observa, casi dos décadas de antelación a la expedición del CPACA, el legislador había advertido el deber motivacional del acto sancionatorio en materia de contratación estatal (artículo 59 de la Ley 80 de 1993), por lo que de plano es menester indicar que no existe posibilidad alguna de permitir cabida de la discrecionalidad del funcionario público encargado de la sustanciación del procedimiento de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Por otra parte, existe otro principio dentro de la contratación del Estado que demuestra el formalismo y la ausencia de discrecionalidad en este procedimiento de Poder Público, el cual corresponde al debido proceso, que está referido fundamentalmente a la facultad sancionatoria que como medio de coerción para el cumplimiento del contrato, puede ejercer la entidad pública frente al contratista, pero que en cualquier evento ha de sujetarse a las formalidades del Estatuto Contractual Público” (GüecháA Medina, 2019, pág. 251).

e) Principio de Presunción de Inocencia

Parte de la garantía del derecho al debido proceso que tanto se ha descrito en la presente tesis, implica dentro de muchas otras presumir la inocencia del investigado, circunstancia de la cual trata no solo el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, sino también la misma carta política, sin embargo, en cuanto a la contratación estatal es difícil encontrar un lineamiento que permita indicar que el procedimiento administrativo sancionatorio contractual respeta tal derecho, ello por cuanto es el mismo literal “a” del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que manifiesta el impulso inicial de la actuación sancionatoria contractual con un presupuesto básico, “la evidencia del incumplimiento del contratista”, es decir, el Estado parte de la base de que en efecto la citación enervará en un acto administrativo sancionatorio, siendo oficio del investigado controvertir las imputaciones (casi que en un caso de responsabilidad objetiva).

Esta situación es claramente una vulneración de la presunción de inocencia, denotando que autores como Cassagne defienden la necesidad de un criterio de razonabilidad que proscriba la condena sobre presunciones, así:

Que en la totalidad de los sistemas del derecho occidental existe la presunción de inocencia, quien combinada con el criterio de razonabilidad, impide que una persona sea condenada sobre bases de presunciones, siendo entonces preciso alejarse de deducciones lógicas para decidir, por lo que en caso de duda, debe decidirse a favor del sujeto procesal implicado. (Cassagne, 2009, pág. 594)

En materia penal, García de Enterría y Fernández también hace referencia sobre la imposibilidad de partir de presunciones para trasladar la defensa de forma única al investigado (circunstancia que si ocurre en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual), por cuanto tal circunstancia se traduce en someter a indefensión al investigado:

Una consecuencia trascendente de la presunción, que viene dada por la necesidad de que se pruebe de una manera efectiva la culpabilidad del particular, consistente en el desplazamiento, en materia penal, de las presunciones de legalidad de los actos administrativos que, de mantenerse, conducirían a transferir la carga de la prueba al acusado, con la obligación consiguiente de acreditar su inocencia, lo que implica sumirlo en una total indefensión. (García de Enterría & Fernandez, 2006, pág. 169)

La jurisprudencia por su parte (Corte Constitucional), recaba en el hecho de tratar como inocente al acusado, quien debe contar con todas las herramientas defensivas que garanticen al momento de una sentencia, se haya demostrado plenamente su responsabilidad:

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. Así pues, la presunción de inocencia, se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos textos de derechos humanos. (Corte Constitucional, 2003).

La misma Corporación Constitucional, mediante Sentencia C-342/17, explica la existencia de tres elementos de la presunción de inocencia (es un derecho fundamental, se extiende hasta la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad y aplica tanto al derecho penal

como al derecho administrativo), además, la Alta Corte es precisa tres garantías de este derecho fundamental, así:

Esta Corporación ha reiterado en sus definiciones tres elementos centrales alrededor de la presunción de inocencia: (i) que se trata de un derecho fundamental, (ii) que es una garantía cuyo alcance se extiende hasta el perfeccionamiento de la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad, y (iii) que es una garantía que debe ser aplicada tanto de las sanciones penales, como de las administrativas.

La jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente, que la presunción de inocencia está constituida por tres garantías básicas como son: (i) nadie puede ser considerado culpable hasta que haya sido demostrada su responsabilidad en un proceso respetuoso de las garantías constitucionales; (ii) la carga de la prueba sobre la responsabilidad recae en la acusación; y (iii) las personas sometidas a procedimiento deben ser tratadas de conformidad con los contenidos de este principio. (Corte Constitucional, 2017).

A partir de ello, se puede inferir que este principio está relacionado con el debido proceso explicado en la Carta del 91, como derecho fundamental desde el punto de vista sus elementos y alcances, siendo especialmente aplicable en el caso de la actuación administrativa especialmente, en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, en donde los contratistas podrán acudir al mismo principio para que la entidad pública cumpla con las disposiciones analizadas por la Honorable Corporación tales como: que el Estado tendrá la carga probatoria para demostrar la culpabilidad o dolo del contratista, que nadie podrá ser culpable hasta que no se resuelva una decisión ejecutoriada sobre la imputación de unos hechos atribuibles al mismo contratista y que dicha garantía se debe extender durante todo el procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

f) Principio del Non bis in ídem

En cuanto al principio del non bis in ídem es menester traer nuevamente a colación al artículo tercero de la Ley 1437 de 2011, como quiera que aquel estableció en consonancia con la Carta Política esta institución, descrita de manera paralela con el principio de tipicidad

al tenor de la norma en comento, no obstante, la doctrina no ha sido pacífica al respecto, como quiera que para algunos el principio del non bis in ídem hace parte de los principios de legalidad y tipicidad, por su parte, Huerta acepta ésta inclusión del non bis in ídem, no obstante:

Manifiesta que aquellos que ven la prohibición como una consecuencia inherente a las exigencias de racionalidad y no arbitrariedad, así como los que acogen la tesis del tribunal constitucional, están orientadas a limitar el exceso de todos los poderes públicos en el uso del Ius Puniendi. (Huerta, citado por Mejía, 2013, págs. 224-225)

La Corte Constitucional en el análisis que se viene desarrollando de este principio precisó que hace parte y es aplicado en la rama del derecho penal y que por analogía debe ser extendida a las actuaciones de la administración pública que tiene cabida en la constitución desde el enunciado de la Carta Política indicó:

Uno de los principios que se erigió en la Carta de 1991 al rango de garantía constitucional es el denominado non bis in ídem, el cual se encuentra previsto en el artículo 29 del Texto Superior, cuando al referir a los elementos que integran el derecho fundamental al debido proceso, señala que “[q]uien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Corte Constitucional, 2019).

La misma Corporación, anotó sobre el concepto en cuestión:

Este mandato ha sido aplicado en la dogmática penal, sin perjuicio de su exigibilidad en todo el universo del derecho sancionatorio, en el sentido de impedir una doble imputación y/o un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho, independientemente de si la persona fue absuelta o condenada. Precisamente, al analizar el alcance del citado artículo 29 de la Carta, este Tribunal señaló que el ámbito de protección del referido principio no se dirige a prohibir únicamente la doble sanción, pues no existe justificación válida para someter a una persona a juicios sucesivos soportados en una misma conducta. En este sentido, en criterio de la Corte, la expresión “juzgado”, que se utiliza como soporte del principio del non bis in ídem, debe interpretarse en un sentido amplio, en el cual se involucren “las

diferentes etapas del proceso y no solo la instancia final, es decir, la correspondiente a la decisión” (Corte Constitucional, 2007).

“En línea con lo anterior, esta Corporación ha identificado que dicho principio acarrea para el legislador la prohibición de “(i) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya había sido juzgada – absuelta o condenada– en un proceso penal anterior terminado”²

“(ii) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un hecho por el cual ya había sido absuelta por una sentencia en firme”³

“agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal”⁴

“En cuanto al primer punto, este Tribunal señaló que el principio del *non bis in ídem* busca afianzar la seguridad jurídica y la justicia material en el Estado Social de Derecho. De ahí que, cuando se prohíbe que una misma circunstancia se convierta en un elemento integrante del tipo y a su vez en un supuesto que conduzca al aumento de la pena, el citado principio pretende evitar que las causales de agravación, sujetas en su consagración al mandato de autonomía legislativa, se

² Esta manifestación del principio *non bis in ídem* se origina de lo previsto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en la que la prohibición se vincula de forma estrecha con el carácter delictivo de la conducta ya enjuiciada. Expresamente, en la norma en cita se dispone que: “**Artículo 14. (...) 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país**”.

³ En este caso, la prohibición no está restringida a la hipótesis de que una persona hubiera sido condenada o absuelta por *el mismo delito*, sino que impide que se adelante una nueva investigación o que se someta a un nuevo enjuiciamiento a una persona, que ya había sido *absuelta* por una decisión judicial en firme, por el mismo hecho. Al respecto, el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “**Artículo 8. Garantías judiciales. (...) 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.**”

⁴ Esta hipótesis está llamada a operar en los casos no regulados por las dos prohibiciones anteriores. Se aplica en aquellos eventos en los cuales el Estado investiga, acusa, enjuicia, condena y sanciona penalmente a una persona por un *delito* por el cual, si bien no había sido juzgada, la conducta reprochada sí constituyó el fundamento de la condena impuesta en relación con otro comportamiento punible.

impongan de manera arbitraria e injustificada a quienes sean responsables de un delito. (Corte Constitucional, 2019).

A su vez, la d gmatca penal en desarrollo del ámbito de aplicación la Honorable Corte Suprema de Justicia ha manifestado en concordancia con los principios constitucionales:

Luego, en la Sentencia C-229 de 2008, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, este Tribunal señaló que una de las expresiones del *non bis in idem*, es la proscripción de que una misma circunstancia pueda dar lugar a dos o más consecuencias penales en contra del procesado o condenado, como ocurriría en el caso en el que se decida aplicar una causal de agravación punitiva sustentada en un hecho, que a su vez ya fue tenido en cuenta como elemento constitutivo del tipo, a partir de lo que se conoce como la prohibición de la doble o múltiple valoración. (Corte Constitucional, 2019).

Ahora bien, en cuanto a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa vale la pena indicar que aquella hace referencia respecto de este principio y en relación con los procedimientos con los que deben contar la administración:

El artículo 29, inciso 1 , de la Carta Política consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; y en el inciso 4 , señala que quien sea sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Tal prohibición no implica que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza (...). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2008).

Considerando que los altos tribunales de las diferentes jurisdicciones, coinciden en que este concepto es una garantía constitucional implotada en el ordenamiento jurídico colombiano, es preciso señalar que el *non bis in idem* es esencial al debido proceso toda vez, que su finalidad es que el ciudadano pueda ejercer vía judicial o actuación administrativa una protección de que no será juzgado dos veces por el mismo hecho en la misma jurisdicción dejando las salvedades del caso.

Por tanto, no solo en el ámbito penal sino también en materia de derecho administrativo y especialmente en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, se deben brindar por parte de las entidades estatales todas las garantías constitucionales, respetando que la institución sólo podrá desarrollar dicho proceso cumpliendo los presupuestos fácticos y jurídicos en este caso en el previsto en la Ley 1474 de 2011 en el artículo 86 de dicha codificación, sin imponer incumplimientos sucesivos por los mismos hechos a su cocontratante.

g) Derecho de Audiencia

No sobra indicar que la ritualidad del derecho de audiencia viene acompañada de la oportunidad procesal de ser escuchado, esto es, de presentar argumentos, de controvertir cargos, de presentar pruebas, ello en un marco de inmediatez; por tanto, respecto de este principio es oportuno señalar que en concordancia y respeto con el ordenamiento jurídico colombiano, esta constituye una formalidad en la cual a la luz del debido proceso contemplado en la Carta en su artículo 29, se entiende que toda actuación administrativa y judicial debe cumplir con unos mínimos procesales en aras del garantismo constitucional.

Y es que es medular el presente tema, en la medida de que conforme al literal “b” del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, está claro como en el procedimiento administrativo sancionatorio la actuación se adelanta de forma oral y concentrada, revistiendo especial importancia el respeto por este derecho.

En lo referente a lo que se busca desarrollar en esta investigación, es menester desdeñar el aviso del inicio del procedimiento administrativo (para el caso en concreto la citación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual), aquel, constituye un escenario procesal que debe brindar la oportunidad para allegar y alegar pruebas a cada uno de los sujetos procesales (en el caso de la administración pública).

Por tanto, la citación debe trasladar a los contratistas las pruebas que fundamenten la voluntad de imputar responsabilidad contractual, para que sea llevado un sano debate en sede

administrativa, que luego de una práctica probatoria, derive en una decisión que logre resolver las situaciones fácticas y jurídicas planteadas en los cargos y descargos respectivos.

Se denota que, en este tipo de procesos, por disposición expresa del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 no cuentan con una segunda instancia, donde la entidad pública tenga a bien las consideraciones presentadas por el contratista, por lo que es en la audiencia misma en donde el contratista o su apoderado deben agotar la vía gubernativa respectiva (recurso de reposición).

Como quiera que el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, estableció un rango eminentemente oral para el ejercicio del debido proceso en materia sancionatoria contractual, es necesario auscultar el derecho de audiencia, como instrumento de materialización de los principios, valores y derechos aquí desarrollados; en efecto, para Fernández, al referirse al respecto, establece tanto los medios de comunicación la libertad de expresión y la información asumidos cabalmente una vez que la democracia haya sabido dotar de contenido democrático sus normas. A su vez, la Honorable Corte Constitucional ha manifestado:

Sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, el trámite de las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal definido por el Código, indicando que se adelantarán por escrito, verbalmente o por medios electrónicos, y que cuando se inicien de oficio, deberán informarse al interesado para el ejercicio del derecho a la defensa (arts. 34, y 35).

En el curso de las actuaciones, las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias, con el fin de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho a la contradicción o contribuir a la pronta adopción de decisiones, y que durante la actuación y antes de que se profiera la decisión de fondo, se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición de interesado, sin la exigencia de requisitos especiales y que decretadas estas, se dará la oportunidad para que sean controvertidas (arts. 35 y 40). (Corte Constitucional, 2014).

Expósito, en lo que tiene que ver con el derecho de audiencia en lo que tiene que ver con el procedimiento del artículo 86 vde la Ley 1474 de 2011, sostiene el razonamiento de celeridad de la actuación que, dicho sea de paso, en la practica es poco común que se presente:

En efecto, el deber de adoptar la decisión y resolverla en audiencia elimina la práctica de las entidades estatales de acudir ante los órganos encargados de la supervisión del contrato, como el área técnica encargada, así como de los demás estamentos de que podría valerse en apoyo al jefe de la entidad o su delegado para adoptar su decisión, como el área jurídica o financiera, lo que no obsta a darle cumplimiento al literal (a) del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, por cuanto el inicio de la actuación administrativa tendiente a la imposición de una sanción al contratista por el incumplimiento de obligaciones a cargo de este iniciará con base en el informe de interventoría que le ha servido de sustento para llevar a cabo el procedimiento sancionatorio. (Expósito Vélez, 2018)

Como se indicó por la Honorable Corporación, en aras de brindar garantías dentro de la actuación administrativa, la audiencia es relevante en la medida que materializa el procedimiento administrativo donde las partes pueden interactuar, escucharse, controvertir las pretensiones del otro, generar debate y colaborar eficientemente en la elaboración de una decisión mediante resolución, para tratadistas del derecho administrativo como *Ciro Nolberto Güecha Medina*:

Cuando el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula en forma genérica las actuaciones de las entidades públicas⁵, lo que está haciendo es desarrollando el postulado constitucional del debido proceso, en la medida que concreta los trámites administrativos que se deben surtir. Pero el desarrollo legal de esta característica sustancial, no solamente se concreta en este código, sino que pueden existir normas especiales que se refieran a trámites propios de ciertas actuaciones administrativas (*Güechá Medina*, 2014, pág. 356).

⁵ Cuando en artículo 2 del CPACA, contempla el ámbito de aplicación del mismo, hace referencia a un sinnúmero de entidades públicas y de particulares que cumplen funciones administrativas, para terminar, dándoles la denominación de autoridades; mostrando así, que el postulado constitucional del debido proceso debe ser respetado en toda actuación administrativa.

Finalmente y en perspectiva del debido proceso desarrollado a lo largo del presente documento, se debe anotar que el derecho de audiencia abarca mucho más del cumplimiento riguroso de la formalidad oral del mismo, implica realmente y de viva voz escuchar a su contraparte, a su investigado y sobretodo a su contratista, a fin de tomar las verdaderas decisiones en torno a la salvaguarda del objeto contractual y no solamente acudir al procedimiento con la expectativa dineraria de una multa o cláusula penal, que en nada beneficia a la población sobre la que recae el contrato.

a. Principio de Proporcionalidad

Así pues, se tiene que la Ley 80 de 1993, al ser concebida como una ley de principios, estableció los derroteros que debían estar inmersos en la motivación propia de todos los actos de contenido sancionatorio contractual, para lo cual la norma indicó:

ARTÍCULO 59. DEL CONTENIDO DE LOS ACTOS SANCIONATORIOS. La determinación de la responsabilidad de que tratan los artículos anteriores la harán las autoridades competentes en providencia motivada en la que se precisarán los hechos que la generan, los motivos y circunstancias para la cuantificación de las indemnizaciones a que haya lugar y los elementos utilizados para la dosimetría sancionatoria. Así mismo, en ella se señalarán los medios de impugnación y defensa que procedan contra tales actos, el término que se disponga para ello y la autoridad ante quien deban intentarse. (Congreso de la República, 1993).

Como se observa, el legislador exigió que para el sano ejercicio del ius puniendi, la decisión debería establecer las circunstancias de las cuantificaciones indemnizatorias a que haya lugar y adicionalmente, los elementos utilizados para la dosimetría sancionatoria, lo que se traduce en que la motivación propia de un acto administrativo implica su debida aplicación de proporcionalidad.

Esta circunstancia también hace parte de los principios contemplados en el numeral 1° del artículo Tercero de la Ley 1437 de 2011, puesto a que, si bien no fue taxativamente descrito, es cierto que la proporción atiende a un criterio de razonabilidad, propio del ius puniendi administrativo; para Mejía, la proporcionalidad es un límite de sancionar un hecho

conforme a la gravedad de los aspectos fácticos: “*es una interpretación que se ha trasladado al ámbito del derecho administrativo sancionador*” y para el autor en cuestión, existe una estrecha relación entre la proporcionalidad y el *non bis in ídem* material. (Mejía Patiño, 2013, pág. 228).

Comenta Garberi sobre la jurisprudencia española, que la misma le ha dado fundamento al *non bis in ídem* a partir de su relación con la proporcionalidad, por lo que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y de la de la infracción: “*esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad, fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación*” (Garberi, 1997, pág. 83)

Todo lo anterior, justifica plenamente la continuación del estudio en lo que respecta al procedimiento administrativo sancionador en materia de contratación estatal, como quiera que la aplicación de los principios de debido proceso, derecho de defensa en general, comportan una serie de vacíos sobre los cuales tiene que haber mayor claridad; es así como las entidades estatales en el ejercicio de la potestad sancionatoria ejercen márgenes de discrecionalidad sobre sus decisiones, sobre el procedimiento, sobre el recaudo de pruebas y sobre el ejercicio de la contradicción del contratista investigado, bajo el postulado de la preponderancia del interés general que busca ser satisfecho con el objeto contractual, por encima de derechos de orden constitucional que merece la persona contratista y su garante.

En conclusión, se tiene que la misma Ley 1474 de 2011 fue confeccionada con el fin de precaver un procedimiento expedito que satisfaga el derecho de defensa y de paso, se buscó garantizar el interés público; sin embargo, las entidades de derecho público en la aplicación de la misma norma antes mencionada debe hacerlo teniendo en cuenta, unas pautas, reglas de la experiencia que permitan reconducir el incumplimiento contractual y llevar a buen termino el objeto sinalagmático, es decir, se hace necesario reconducir la adecuación de las medidas sancionatorias por parte de la administración, más aún cuando se está en un Estado Social de Derecho cuya finalidad es la prevalencia de los derechos de los administrados dentro de las formas propias del procedimiento.

h) Principio de no reformatio in peius

En materia administrativa, las actuaciones deben acogerse a unas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, así pues, fue la misma Ley 1437 de 2011 la que estableció la necesidad de ratificar para el procedimiento sancionatorio el “*principio non reformatio in pejus*”.

Sin embargo, queda la duda de la aplicación taxativa de tal principio de cara a las características propias del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, en la medida de que el mismo carece de doble instancia y por tal motivo, la decisión de la administración solo es susceptible del recurso de reposición, por lo que no es factible encontrar una aplicación directa de tal principio.

Conforme a la dogmática del derecho penal, es pertinente extraer de la misma rama del saber jurídico el mandato que se funda en concordancia con el aporte:

Las palabras reformatio y peius provienen del latín, la traducción aproximada de la primera puede ser “reforma” o “cambio”, y para la segunda “peor” o “perjuicio”, de modo que prohibición de reformatio in peius se puede interpretar como “no cambio” o “reforma para peor”, aunque también se le conoce como non reformatio in peius o, en traducción aproximada, “prohibición de reforma peyorativa”. Para algunos autores, esta última, representa un principio negativo, un no actuar del tribunal, una prohibición de empeorar la situación del acusado recurrente. (Galetta, 2017, págs. 33-64).

A razón del alcance del principio la Corte Suprema de Justicia expresó:

De esta manera, en aplicación del principio de favorabilidad y en atención de las precisiones hechas por la Corte Constitucional respecto del artículo 20 de la Ley 906 del 2004, la Corte Suprema enfatizó su postura frente a la reformatio in pejus y estableció que:

i. Esta figura no sólo procede en relación con las sentencias, pues también cobija a los autos y providencias susceptibles del recurso de apelación,

ii. La nueva concepción de este instituto se aplica también a hechos investigados y juzgados por la Ley 600 del 2000, siempre que la decisión cuestionada haya sido emitida después del 1° de enero de 2005, esto es, cuando entró en vigencia gradual y sucesiva el nuevo sistema acusatorio,

iii. La víctima igualmente es sujeto de este beneficio en los eventos donde actúa como apelante único, y

iv. La limitante indicada se extiende o protege igualmente las decisiones inherentes a los perjuicios, bajo el entendido de que en relación con estos tampoco podrá existir reforma peyorativa cuando el procesado sea impugnante único. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 2018).

Hay que mencionar, además que la Honorable Corte Constitucional como garante de la Carta en las actuaciones administrativas y judiciales ha expresado en su jurisprudencia:

(...), la prohibición de la *reformatio in pejus* se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único, por haberlo incansablemente profesado esta Corporación. En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales. La situación del apelante puede mejorarse, pero nunca hacerse más gravosa. Cobra, por supuesto, mayor vigor esta garantía cuando quiera que se trate de actuaciones penales, pues si el apelante es único frente a una sentencia de condena, es claro que su objetivo es lograr que se mejore su situación disminuyendo la pena, pero jamás, que se empeore. Por lo demás, este principio, se encuentra íntimamente ligado con las reglas generales del recurso, pues aquel supone que se recurra únicamente lo perjudicial, y es precisamente, ese agravio, el que determina el interés para recurrir. (Corte Constitucional, 2006).

Respecto de las actuaciones administrativas, especialmente la contemplada en esta investigación dentro del procedimiento administrativo sancionatorio contractual dispuesta en la Ley 1474 de 2011. Es útil la aplicación de este mandato en la medida que será una garantía

con la que cuenta principalmente el contratista, como aquella persona jurídica o natural que realiza una obra y/o presta un servicio profesional o técnico para las entidades públicas, recabando claro está, que la decisión no tiene una segunda instancia.

En el tema contencioso administrativo el Consejo de Estado, no es ajeno a esta realidad que se presenta en el relacionamiento contractual para servicios que demanda el Estado. La misma Corporación viene acogiendo una tesis en la cual “*El principio de `non reformatio in pejus` no es un derecho fundamental absoluto*” (Ámbito Jurídico, 2017, 13 de marzo.)

De igual modo, indicó la corporación, su materialización está ligada a la garantía del debido proceso, en tanto el funcionario judicial de segunda instancia se debe limitar, en principio, a lo que en la apelación se indica como lo desfavorable para el apelante. No obstante, precisó que, de manera “excepcionalísima”, el ad quem puede entrar a estudiar cuestiones propias del debate jurídico así no hayan sido objeto del recurso de apelación cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima. (Consejo de Estado, 2017).

“(…) en primer lugar, por el principio de la non reformatio in pejus (art. 31 de la Constitución Política y 328 del CGP), y en segundo, por el objeto mismo del recurso, cuyo marco está definido, a su vez, por los juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia (...). (Consejo de Estado, 2017)

Por lo que se refiere esta Corporación, es oportuno indicar que como figura sustancial las entidades de la administración pública no podrán en ese orden de ideas vulnerar este precepto puesto que, las actuaciones procedimentales de las entidades públicas deben guardar congruencia y por ejemplo es preciso anunciar que si una actuación administrativa sanciona con base en el artículo 86 de la Ley de 1474 de 2011, no puede hacer más gravosa la situación jurídica especialmente con imposición de una multa o cláusula penal que ya haya sido discutida en los momentos procesales previstos es decir en cada una de sus etapas.

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico vigente, en desarrollo de este principio aplicado tanto a las actuaciones de la administración como de carácter judicial ante las

autoridades competentes, las mismas no podrán obrar de manera distinta a la enunciada en la conceptualización de este mandato sustancial y procesal como lo han manifestado la doctrina que fue objeto del trabajo de investigación. A causa del afianzamiento del Estado Social de Derecho, es una protección que transfiere a los contratistas que son objeto del procedimiento administrativo sancionatorio contractual. En el cual la administración no podrá de manera arbitraria romper el principio de congruencia dicho esto, como fundamento de las mismas consideraciones fácticas y jurídicas que garantiza la seguridad jurídica y la prevalencia del ordenamiento constitucional.

i) Principio de Igualdad

En primer lugar, en relación con el principio enunciado es pertinente considerar que se partirá en esta investigación desde la conceptualidad existente en un Estado Social de Derecho, fundante en un modelo democrático tripartito en las funciones acogidas por cada una de las ramas del poder público. Dicho lo anterior, en la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional el acierto en la exposición de este principio habida cuenta que se parte desde la supremacía constitucional:

(...) la Sala recuerda que este principio es un mandato complejo en un Estado Social de Derecho. De acuerdo con el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales. (Corte Constitucional, 2014).

Conforme a lo expresado por el alto Tribunal en el análisis se sitúa, en que el Estado parte de un supuesto de una igualdad en la que todo ciudadano podrá por mandato

constitucional ejercer las disposiciones de la Corte en todos aquellos actos que lo involucren con la administración pública, particular de manera directa e indirecta; así las cosas, el no ejercerlo como derecho fundamental preestablecido cohibiría otros innumerables derechos de carácter subjetivo.

La precisión de la igualdad ante la ley sujeta a las entidades públicas de orden nacional, territorial y de régimen especial a que todas sus actuaciones y/o procedimientos sean ajustados a derecho especialmente en este poderoso principio donde la finalidad del mismo es garantizar el orden jurídico y el libre albedrío de los particulares en su relacionamiento con los ideales de la administración.

Para el derecho administrativo, no pueden existir situaciones fácticas o jurídicas vedadas en contravía del precepto de rango constitucional y fundamental adoptado así por la teoría de los derechos fundamentales especialmente emigrada del derecho alemán en la posguerra. Por ejemplo, la administración pública no podrá bajo criterios irracionales o irrazonables fundar una actuación administrativa equívoca y que tenga por objeto lesionar un bien jurídico tutelado como en el caso del procedimiento administrativo sancionatorio, generando cargas de desigualdad.

Por último, en concordancia con lo anteriormente tratado por el alto Tribunal Constitucional, el Estado en su institucionalidad debe velar porque en las políticas públicas, se permitan garantizar estos criterios de la igualdad material, dicho en otras palabras que cualquier persona pueda hacer uso y goce efectivo de los derechos previstos en la Carta. La Corte llevará a cabo un test para el análisis en casos concretos:

Para el efecto, la jurisprudencia constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: (i) determinación de los criterios de comparación, esto es, establecer si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y (iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente. (Corte Constitucional, 2010).

La jurisdicción Contenciosa Administrativa en cabeza del Consejo de Estado se ha expresado en los siguientes términos:

El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad que, en palabras del tratadista italiano Mortati, consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance. (Consejo de Estado, 2018).

Este Tribunal manifestó que con base en el principio sin contrariar la Constitución es:

(...), un igualitarismo jurídico entre quienes se hallan en diversidad de condiciones fácticas, es decir, la obligación de crear un sistema jurídico diferente para quienes se encuentran en desigualdad en los amplios y complejos campos de la vida política, económica, social y cultural. (Corte Constitucional, 1992).

Ahora bien, desarrollando los principios orientadores de la actividad punitiva del Estado, en cuanto al derecho administrativo, se puede encontrar en la obra de Cassagne el principio de igualdad, entendida para aquél como:

Un principio que encuentra su causa en los requerimientos de la justicia distributiva y el mismo no consiste en una igualdad de tipo aritmético sino proporcional a la condición en que cada sujeto se halla frente al bien común susceptible de reparto (Cassagne, 2009, pág. 25).

Además el profesor y director de tal proyecto de investigación ha contemplado en su obra: *“por esta razón el numeral segundo del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, es claro en preceptuar que las autoridades darán el mismo trato a las personas e instituciones que participen en las actuaciones bajo su conocimiento.* (Güechá Medina, 2014, pág. 375)”

A la luz de dichas consideraciones, Parejo Alfonso, Luciano y otros han concebido en el derecho administrativo la materialización de la igualdad como:

La protección de igualdad que se busca con este principio, se concreta en las personas que participan en el procedimiento administrativo, ya que son los directamente interesados en el mismo; en efecto, el tratamiento por parte de las entidades públicas,

debe ser igual, bajo supuestos de igualdad, respecto de los administrados involucrados en la actuación; esto es lógico, en cuanto que la potestad administrativa de las entidades públicas no puede ser utilizada en beneficio de uno y discriminación de otro (Parejo, 1990)

De modo que en las actuaciones que la administración tenga previstas llevar a cabo, debe proteger los intereses de los particulares que concurran en la actuación administrativa, para el caso de análisis de estudio el procedimiento administrativo sancionatorio tiene por finalidad cumplir con los preceptos previstos en la normatividad vigente partiendo de la norma especial en la Ley 1474 de de 2011. Con todo ello, esta observación permitirá bajo el postulado, garantizar material y formalmente las actuaciones administrativas, conviene interrogarse sobre qué pasa si el respeto al principio de igualdad del contratista en desarrollo de la actuación sancionatoria implica un posible menoscabo por el interés general, a este respecto es preciso citar a Dávila, para quien debe siempre primar el interés colectivo, dice:

(...), aplicado a la contratación estatal, este principio determina que la Administración debe otorgar idéntica oportunidad para participar a todos aquellos que se encuentren en condiciones de ofertar lo requerido por ella, motivo por el cual los procesos de selección de contratistas se inspiran, de manera preponderante, en este principio. Solo por razones de interés público conducen a que esa igualdad deba ceder su peso a tal interés. (Dávila Vinueza, 2016, pág. 9)

Segundo Capítulo

El Procedimiento Administrativo Sancionatorio contractual (una descripción de las tensiones y causas).

El procedimiento administrativo sancionatorio contractual fija una dinámica propia que permite a través de varias etapas e interacciones concurrir ante las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siendo estas revestidas de competencias que le permiten declarar multas, sanciones e incumplimientos en observancia de los literales del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Desarrollar las características del ente sancionador lleva a la génesis del régimen jurídico de las personas como sujetos pasivos o administrados, así como de la organización propia del Estado en calidad de sujeto activo con autoridad administrativa; El Código Civil Colombiano dispone en su Artículo 73 que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su condición de su edad, sexo, extrirpe o condición, así mismo lo desarrolla de manera extensiva la Carta Superior en su Artículo 13:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En concordancia, el Artículo 14 *ibidem* establece el reconocimiento de la personalidad jurídica, como una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, así como el de ser representada judicial y extrajudicialmente, noción contenida en el mismo sentido en el Artículo 633 de la legislación civil, que ubica en este

sentido, al administrado como sujeto pasivo de la actuación administrativa y al reconocimiento de este en la protección de su derecho de protección e igualdad ante la ley.

Ahora bien, en el extremo de la actuación respecto del sujeto pasivo y con el fin de lograr los fines y cometidos estatales, la Carta Política clasificó las entidades territoriales otorgándoles autonomía para la gestión de sus intereses, permitiendo gobernarse por sus propias autoridades, ejercer sus respectivas competencias, administrar sus recursos y participar de las rentas nacionales.

Por consiguiente, el factor de competencia lo determinó la Norma Superior estableciendo su distribución a través de una ley orgánica de ordenamiento territorial entre la Nación y las Entidades Territoriales, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos fijados en la ley para las Entidades Centrales dentro de la Organización Territorial y las descentralizadas por el factor funcional o por servicios.

Por tanto, se hace imprescindible desglosar como la Autoridad Administrativa ejerce sus potestades públicas, dirigiendo la actividad jurisdiccional de la administración conduciendo el procedimiento sancionatorio desde el inicio, su instrucción, sustentación, resolución y ejecución administrativa.

Respecto de la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, la Ley 489 de 1998 determinó respecto de la delegación las reglas de su ejercicio en la actividad administrativa:

Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los

empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En suma, la función de delegación en los procesos administrativos sancionatorios por parte de los jefes de las Entidades, ha recaído en la práctica procesal inexorablemente en su delegado, quién resulta impulsando, sustanciando, resolviendo y ejecutando la actuación administrativa contemplada en los cuatro literales del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción - Ley 1474 de 2011 - De esta obediencia delegada resulta procedente analizar el alcance de su competencia en función de los principios constitucionales y administrativos. (Londoño, 2014, págs. 147-167)

Conflictos entre las prerrogativas contractuales de la Administración y los derechos de los contratistas.

La dinámica de las relaciones contractuales que enfrenta la Administración para con sus contratistas, lleva consigo innumerables variables de posibilidades que no siempre apuntan al cumplimiento cabal de las prestaciones sinalagmáticas dentro de los lineamientos de precio y plazo definidos en forma primigenia, por esta razón, las normas de contratación estatal se han ajustado conforme aquella realidad, otorgando prerrogativas a favor de las Entidades Contratantes con las cuales se facilita la satisfacción de las obligaciones dentro del marco convenido.

Es por lo anterior que, en materia de contratación administrativa, las Entidades sometidas al régimen de contratación estatal gozan de ventajas dirigidas a la satisfacción del bienestar general, buscado con la celebración del acuerdo de voluntades prerrogativas que ubican *per se* al Contratista en un lugar de inferioridad negocial.

Las potestades excepcionales permiten que el Estado pueda dirigir y controlar el contrato, en beneficio del interés general para obtener la ejecución idónea, oportuna y adecuada del objeto pactado, lo cual sería imposible cumplir si la administración tuviera que someterse a la discusión judicial y por tanto, a la espera de una sentencia

para evitar la paralización de la obra, el servicio o el suministro. (Palacio, 2005, pág. 252).

Dicha circunstancia marca una diferencia radical entre la contratación privada y la Estatal, como quiera que en la primera de ellas existe una relación equivalente y de pares, en tanto, en relación con la contratación bajo criterios de Ley 80 de 1993, la entidad contratante posee de plano privilegios condensados no solo en los artículos 14 a 18 de la mencionada norma, sino también con posibilidades sancionatorias.

El principio de la autonomía privada que sanciona el Código Civil, es esencialmente distinto en el Derecho Administrativo, puesto que mientras en el primer caso, se trata de un derecho subjetivo que se reconoce en interés del propio titular, en el segundo evento, es un poder al que corresponde una función o un *officium*, lo que conlleva la necesidad de ejercerlo para la consecución de los fines predeterminados por el ordenamiento jurídico. (Soler, 1990, pág. 152)

Es así como se comenta que la potestad sancionadora de manera general está orientada a la preservación de los valores de la sociedad, en especial la paz y la solidaridad, Mejía realiza cita de Maljar así:

También toda organización estatal, por esencia y definición, como dice Maljar, “reconoce a sus autoridades una potestad sancionadora orientada a la preservación de los valores medios de la sociedad, entre los que sobresalen la paz y la solidaridad (...). El poder punitivo que se reconoce al Estado encuentra fundamento en la inexigibilidad de las normas generales (obligatorias para los propios gobernantes) y no en una atribución de privilegio a favor de determinadas personas, sectores o partidos políticos”.

La potestad sancionatoria de estado se descubre dentro del supra concepto poder punitivo que es precisamente el *ius puniendi* el cual se presenta en dos ramificaciones: ambas son expresiones del poder que el Estado tiene para punir a quien quebrante la normatividad. Si la infringida es la ley administrativa, se trata del sancionatorio administrativo, si es penal se trata del derecho punitivo penal. (Mejía Patiño, 2013).

Entonces, para el autor objeto de la cita, el Derecho Administrativo sancionatorio tiene su esencia en la facultad de sancionar sin intervención judicial y en pro del cumplimiento de los fines estatales, e identifica la razón del *Ius Puniendi* a partir de la estructura de su propia constitución, y con el objeto de la realización de las funciones inherentes del estado, así como la satisfacción de las necesidades generales.

Cabe denotar que con la expedición de la Ley 1150 de 2007, finalizó la discusión creada con la Ley 80 de 1993 sobre la facultad autónoma de imposición de sanciones contractuales sin necesidad de intervención del juez administrativo y además, se estipuló dentro de aquella misma norma la garantía del debido proceso como preludio irrefutable para la decisión sancionatoria. (Congreso de la República, 2007).

Se aclara que el objeto del presente estudio, no está encaminado en regresar a la discusión sobre la legitimación de la administración en ejercicio del *Ius Puniendi* en materia de contratación estatal colombiana, como quiera que es un aspecto del cual hoy no existe discusión y además, en el anterior capítulo de tesis se realizó ya una descripción del ejercicio punitivo administrativo, así como también, de la evolución normativa que otorgó potestad a las entidades sometidas al Estatuto Contractual.

No cabe duda sobre la existencia del debido proceso como institución del orden constitucional artículo 29 superior, aplicable a las autoridades y procedimientos administrativos (incluyendo el sancionatorio contractual) tal y como lo prescribe el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Para Ossa, el debido proceso comporta consigo los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas, y de publicidad; aquel autor distingue a partir de la Sentencia T-048 de 2008 de la Corte Constitucional M.P. Clara Inés Vargas, dos garantías mínimas, a saber: a) Obligación de información de las autoridades de cualquier medida que lo pueda afectar y b) que la adopción de cualesquier medidas se someta a un proceso que asegure la vigencia de los derechos de contradicción e impugnación. (Ossa, 2009, pág. 234).

Entonces, se reitera que el *Ius Puniendi* es una facultad estatal ejercida a través del legislador para regular el comportamiento social, a través de sistemas sancionadores coherentes estructurados en el derecho penal y sancionador (Morillas & Ruiz, 1992, págs. 32, 34).

Para Mejía Patiño, el derecho administrativo sancionador depende por una parte de la naturaleza de los planteamientos doctrinales que existan para un momento determinado y por el otro, de las regulaciones legislativas propias de cada momento histórico:

Sin embargo, no deja de ser un poder sancionador que se ha reconocido constitucionalmente a la Administración y que se fundamenta en el *ius puniendi* que ostenta el Estado; dicha potestad, no solo es ejercida por los jueces, sino también por los diversos funcionarios de la Administración, quienes para lograr el cumplimiento de las funciones asignadas, deben hacer uso de ellas para garantizar el adecuado funcionamiento del aparato estatal. (Mejía Patiño, 2013).

Se reitera en que el régimen sancionatorio contractual supone un desequilibrio entre las potestades unilaterales de la administración y el ejercicio de la defensa del contratista, como quiera que a falta de principios y procedimientos detallados en la norma procesal, tal desequilibrio puede inducir a que la Entidad Estatal incurra en trasgresiones del Debido Proceso constitucional de su contraparte y de paso, entorpecer el mismo cumplimiento de la actividad prestacional contratada.

Por el contrario, también se podría colegir que dicho régimen supone el ejercicio pleno de la facultad sancionatoria que el legislador depositó en manos de la administración, a fin de hacer una contratación que satisfaga los principios de la contratación estatal, siendo pertinente que la entidad Contratante ejecute directamente las prerrogativas otorgadas por la ley y consagradas en el contrato estatal mismo.

Entonces, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 (artículo 17 arriba transcrito), la pregunta general se centró en torno ha: ¿Cómo debe desarrollarse aquella legitimación sin trasgredir el debido proceso? Así como ¿Qué límites tiene el Estado para el ejercicio del *ius puniendi*?, para lo cual, años posteriores el mismo legislador a través del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 pretendió desarrollar la forma en que se materializa el principio constitucional del Debido Proceso en la aplicación del *Jus Puniendi* contractual, de la siguiente forma:

Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo,

imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada,

ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento. (Congreso de la República, 2011)

Con éste artículo el legislador pretendió cerrar cualesquier discusión en torno a la forma en que se debe respetar el artículo 29 superior (Debido Proceso), al punto de que en el Decreto 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se excluyó el procedimiento administrativo sancionatorio en materia de contratación, a través del parágrafo del artículo 47 de la mentada codificación: *“Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia”* (Congreso de la República, 2011).

Con ello, el Legislador sujetó el desarrollo de toda la actuación al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, aspecto que de plano genera incertidumbre en la aplicación práctica del proceso, ya que al ser tan general la norma, genera interpretaciones contradictorias.

Y es que de la simple lectura del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se observan serios vacíos que redundan en un amplio margen de discrecionalidad sobre el procedimiento (donde no lo debería haber), por lo que es preciso citar a (Rebollo & Bueno, 2013, pág. 124), quien desarrolla el principio de “reserva de ley constitucional”, como una regla sobre fuentes de Derecho:

(...) criterio con el que se debe entender que a la Administración le está vedada la realización de determinadas potestades sin que ello afecte el ejercicio de otras facultades. Es decir, se prescriben determinados asuntos de regulación exclusiva para el legislador, sin limitar la acción administrativa, solamente la potestad reglamentaria.

Por tratarse la imposición y cobro de multas y de la cláusula penal pecuniaria del ejercicio de una típica función administrativa, y además por ser una expresión de la potestad sancionadora de la Administración Pública, debe garantizarse en extremo y con rigor el principio del debido proceso consagrado en el art. 29 de la Constitución

Política. El desarrollo de dicho principio en actuaciones administrativas ha sido ya explicado con claridad y contundencia tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado. (Suárez, 2014, pág. 171).

Téngase en cuenta que el Consejo de Estado ha sido enfático en indicar que la facultad reglamentaria para establecer procedimientos de este tipo, está en cabeza única de la Rama Legislativa, por lo que no es posible para Entidades de orden administrativo interpretar o desarrollar procedimientos diferentes, situación que se puede sustentar con la sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio de fecha 21 de marzo de 2012, Radicación N° 39477, en la cual se declaró la nulidad sobre la Resolución 3662 del Invias, por medio de la cual adoptaban un procedimiento especial para las actuaciones sancionatorias contractuales.

Entonces, puestas las cosas así de presente, es menester advertir que la aplicación de las diligencias sancionatorias en cuestión, han traído consigo una serie de problemas circunscritos a los mismos vacíos de la norma procedimental antes descrita (Artículo 86 Ley 1474 de 2011), lo cual genera el desarrollo de actos procedimentales meramente discrecionales tendientes a la aplicación de un procedimiento precario que contravía el precepto constitucional del Artículo 29 Superior.

Y es que con la expedición de la Ley 1437 de 2011 no se han llenado los vacíos de procedimiento que generó el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; de contera, la práctica del procedimiento administrativo sancionatorio en materia de contratación, pone en evidencia la presencia de una tensión entre principios, fines y derechos, suscitada entre los extremos contractuales, quienes a su vez fungen como extremos procedimentales. Y es que por una parte se encuentra el fin pretendido con el cumplimiento cabal del contrato administrativo perseguido por el Contratante y por la otra, la garantía de la aplicación de las plenas formas de cada juicio que merece el contratista, quien puede llegar a ser objeto de arbitrariedades en desarrollo del debido proceso administrado adelantado y juzgado por su co-contratante.

Es menester indicar también que la tensión de principios de diferentes categorías y propósitos surgen de yuxtaponer el propósito del contrato estatal contra la garantía del debido proceso, por tanto, es preciso formular entonces la pregunta objeto de la presente investigación, determinada en buscar ¿Qué prevalece entre las prerrogativas contractuales de

la administración, justificadas en la satisfacción del objeto contractual y los derechos constitucionales de defensa y debido proceso de los contratistas?

Consecuencialmente, existen otros interrogantes, imprescindibles para el desarrollo de la problemática antes planteada en el presente documento, tales como ¿Qué límites debe tener la administración frente a los vacíos?, ¿Son asimilables las garantías del Derecho Penal en materia administrativa?, ¿Cómo se resuelven los vacíos del procedimiento?

Con el ánimo de propender a buscar una respuesta concreta y objetiva en torno a la problemática, se tiene entonces que desentrañar la relevancia de cada uno de los propósitos buscados por los extremos contractuales, así como también, merece la pena identificar las falencias de la aplicación de los principios procesales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, definiendo los límites entre lo reglado y lo discrecional.

Para un sector de la doctrina, en materia administrativa es normal encontrar un fenómeno por ellos denominado “*Informalismo del procedimiento*”, el cual se refleja en las normas de procedimiento de la materia, no obstante, esa laxitud normativa no supone la vulneración de derechos fundamentales, como lo anota Ossa Arbeláez:

El informalismo del procedimiento no equivale a la innecesaridad del mismo. Es vital, jurídicamente, que el procedimiento esté previamente establecido en la norma.

Esto quiere significar que no es aceptable crear o establecer un procedimiento especial para aplicar la sanción a un hecho ya cometido. O dicho en otras palabras: no son posibles procedimientos *ex post facto* ni procedimientos *ad hoc* o *ad personam*. (Ossa, 2009, pág. 430)

Por tanto, como lo desarrolla, Mejía en su trabajo, *Fundamentos Derecho Administrativo Sancionador*, lo realmente importante sobre el derecho administrativo sancionador en materia de contratación estatal, es: a) El establecimiento de un límite competencial de la administración; b) Describir y desarrollar plenamente los principios del derecho administrativo sancionador y c) Definir qué conductas deben ser su ámbito competencial y cuáles debe conocer solo la rama judicial. (Mejía Patiño, 2013)

Para el caso en concreto, la aplicación del derecho administrativo sancionatorio en materia contractual lleva consigo interrogantes como:

- ¿La citación debe ser motivada?
- ¿La citación puede constituir una manifestación de la voluntad de la administración equivalente a un prejuzgamiento?,
- ¿Qué características mínimas debe contener la citación inicial para la garantía plena del derecho de contradicción?
- ¿Cómo debe interpretarse la mayor brevedad posible?
- ¿Es posible que la entidad pueda remendar lo que hizo mal en su citación inicial?
- ¿Qué valor probatorio debe tener el informe técnico de interventoría o supervisión en el que se sustente la actuación?
- ¿Cuáles son las normas aplicables al régimen probatorio?
- ¿Qué tipo de imparcialidad puede predicarse de la Administración si ejerce el papel de juez y parte?
- ¿Cuáles son los términos que deben otorgarse tanto para el directo responsable como para los terceros?
- Frente a los vacíos procesales, ¿Cuál es el procedimiento aplicable?
- ¿De que manera puede salvaguardarse el principio de inmediación?, frente a la existencia de un único juez natural pero ante varios interlocutores entre los cargos y la citación (uno escucha, otro practica la prueba y otro diferente decide).
- ¿El principio de legalidad aunado a la solemnidad contractual pueden dar cabida a la exigibilidad de actas, compromisos, entre otros, ¿ajenos al contrato?, es decir: ¿el principio de legalidad admite tipicidad indirecta?
- ¿El auto que niega pruebas puede ser susceptible o no de recursos?
- ¿La prueba de oficio vulnera el principio de contradicción?
- ¿Debe tener alegatos de conclusión la diligencia?
- ¿Es posible la participación de la interventoría o supervisión en desarrollo del procedimiento?
- ¿Puede existir una variación de cargos en desarrollo del procedimiento? Y de ocurrir, ¿se generaría una anomalía procesal?
- ¿La facultad sancionatoria implica la posibilidad de aplicación de sanciones sobre cláusulas tipo o en blanco?
- ¿La duda debe resolverse a favor del administrado?

- ¿Quién tiene la carga de la prueba?
- Para problemas que no tienen que ver con la multa o la cláusula penal, ¿es obligación la aplicación del procedimiento?

Entonces, los anteriores interrogantes implican *per se una* tensión de un fin constitucional con un principio de igual categoría, el primero en cabeza del Estado y el otro en cabeza del particular colaborador del Estado, por tanto, a fin de establecer las tensiones y con el fin de no convertir el presente trabajo de tesis en el desarrollo de un cuestionario, se agruparán y desarrollarán los mismos en los siguientes subcapítulos:

1. Tensión generada por el abuso de la discrecionalidad

En la práctica, es común ver como las decisiones en torno al procedimiento de declaratoria de incumplimiento contractual se evidencian en la posibilidad de asumir el vacío legal, ya sea sobre la norma o el procedimiento y adoptar decisiones con base en la posibilidad de ejercer la discrecionalidad.

Al respecto, el presente autor comparte el criterio del Dr. Güecha ya descrito en el capítulo primero del presente trabajo de tesis, según el cual, no existe en forma alguna la posibilidad de alejarse del principio de legalidad aún con la existencia del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto la misma previsión legal establece que:

- El legislador debe prever que la decisión es discrecional.
- La decisión debe ser adecuada con los fines mismos que la norma disponga.
- Debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Estas exigencias, se traducen en la necesidad de motivar la decisión, caso en el cual la misma dejará de ser discrecional del funcionario público, en la medida de que debe ajustarse a la ley misma que lo habilita.

No obstante, en lo que tiene que ver con la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la praxis permite evidenciar comportamientos discrecionales de la Administración, justificados en la finalidad de la contratación, que vulneran la garantía constitucional del debido proceso, tales como la precaria motivación de la citación, incurrir en prejuicios

en la misma, tiempos demasiado exiguos para ejercer la defensa, modificaciones o enmendaduras de la citación en medio de la actuación administrativa, adopción o no de alegaciones conclusivas, interpretación de nulidades, interpretación de tipos en blanco, interpretación de dudas en contra del investigado y adopción del procedimiento para situaciones distintas a la declaratoria de incumplimiento contractual.

2. Discrecionalidad en la citación

En primer lugar, conviene precisar que la norma estableció un prerrequisito para la existencia misma de la citación, cual es el de evidenciar por cualquier medio, circunstancias que conlleven a un incumplimiento del contrato en cuestión.

A pesar de ello, en la práctica algunas entidades estatales desconocen tal cometido, basándose en que la citación es meramente un auto de puro trámite que no admite recurso, fundamentando con ello la ausencia de motivaciones de tales comunicados y de los documentos que por mandato legal deben acompañar al mismo (informe de supervisión o interventoría en el que se sustenta la actuación).

Así mismo, en ocasiones tales informes se sustentan o hacen referencia a otros documentos o pruebas, sin allegarlas con la citación, haciendo que la defensa técnica se vea menoscabada, en la medida de que no es posible contar con una preparación que abarque todos y cada uno de los conceptos y documentos que sirven de basamento para la citación a audiencia, que no es otra cosa que una formulación de cargos.

En tal sentido, es menester indicar que para la Academia Real de la Lengua Española, “evidenciar” significa: “*Hacer patente y manifiesta la certeza de algo; probar y mostrar que no solo es cierto, sino claro.*” (Real Academia Española, 2019), partiendo de tal premisa, si previo a la existencia de la citación la Administración debe haber evidenciado el incumplimiento, es decir (para ese entonces), debe tener la plena certeza de aquella situación, no solo de manera cierta, sino clara, es prudente indicar que la citación que se promueve como consecuencia a su evidencia, debe en el mismo sentido plasmar aquel grado de certeza y claridad para sus destinatarios.

Morelli Rico, citada por Vélez García, agrupa figuras que se entienden contempladas dentro del debido proceso, indicando dentro de una de ellas el *Principio de Audiencia*, sobre éste, Morelli advierte la necesidad de motivación por lo menos sumaria en todos los actos que afecten a los particulares, incluyendo la de citación. (Vélez, 1994, pág. 21).

En lo que atañe a la motivación del comunicado que convoca la audiencia de debido proceso administrativo en materia de contratación, la norma impone que la citación debe contener entre otras cosas: a) Los hechos expresos y detallados que soportan la actuación, b) La prueba en que se sustentan tales hechos (informe de interventoría o supervisión); c) Las cláusulas o normas posiblemente vulneradas; y d) Las consecuencias que se derivan de la actuación.

Sin embargo, no se trata simplemente de llenar un formulario que contenga de títulos los anteriores literales, como en la práctica ocurre, el legislador al establecer estos requerimientos, pretendió salvaguardar la defensa técnica del implicado y de su garante; entonces, cuando el contenido no es suficiente, se vulnera el derecho de contradicción.

Y es que la Administración no puede sustentar en discrecionalidad alguna la motivación de la mentada citación y mucho menos justificarla en informalismos o celeridades procedimentales, como en la práctica ocurre.

A partir de aquella base, se encuentra que la citación en la práctica contiene en su esencia un punto de vista subjetivo para quien la elabora, y es que para la Entidad Estatal ya hay un posible incumplimiento del contrato de parte del investigado, como quiera que para aquel extremo contractual existe un convencimiento inicial en contra de los intereses del contratista.

Consecuentemente, al ser la Contratante juez y parte, existe un desbalance propio en el ejercicio del derecho de defensa, que solo puede ser aminorado a través de unas consideraciones y pruebas objetivas, claras e imparciales que permitan al investigado hacer uso de las pruebas a su alcance, dejando en evidencia la tensión entre el fin contractual y el debido proceso.

De allí se destaca la importancia de la motivación de los actos administrativos, para la Corte Constitucional, la necesidad de motivación de las decisiones tiene un asidero en la

Carta Política y se justifica en la posibilidad de que los administrados cuenten con la posibilidad de Controvertir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, (Corte Constitucional, 2012).

Por su parte, surge entonces la necesidad de saber si el oficio de citación es un Acto Administrativo, para lo cual, la misma Corte Constitucional mediante sentencia T945/2009, ha dado recibo al concepto del doctrinante Eduardo García Enterría en su libro “*Curso de Derecho Administrativo*”, para quien el acto administrativo es definido como: “*La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*” (Corte Constitucional, 2009).

Es importante advertir que la Ley 1437 de 2011, reguló el Procedimiento administrativo sancionatorio a través del artículo 47, en aquel precepto normativo, se equipara la citación inicial a la de un “*acto administrativo*”, como consecuencia de simples “*méritos*” y no certezas, como si ocurre en el procedimiento en materia de Contratación, reiterando que el verbo “*evidenciar*” contemplado en el literal “a” del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lleva implícito (como ya se dijo) un grado de certeza.

Así pues, vale la pena indicar que si bien para algunas Entidades contratantes (acudiendo a criterios de discrecionalidad), la Citación puede ser tenida en cuenta como un acto de mero trámite, y que (a juicio de algunos) por ello no se exige un grado motivacional que justifique su ejercicio punitivo.

Contrario a lo que practican algunas entidades (no todas por supuesto), la citación misma sea o no un acto de trámite, debe estar motivada, en virtud de que el procedimiento además de ser reglado, no dispone discreción alguna al funcionario en tal aspecto, configurándose en principio garantista para con el Contratista del Estado.

De tal suerte que si a voluntad del Estado, de acuerdo a la estructura de su política criminal, está la de reclasificar las infracciones al ordenamiento jurídico, o sea los actos delictuales y los contravencionales administrativos, no por ello pueden esos Estados reservar las garantías constitucionales únicamente para los que, por lo menos en teoría, mayor daño causan con su actividad infraccional. ... el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos en la célebre Sentencia del 21 de febrero de 1984, conocido como el “caso Otzürk” en donde, interpretándose las estipulaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se advirtió el peligro de desatender el postulado garantista del Convenio por la Conducción del traslado de la figura jurídica: las garantías del proceso penal deben desplazarse también al procedimiento sancionador, conservando la pauta de las matizaciones propias de los criterios transvasables del ámbito penal al administrativo. (Ossa, 2009, págs. 136-137).

Valga la pena resaltar, que la citación inicial a audiencia de Debido Proceso Sancionatorio debe estar debidamente motivada, incluyendo dentro de sus consideraciones aquellas garantías y principios, tales como: Principio de Legalidad, Principio de Tipicidad, Non Bis In Ídem, Culpabilidad, Proporcionalidad, entre otros.

Nótese como el mismo operador legislativo, mediante el artículo 59 de la Ley 80 de 1993, exigió un contenido mínimo de todos los actos de contenido sancionatorio que se deriven de la contratación pública:

ARTÍCULO 59. DEL CONTENIDO DE LOS ACTOS SANCIONATORIOS. La determinación de la responsabilidad de que tratan los artículos anteriores la harán las autoridades competentes en providencia motivada en la que se precisarán los hechos que la generan, los motivos y circunstancias para la cuantificación de las indemnizaciones a que haya lugar y los elementos utilizados para la dosimetría sancionatoria. Así mismo, en ella se señalarán los medios de impugnación y defensa que procedan contra tales actos, el término que se disponga para ello y la autoridad ante quien deban intentarse. (Congreso de la República, 1993).

Conviene concluir que la citación como acto administrativo que delimita el actuar de la administración, si debe ser motivado, contener todos y cada uno de los criterios impuestos por la norma, debe partir de la certeza sobre una evidencia primaria del supuesto incumplimiento, como quiera que solo a través de una debida motivación, puede el implicado contratista hacer uso de una defensa técnica a la luz del debido proceso constitucional.

Sin embargo, puede ocurrir que la citación aludida esté desprovista de los requisitos exigidos por la norma (Literal a, artículo 86 Ley 1474 de 2011) ya sea por ausencia de pruebas

o por la deficiente descripción considerativa de sus argumentos en que se sustenta, caso en el cual, es menester observar la presencia de un vicio de la actuación.

Tal vicio, no es más que una inobservancia del principio constitucional del debido proceso, relacionado con las formas propias de cada juicio, sin que exista un mecanismo de defensa directa contra tal arbitrariedad de la administración más allá que demandar el acto definitivo que se genere del procedimiento sancionatorio derivado de la citación precaria.

Rojas Franco, tiene en cuenta al debido proceso administrativo como una garantía formal y establece la necesidad de fases preestablecidas, al respecto se cita:

El debido proceso es, así, una garantía formal para el administrado en el sentido de que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico. En un plano material, el debido proceso otorga al administrado la garantía de que podrá hacer valer sus derechos en el ámbito y escenario de la administración. Con ello, el debido proceso no solo va más allá de una garantía formal del desarrollo del procedimiento, sino que, de acuerdo con la sentencia apuntada anteriormente, requiere de un control material que verifique el contenido de una decisión que se apegue a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico. (Rojas, PUCP 68, pág. 184).

Entonces, al no existir un mecanismo ni una instancia o funcionario a quien acudir para defender los intereses del administrado cuando la citación es precaria sino únicamente ante el autor del mismo documento de citación, es clara la problemática del respeto por la garantía del derecho de defensa del implicado, destacando de antemano que en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, este tipo procedimientos solo es susceptible del recurso de reposición ante el mismo funcionario que profiere la decisión.

Téngase en cuenta que el Derecho al Debido Proceso está contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, con el propósito de evitar decisiones o procedimientos arbitrarios, que se alejen del respeto a derechos conexos al mismo, al respecto, comenta Ossa sobre el procedimiento garantista:

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 cubija a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones de los particulares, a los procesos que por motivo o con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desplegar y desde luego, garantizar la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas. (Ossa, 2009, pág. 239)

El mismo autor, fundamenta la imparcialidad como un pilar fundamental que debe imperar en la actuación sancionatoria, teniendo de presente, que la Entidad funge en calidad de juez y parte dentro de la diligencia que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; exigiéndose de esta mayor rigurosidad en sus actuaciones.

La imparcialidad administrativa constituye una máxima fundamental constitucionalizada en Colombia y reglada también en el Código Contencioso Administrativo que prevé, en el artículo 30, una delineación de equidad en donde están involucrados los funcionarios gubernamentales de todo orden y especialmente aquellos que deben realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas.

Es que, en verdad en la función administrativa los procedimientos tienen la finalidad de asegurar y proteger los derechos de todas las personas, sin ningún género de discriminación. (Ossa, 2009, pág. 265)

Debe resaltarse que la principal necesidad de fundamentación de la decisión de abrir una actuación sancionatoria tendiente a declarar el incumplimiento de una prestación del contratista (oficio de citación), es brindar al administrado unos cargos determinados, unos hechos y consideraciones frente a los cuales tiene que enarbolar su defensa, las pruebas que debe controvertir y las eventuales consecuencias a las que se expone, es decir, a través de una adecuada citación se debe salvaguardar el principio de legalidad de las faltas y las sanciones, no siendo posible hacer extensible actuaciones extracontractuales que no sean tipificadas por la ley o el contrato; actuar en contra de estos lineamientos justificados en el

bienestar tutelado por el contrato estatal supone ciertamente una tensión y choque de principios en detrimento siempre del debido proceso.

El principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, “de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes. (Ossa, 2009, pág. 187).

En consecuencia, el respeto por la garantía del derecho de defensa tiene una obligación primigenia para la entidad contratante, cual es la de tener certeza y motivar sus decisiones, a fin de entablar una debida formulación de los cargos sobre los que se tiene que defender su contratista, es decir, a fin de respetar las garantías constitucionales, la entidad debe motivar amplia y detalladamente la citación primigenia, acompañando su pretensión de la prueba denominada “informe de interventoría”, el cual ha de ser imparcial y concreto, destacando de antemano que aquella pretensión debe justificarse bajo el principio de la legalidad de la faltas y las sanciones.

3. ¿La citación puede constituir una manifestación de la voluntad de la administración equivalente a un prejuzgamiento?

Ahora bien, reconociendo que la citación lleva consigo la posición preliminar de la entidad estatal, cual es la de imponer unas determinadas consecuencias negativas a su contratista, es necesario analizar la posibilidad de que tal actuación comporte un prejuzgamiento en el marco de su investidura legal.

En forma preliminar para Ossa es preocupante dentro de los lineamientos del derecho administrativo sancionatorio puesto que es “*la ausencia de un sistema general y único que ponga límites al exceso de la sanción pecuniaria de la administración*”, agregando que “*Resulta insólito favorecer a la autoridad administrativa con poderes sancionatorios más extensos que a los jueces*” (Ossa, 2009, pág. 559).

Y es que a través de la Supervisión o la misma Interventoría, el informe que sustenta la actuación puede atropellar la realidad contractual y no obstante, ser considerado como

plena prueba de la Entidad frente al supuesto incumplimiento; plena prueba aun cuando ni siquiera ha iniciado el procedimiento, ello, por cuanto por la formulación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se supone que existe una valoración y prueba de la Entidad Estatal antes de siquiera haber iniciado el proceso sancionatorio.

No hay que olvidar que la Entidad Estatal, con el objeto de perseguir un fin, trasmuta su figura de extremo contratante, para convertirse en juzgador, no solamente impulsando a su juicio el proceso, sino estableciendo a su arbitrio la pena, y lo que es más absurdo, definiendo bajo su discreción el valor probatorio en el marco de su actuación.

Ese debido proceso, tanto en su aspecto vertical como en el horizontal, es de imperativo acatamiento; no está sometido a la libre discreción de las partes o del juez. Tampoco es pensable concebir algún tipo de juicio en el que se pueda omitir el debido proceso. Y el concepto ha sido asumido con tal amplitud, que hoy se pregona su vigencia por igual para lo que doctrinariamente se ha definido en puridad como un "proceso jurisdiccional", y para lo que tan sólo es reconocido como simple trámite o procedimiento. (Múnera, 2006).

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2014, C.P. Alberto Yepes, indicó que *“El prejuzgamiento implica que el fallador anticipe o manifieste fuera de la oportunidad procesal su criterio sobre lo que se debate”*; entonces, surge la duda si la citación es el momento procesal oportuno para que el funcionario público manifieste su criterio, y no en el acto definitorio del mismo, existiendo una clara vulneración de la presunción de inocencia justificada en la salvaguarda de la contratación pública.

El debido proceso administrativo tiene por objeto garantizar a través de la evaluación de las autoridades administrativas competentes y de los tribunales contenciosos, si los actos proferidos por la administración, se ajustan al ordenamiento jurídico legal previamente establecido para ellos, con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las instituciones del Estado, ante la propia organización y los asociados y asegurar los derechos de los gobernantes.

(...)

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 a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, y a las peticiones de los particulares, a los procesos que por motivo o con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desplegar y desde luego, garantizar la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular a través de ellas se hayan afectado sus intereses. (Corte Constitucional, 1992).

No obstante, lo que la ley protege con aquella actividad preliminar de citación (de indicar por escrito detalladamente los hechos, pruebas, normas y consecuencias perseguidas), no puede entenderse como un prejuizgamiento, sino una garantía de defensa del implicado, siempre y cuando se guarde estricto cumplimiento al principio de inocencia, sobre el cual el Doctor Amaya Barón escribió:

Bajo esta tesitura, el principio de inocencia se constituye por dos exigencias: a) el supuesto fundamental de que el servidor público imputado no sea considerado culpable hasta que así se declare en resolución ejecutoriada; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del procedimiento, y b) la acusación debe lograr el convencimiento de la autoridad sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y en la atribución al sujeto, lo que determina necesariamente la prohibición de inversión de la carga de la prueba. (Amaya, 2010, pág. 58).

La tensión se genera en el Procedimiento sancionatorio contractual colombiano, en la medida de que la persona que fundamenta la apertura del procedimiento (citación motivada), es la misma autoridad que conoce del asunto y finalmente quien decide sobre la suerte del proceso, aclarando qué a través de delegaciones a distintos funcionarios, el ordenador del gasto también vulnera el principio de inmediación.

Por tanto, siempre en la citación al debido proceso contractual existe una línea delgada entre un acto arbitrario de la administración con el cual se prejuzgue y el respeto del

derecho fundamental al debido proceso, el cual se refleja entre las líneas propias que motivan la decisión, siempre que se respete tanto la presunción de inocencia como la prohibición de regímenes de responsabilidad objetiva:

En conclusión, la presunción de inocencia es una garantía de Derecho sancionador, que surge tanto de la aplicación del dogma *nulla poena sine iudicio*, como del *ius puniendi* que el Estado posee, realizada a través de sus órganos jurisdiccionales (judiciales o administrativos), impidiéndole todo prejuzgamiento o adelanto de sanción con el pretexto de la validez y efectiva aplicación de la ley disciplinaria y el aseguramiento de la verdad material, la cual debe extenderse a otras ramas del Derecho como el Derecho disciplinario de los servidores públicos, que proclama como principio "la presunción de no existencia de responsabilidad disciplinaria mientras no se demuestre lo contrario. (Amaya, 2010, pág. 60)

La citación contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 *per se* no puede constituir un prejuzgamiento, lo que no supone superado el hecho de la falta de equilibrio entre las partes (Contratante Contratista) en el marco de la actuación, esto si se tiene en cuenta que en la comunicación inicial se invierte la carga de la prueba en contra del investigado, insistiendo que quien elabora el acto de citación es el mismo quien valora los descargos de su contraparte y que quien decide sobre el fondo del asunto es la contraparte del investigado, aspecto que supone un desbalance en detrimento de la actuación; dada esta situación, se puede colegir que en Colombia, con este diseño de procedimiento se está incurriendo en un régimen de responsabilidad objetiva.

Ahora bien, como quiera que se ha indicado a lo largo del presente documento que el verbo descrito en el literal "a" del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es el de "*evidenciar*", la pregunta que subyace es si es necesario tener claridad, certeza y evidencia no solo sobre el "presunto incumplimiento", sino sobre las consecuencias, los perjuicios y las normas o cláusulas vulneradas.

En la realidad, se observa como la citación es formulada a través de simples transcripciones de hechos, así como también, es usual ver como la Entidad transcribe cláusulas penales y multas, en otros casos aún más extremos, la Entidad abusa de su arbitrio y establece un valor sobre el cual cuantifica su supuesto perjuicio (incluso por encima de los

valores contractuales), creyendo con ello que se satisface el respecto por el Derecho de Contradicción, al respecto indica Expósito:

Así, de conformidad con la Constitución y la ley, la administración en el uso de la facultad de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria debe respetar las garantías que se desprenden del debido proceso en las actuaciones administrativas.

...

De ahí que tanto la imposición de las multas como el uso de la cláusula penal pecuniaria como remedios que se pueden instaurar frente al incumplimiento del contratista en una de sus obligaciones, deban estar delimitados y precisadas en primer lugar respecto a cada una de las causales que dan lugar a su configuración; en segundo lugar, el procedimiento que debe adelantar la Administración para hacerlas efectivas y, en tercer lugar, frente a las multas el monto de estas y claramente en lo atinente a la cláusula penal pecuniaria el monto de la tasación del perjuicio.

Finalmente, vale aclarar que la Administración Pública, una vez inicia el procedimiento sancionatorio, tiene la obligación de poner de presente todas las circunstancias que conllevaría la sanción y concluirla en las mismas condiciones, por ejemplo la de establecer el tipo de sanción que se le impondría al contratista. En esa medida, no puede la entidad estatal comunicar al contratista la imposición de una multa y, una vez advertido que la obligación fue cumplida, tratar de convertir la sanción en la imposición de la cláusula penal pecuniaria (Expósito Vélez, 2018, pág. 500).

Y es que existe otro punto que involucra la discreción del funcionario frente a la posible vulneración del derecho de defensa técnico, y es el relacionado con los términos para enarbolar la actuación, si bien es cierto, cuando el legislador diseñó el procedimiento administrativo, le atribuyó la característica de la oralidad, con el propósito de que fuera un proceso ágil, a tal punto que en cuanto al término entre la citación y la celebración de la diligencia debería ser lo más ajustado posible:

En la misma [la citación] se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la

naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales (...). (Congreso de la República, 2011).

No obstante, el problema de este precepto está dado en que, al otorgar plena discreción a la Administración, aquella interpretación de brevedad hace exiguo o casi nulo el término para la preparación de la diligencia, por cuanto es frecuente encontrar diligencias en las que la citación llega a su destinatario después de la fecha y hora de la audiencia.

En este punto también es preciso indicar que el sano ejercicio del derecho de defensa técnico implica una preparación que siempre requiere un mínimo de tiempo, destacando que el procedimiento en cuestión no discrimina términos y lo que es más complejo, equipara el proceso sin importar si se trata de una falta menor o si se trata de una parálisis de obra, siendo igual ante la normativa procesal la oportunidad de defensa de una multa a una caducidad, encontrando un gran margen de discrecionalidad del funcionario público en detrimento de la tantas veces citada garantía constitucional del derecho de defensa.

No sobra recordar que el contratista investigado, debe tener derecho a la preparación misma de su defensa, máxime si se reconoce que debe reunir el material probatorio con el que vaya a desvirtuar los cargos y el informe que acompaña la citación (documento en el que se sustenta la actuación).

Sin embargo, al día de hoy ni el legislador ni la jurisprudencia ha establecido parámetros básicos que definan cual es el criterio para definir “la mayor brevedad posible”.

Téngase en cuenta que la citación parte de la certeza o evidencia del incumplimiento, lo que hace que el investigado deba tener tiempo para la preparación de la defensa técnica en pro de sus intereses.

Como parte integrante del derecho al debido proceso la Constitución reconoce, a quien sea sindicado o imputado, es decir, a quien se le endilga la comisión de un hecho que configura un ilícito penal, contravencional o disciplinario, el derecho de defensa que se traduce, entre otras posibilidades a ser oído, ‘a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. (Corte Constitucional, 1997).

Además, destaquese que la citación de que trata la norma en estudio, es en propiedad un pliego de cargos con una estructura predeterminada por la ley, en la que se anticipa las

posibilidades o consecuencias, aspecto que imprime la relevancia propia para el término de preparación de la diligencia por parte del investigado; y es que se ha dicho que el respeto del debido proceso no se satisface con la mera formalidad, por lo que el derecho a ser oído lleva intrínseco la oportunidad de preparación para ser oído.

La doctrina en repetidas oportunidades ha reconocido esta tipología o también las ha señalado como dos etapas constitutivas del procedimiento: una primera etapa conformada por la formación de la voluntad administrativa, y otra etapa de fiscalización, control e impugnación que comienza cuando la primera concluye. (Mora Espinoza, 2008).

Este aspecto de la brevedad posible, debe estudiarse de la mano del principio de imparcialidad, contenido en el preámbulo de la Constitución Política, así como en el artículo 209 de la misma, y en el numeral 3° del artículo 3° de la Ley 1437 de 2011; sobre la imparcialidad, Hurtado indica que se debe aplicar e interpretar en el procedimiento conforme su finalidad, que es lo que se pretende auscultar, no simplemente por el procedimiento sino percatar la intención propia, incorporando:

Agrega el Código General del Proceso que la imparcialidad exige al juez no solo definir e intervenir dentro del proceso atendiendo los límites que el (sic) impone la ley sino actuar con cautela para evitar interferencias indebidas dentro del sistema de procedimiento, especialmente cuando la oralidad así lo exige. (Gaitán, 2015, pág. 97)

Del mismo modo, la brevedad posible tiene que ser tenida en cuenta bajo el principio de razonabilidad, el cual es descrito en la Sentencia C695 de 2008 de la Corte Constitucional así:

Lo que significa que la finalidad de aquellas debe ser legítima a la luz de la Constitución Política y que los medios utilizados para alcanzarla deben ser idóneos, necesarios y proporcionados” (Corte Constitucional, 2008).

Roberto Dromi refiere que la razonabilidad del acto responde al debido proceso de verificación de los hechos que lo justifiquen y a la apreciación objetiva al valorarlos. Es por ello que, en el marco de un procedimiento correcto y con apego a las garantías del

administrado, se puede verificar un acto proporcionado, ajustado y concordado a los preceptos constitucionales.

Por su parte, a manera de ejemplo sobre brevedad posible, se tiene que el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 ha otorgado 15 días hábiles siguientes a la formulación de cargos para la presentación de descargos y pruebas, en tanto, Suárez menciona en su obra *Cláusula de Multas y Penal Pecuniaria* lo siguiente:

(...) la citación debe hacerse con un plazo anterior a la audiencia, razonable y suficiente, de modo que el contratista y la aseguradora puedan prepararse para la misma. Dado que la norma no estipuló dicho término se considera que el mismo no debería ser inferior, como mínimo de cinco (5) días hábiles, según la complejidad del hecho que genera la citación a audiencia, plazo que es el que comúnmente utiliza la legislación colombiana para hacer por ejemplo citaciones para notificaciones personales, o el que se utiliza por ejemplo para citar a audiencias en procesos disciplinarios verbales (ley 734 de 2002)” (Suárez, 2014, pág. 165).

En conclusión, las anteriores situaciones en torno a la citación que da origen a la actuación hacen del procedimiento sancionatorio un factor de amplio margen discrecional (donde no lo debe haber), que otorga una herramienta de coerción más allá del derecho fundamental del Derecho a un Debido Proceso en materia Administrativa y que van en desmedro de los intereses del co-contratante.

4. Nulidades procedimentales

La cuestión es, analizar como el titular de la acción punitiva administrativa actúa frente a sus errores, ya sean formales, aritméticos o que tienen una connotación sustantiva grave; reconociendo que al tenor del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Entidad Estatal cuenta con un amplio margen de actuación, dada la laxitud actual del mismo procedimiento.

Así pues, el caso más significativo en donde el funcionario público encargado de la actuación administrativa sancionatoria contractual ejerce una actuación discrecional es con la misma motivación de la citación que conforma el pliego de cargos en contra de su

contraparte contractual, el asunto se torna interesante, cuando la defensa plantea nulidades o irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso contra aquella situación.

Y es que como ya fue advertido líneas atrás, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 está compuesto tan solo de 4 literales, y en ninguno de estos tiene contemplado un trámite incidental tendiente a resolver las nulidades o irregularidades que sean cometidas en el curso de la actuación, aun cuando el mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo le excluyó del procedimiento general, quedando desprovisto de una solución accesible: “*Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia*” (Congreso de la República, 2011).

Nótese que esta incertidumbre, se reafirma con la existencia del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, el cual refiere solo en la medida de lo posible a los procedimientos y actuaciones de la función administrativa o en su defecto a las propias del extinto Código de Procedimiento Civil, hoy reemplazado por el Código General del Proceso. (Congreso de la República, 1993).

Ante tal circunstancia, en donde la norma especial remite a la norma general (Ley 80 a la Ley 1437 de 2011) pero ésta última excluye de su procedimiento administrativo general a los procedimientos derivados de la Ley 80 de 1993, no queda más sino tomar las distintas herramientas de los principios de la función administrativa, a fin de despejar el interrogante, dejando sentado desde ya, que en la práctica esta circunstancia lo que permite es dejar al arbitrio del funcionario público para sostenerse en su yerro del citatorio.

Entonces, el primero de los apartes normativos a tener en cuenta, es el literal “d” del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, según el cual la Entidad Contratante tiene la facultad de suspender el procedimiento no solo para allegar o practicar pruebas, sino también para garantizar el correcto desarrollo de la actuación administrativa:

En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada,

ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa...
(Subrayado fuera del texto). (Congreso de la República, 2011).

Nótese que, si bien no se contempla un trámite incidental de nulidad, si se permite que a criterio de la Entidad Estatal (el jefe o el delegado), puedan suspender la diligencia para procurar el correcto desarrollo de la actuación, lo que se traduce en la posibilidad de arreglar las deficiencias que incluso se hallen en la citación misma.

A pesar de lo anterior, los defectos propios de la citación, ¿cómo podrían ser reconocidos como nulos por quien los profirió?, si en vía judicial, no existe autoridad superior a quien se pueda acudir en virtud de la misma Ley 80 de 1993, quien indicó la ausencia de recurso de apelación, ello justificado en que el acto o actuación es dirigido por el superior jerárquico; y es que fue la misma Codificación administrativa la que previó la posibilidad de corrección de las irregularidades:

ARTÍCULO 41. CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla. (Congreso de la República, 2011).

En el caso en cuestión, podría inferirse que la misma Administración podría corregir el yerro que haya cometido al elaborar la citación, si es un mero error formal, tendrá que acudir al artículo 45 íbidem para arreglar el asunto. (Congreso de la República, 2011).

Pero, si el asunto es un craso error que ponga en peligro la actuación sancionatoria y con ello, vulnere el debido proceso (v.gr. falta de los hechos expresos y detallados, falta de acompañamiento de todos los documentos que sustentan la actuación, falta de delimitación de normas o cláusulas posiblemente vulneradas o ausencia de consecuencias concretas), en este caso, debería existir un acto definitorio que archive el asunto, en la medida en que es irreparable el daño al debido proceso. (Congreso de la República, 2011).

No obstante, es común que citaciones mal realizadas deriven en declaratorias de incumplimiento, con la consecuente imposición pecuniaria (multa, cláusula penal),

amparados en modificación de cargos en la marcha del proceso verbal, en la ausencia de recurso de apelación o simplemente ejerciendo la autoridad propia de encausar a la mayor brevedad posible la decisión.

5. Valor probatorio del informe técnico de interventoría

El asunto entonces es, que la citación en su mayoría es una reproducción del informe técnico en el que se sustenta la actuación, sin embargo, genera tensión de principios la visión y valor probatorio que la Entidad Estatal le da a tal informe. Téngase en cuenta que para el momento en que se recibe por parte del Interventor su informe técnico, no existe procedimiento sancionador, pero ya hay una valoración de parte de su juzgador, por lo cual emite la citación (pliego de cargos).

No es de desechar algo importante, la interventoría también es un colaborador particular de la administración, pero no es imparcial, en la medida de que también es un sujeto disciplinario.

Nótese que además de ser una prueba extra proceso, que requiere de su ratificación, el Interventor es en gracia de discusión un testigo, el cual tiene coparticipación con el juzgador, quien es el contratante, ostentando por un lado experticia, pero por otro, un interés en el asunto, lo que supone un grave problema de parcialidad en la investigación contractual:

ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso. (Congreso de la República, 2012).

El problema que afecta el debido proceso, es que la Entidad además de tomar como plena prueba dicho informe técnico, tanto ella [Administración], como su Interventor tienen un interés directo en los resultados del contrato y en los resultados del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual, por lo que no permite en la práctica controvertir a través de testimonio aquel informe que sustenta la actuación. (Congreso de la República, 2011).

En parte, dicha medida se ampara en la celeridad del procedimiento, así como en la imposibilidad de controvertir lo dicho en el escrito de citación, por lo que tal medida puede constituir una fuerte tensión en contra del debido proceso del contratista, amparado en la necesidad de buscar la satisfacción del objeto contractual.

En forma adicional, es una práctica común de las Entidades Estatales la de limitar la participación a 20 minutos, con sustento en el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, limitando la participación del investigado y de su garante a solo una pequeña fracción de tiempo, teniendo entre otros, que controvertir la prueba sumaria (informe técnico de interventoría) en este exiguo término.

A esto se le suma, que posterior al ejercicio del término defensivo, la Administración puede con arreglo al literal “d” del pluricitado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 decretar nuevas pruebas, ellas tendientes a confirmar lo que la citación pretende, sin permitir un ejercicio de alegatos de conclusión que garantice una contradicción justa, siempre justificado en la necesidad de satisfacer el bienestar general tutelado con el contrato del Estado.

6. Tensión de principio por indebida aplicación del límite procedimiento

Ahora bien, en la práctica diaria, existen varios conceptos sobre el alcance del procedimiento, casi siempre en desmedro del investigado o de aquellos terceros que se encuentran vinculados conforme su naturaleza (aseguradoras garantes), para algunas Entidades Estatales, la diligencia sancionatoria contractual solo debe aplicarse para casos de declaratoria de incumplimiento que involucren la efectividad de multas o cláusulas penales, en otros casos, se hace uso de esta herramienta para alcances diferentes a los creados por el

legislador, creándose una incertidumbre sobre el límite competencial propio del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Así pues, surge la necesidad de establecer el marco dentro del cual la Administración debe hacer uso o no del citado procedimiento, para lo cual es menester analizar detalladamente las consideraciones legales del caso, por cuanto existen procedimientos del ámbito contractual que difieren de la aplicación de la cláusula penal, las multas o la caducidad en sí misma, pero que comportan el uso de la prerrogativa del *ius puniendi* administrativo.

Es así como se encuentra que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 (ya transcrito anteriormente), es el pilar fundamental que cerró todas las discusiones que ya la jurisprudencia había dilucidado, sobre la potestad sancionatoria en materia de contratación estatal, debido al silencio normativo de la Ley 80 de 1993.

Fue el legislador a través de la Ley 1474 en cuestión, quien determinó que la Administración tenía entre otra potestades la de “declarar el incumplimiento” y a continuación indica una potestad consecuente: “*cuantificando los perjuicios del mismo*”, por lo que no existe discusión sobre tal facultad, el tema ha de centrarse en el límite competencial de las Entidades sobre el uso debido de esta herramienta, que debe encaminarse de manera exclusiva a la búsqueda de la satisfacción del interés general para luego determinar como el vacío está generando una incertidumbre que vulnera la garantía del debido proceso para con sus intervinientes.

Sin embargo, el campo de juego que surge en ese marco no es de total libertad, porque existen derechos fundamentales como el de igualdad y, principios como el de razonabilidad, necesidad y prohibición de exceso, que también limitan la actividad de configuración del legislador. Además, el control social de la conducta que desconoce la vigencia de la norma es formal, en el sentido que requiere de una ley con determinados requisitos (*lex praevia, lex certa, lex scripta*). (Corte Constitucional , 2002).

Por tanto, para el tema que ocupa al presente escrito, es menester analizar sobre qué escenarios puede la administración “*cuantificar los perjuicios*”, ello con el objeto de determinar aquel límite propio del proceso sancionatorio contractual, de manera concreta,

existe la posibilidad de situar la responsabilidad en los siguientes campos: precontractual, contractual, pos-contractual y extracontractual. (Presidencia de la República, 2015).

Así pues, de tales momentos, subyacen oportunidades en las cuales puede aplicarse el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, y otros que no, circunstancia que aún hoy en el escenario administrativo no es claro, tal es el caso de la declaratoria de siniestro de que trata el Decreto compilatorio 1082 de 2015, según el cual el acto administrativo constituye el siniestro para reclamar ante la determinada compañía de seguros, aspecto que se abordará más adelante.

Sin embargo, a fin de satisfacer un orden propio del presente escrito, es menester analizar en primer lugar el escenario precontractual, en donde aún no existe contrato, sino únicamente meras tratativas con posibles oferentes, en aquel momento, la Entidad puede verse afectada cuando el oferente favorecido incumple con sus deberes anteriores a la formalización del contrato, tales como:

- No suscribir el contrato.
- No sostener su oferta primigenia.
- Incumplir con la presentación de la garantía para el cumplimiento del contrato
- Retirar su oferta.

Se tiene entonces que estos escenarios son propios de los contenidos en el artículo 17 de la Ley 1150, sin embargo, no pueden ajustarse a dicha norma, como quiera que para dicho momento no existe acuerdo de voluntades debidamente formalizado (recuérdese que una de las características propias del contrato estatal es su solemnidad), ni norma especial que faculte y, por tanto, no existe alcance que pueda darse para este tipo de actuaciones precontractuales.

Recábase en la ausencia de discrecionalidad al funcionario estatal para dar alcance al procedimiento que aquél no tiene, como quiera que se sobrepasa el límite competencial por una parte y por la otra, se trasgrede el principio de legalidad, por tanto, el procedimiento de que trata el tantas veces citado artículo 86 de la denominada Ley Anticorrupción, es ajeno a esta circunstancia, para lo cual la Entidad debería bajo el principio de las formas propias de cada juicio, acudir al procedimiento general de que trata la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, una vez suscrito y legalizado el contrato estatal, existe plena certeza sobre la aplicación del procedimiento sancionatorio contractual, sin embargo, aquella eventual pretensión debe circunscribirse al campo de la legalidad, esto es, limitarse a la sanción que previamente pactó en el acuerdo de voluntades.

No obstante, mediante sentencia C-499 de 2015, la Corte Constitucional declaró exequible la función de “cuantificar perjuicios” en el marco de la actuación del artículo 86, caso en el cual no solamente se puede hablar de efectividad de cláusula penal [la cual es una estimación anticipada de perjuicios según lo estipula el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007], y de contera, ya no se habla de un procedimiento meramente sancionatorio, sino más bien indemnizatorio, ya no tendiente a buscar la satisfacción del objeto contractual sino más bien, enfocada a resarcir los perjuicios de determinada situación.

Dentro de tales situaciones están la efectividad de los amparos de la Garantía Única del Estatuto de Contratación Público, v.gr. el amparo de salarios y prestaciones sociales, cuyo contenido y alcance es el de salvaguardar el patrimonio de la entidad cuando su contratista incumple las obligaciones patronales derivadas de la ejecución del contrato estatal, nótese que bajo esta circunstancia, el procedimiento en ningún momento estará dirigido a procurar el cumplimiento del objeto contractual, sino más bien el de mantener indemne pecuniariamente al Estado.

El problema en la actualidad parte en que el procedimiento es precario, lo que implica que la administración llena los vacíos con interpretaciones, las cuales extralimitan la función pública por una parte y por la otra, atentan contra el derecho del debido proceso del investigado, al punto que dejan de aplicar el procedimiento cuando lo deberían hacer o por el contrario, utilizan el mismo como mecanismo de coerción sobre alcances contractuales diferentes a los establecidos en el acuerdo de voluntades o lo que es peor, determina el concepto de perjuicio a su acomodo, sin tener presente que el mismo debe ser cierto, cuantificable, real y presente, haciendo valer indemnizaciones que son solo expectativas, cayendo entonces en el enriquecimiento sin causa.

Tal es el caso en el que, a través de un procedimiento de este tipo, declara un incumplimiento de las obligaciones patronales del contratista y hace efectiva la garantía única

en su amparo de salarios y prestaciones sin que para ese momento se haya causado perjuicio alguno para la Entidad Estatal, siendo aquel una mera expectativa que aún no se concreta.

Entonces, no es claro el límite competencial sobre los temas en los que debe ocuparse la actuación administrativa sancionadora contractual, denotando el ya citado artículo 47 del CPACA, en donde se hace una exclusión expresa del procedimiento general “sancionatorio”, y allí redundante el vacío normativo, por cuanto en una pretensión de mera indemnización, se usa un procedimiento que la ley ha concebido como sancionatorio.

Y es que la sanción es una pena accesoria frente a la declaratoria de incumplimiento, siendo esta premisa la que debe redundar a fin de escoger o no la aplicación del artículo 86, es por ello que existen actividades posteriores a la liquidación del acuerdo de voluntades, en las que la Administración hace uso de la herramienta sancionatoria NO para declarar incumplimientos, sino simplemente para efectivizar seguros, casos en los cuales ni siquiera cita al afianzado contratista sino simplemente a la compañía garante; en ese caso, lo que se presenta es un claro abuso del derecho y una violación de las plenas formas de cada juicio, amparándose en la necesidad de satisfacer el bienestar general.

Cabe denotar que, en materia del derecho administrativo sancionador, el artículo tercero de la Ley 1437 de 2011 materializó el avance jurisprudencial y doctrinario que arrojó el principio de legalidad desde el derecho penal hasta el procedimiento administrativo sancionatorio, sin embargo, ante la violación de aquel principio, en el derecho penal se comentó:

Excepcionalmente se dará esta clase de nulidad, porque si el servidor público viola el principio de legalidad de los delitos estamos frente a un caso de atipicidad, que se resuelve por medio de la preclusión de la investigación, la cesación de todo procedimiento o de la sentencia absolutoria. (Bernal & Montealegre, 1995, pág. 380)

En la obra de Fundamentos del Derecho Administrativo Sancionador, se realiza una cita de Cerezo, quien a su vez evoca el pensamiento de García de Enterría & Fernández, aduciendo que en la administración existen dos tipos de facultades en cabeza del ejecutivo, cuales son, por un lado, la de establecer e imponer normas sancionatorias, y por el otro, un conjunto de disposiciones reguladoras del actuar de la misma administración:

De lo anterior, ya podemos desprender la definición que recoja las dos facultades: la de establecer las normas sancionadoras y las de imponerlas; tenemos así, un conjunto normativo de disposiciones reguladoras de la actividad administrativa, que tiene como finalidad coadyuvar el cumplimiento de las tareas estatales que establecen como consecuencia de su infracción, la imposición de una sanción administrativa con observancia de los principios establecidos constitucionalmente. Para llegar a esta definición, se ha corrido un largo camino doctrinal y jurisprudencial siempre en dos sentidos, en el que se ha tenido como punto de observación la distinción del doble ámbito sancionador, el penal y el administrativo, y la existencia o inexistencia de diferencias sustanciales entre lo ilícito penal o ilícito administrativo, originados desde la propuesta realizada en tal sentido por GOLDSCHMIDT a comienzos del siglo XX (Peman, 2000, pág. 33)

Ahora bien, se aclara que en el presente capítulo no se hará mayor énfasis sobre la cláusula penal y las multas, como quiera que es una atribución estatal que no admite dudas y por tanto, que no constituye el objeto principal del presente documento, sino más bien, se pretende profundizar sobre aquellas posibilidades distintas para la aplicación del *Ius Puniendi* contractual, ello teniendo en cuenta que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estableció un tercer uso del debido proceso que no estuvo contemplado por el legislador en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la posibilidad de “*cuantificación de perjuicios*”, bajo aquella potestad, la Administración puede bajo el margen de legalidad antes citado, salvaguardar sus intereses, ya no encaminados a la satisfacción directa del objeto del contrato, sino más bien dirigido a resarcir sus perjuicios derivados de incumplimientos de diferente índole que tienen relación directa con el contrato.

Con ello, el proceso administrativo contractual ya no es únicamente sancionatorio sobre las cláusulas previstas en el acuerdo de voluntades, sino que trasciende al campo indemnizatorio y otorga a la Entidad Estatal contratante la posibilidad bajo su propio criterio, establecer la cuantificación de perjuicios, lo que supone de plano vacíos probatorios y motivacionales sobre aquella nueva prerrogativa.

Del mismo modo, se tiene que indicar que la Administración está sujeta al Estatuto de Contratación Estatal y por tanto, debe hacer uso de la audiencia administrativa objeto de estudio, para eventos tales como:

- Incumplimiento del contratista sobre el pago de salarios y prestaciones sociales a sus trabajadores que generen la obligación a cargo de la entidad contratante.
- Detrimento patrimonial generado por problemas de estabilidad de la obra.
- Detrimento patrimonial generado por problemas de calidad del servicio
- Detrimento patrimonial generado por problemas de calidad de los elementos suministrados.

Es de destacar que los anteriores eventos hacen parte de los riesgos a los cuales está expuesta la Administración, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, por lo que para el suscrito, la administración tiene plena claridad sobre la competencia y trámite propio de esta clase de perjuicios, tan solo que no deberían hacer uso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ello por cuánto con la liquidación del contrato, la entidad ya ha perdido la competencia propia para declarar el incumplimiento, y en el evento de estabilidades, calidades del servicio o calidad de los elementos suministrados, lo que está discutiéndose no es la entrega real del bien o servicio, sino su calidad en el tiempo y por tanto, su garantía, siendo la Aseguradora la principal implicada en el asunto.

En todo caso, no debe dejarse de lado la necesidad de que la falta y la sanción estén debidamente prescritas, destacando que el ilícito administrativo debe estar constituido bajo las premisas de culpabilidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Y es que, en materia de contratación estatal, existe la intervención de sujetos procesales que tienen un interés directo sobre la producción del acto sancionatorio contractual, como quiera que las consecuencias de la eventual resolución afectan su patrimonio.

En el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el legislador manifestó que, si el contrato se encuentra garantizado a través de póliza de Seguros, el asegurador goza de las mismas prerrogativas en términos y condiciones para el ejercicio del debido proceso y derecho de defensa técnico, ello, como quiera que las consecuencias afectan principalmente la efectividad de la garantía.

Téngase en cuenta que el artículo 1077 del Código de Comercio, le otorgó dos requisitos especiales a la reclamación formal, cuales son: la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida; por su parte, las normas de contratación estatal, han establecido que el “siniestro” está constituido en el mismo acto administrativo que así lo declare, sin embargo, el vacío se apoya en que el “siniestro” como tal, en materia de garantía única de cumplimiento, debe ser la propia “declaratoria de incumplimiento”, con las consecuencias propias incluso de garantías pos-contractuales.

Es menester recabar que la actuación sancionatoria posibilita a la administración no solo a enervar la póliza de seguro por multas o cláusulas penales, sino que también le facultaría para la determinación de los perjuicios que no solo afecten el amparo de cumplimiento, sino amparos de salarios, anticipo, estabilidad o calidad, sin embargo, cuando se realiza la lectura del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se encuentra que tanto en su encabezado, como en su literal “a”, la ley es clara en indicar que se trata de eventos de mera declaratoria de incumplimiento de obligaciones contractuales, excluyendo *per se* aquellas circunstancias posteriores a la liquidación del contrato, momento en el cual la Administración deja de tener competencia para la declaratoria de incumplimiento y por tanto al ser la competencia de los funcionarios públicos es uno de los límites y garantías fundamentales con que gozan los administrados, es imposible adelantar este tipo de diligencias por este procedimiento:

(...) La Sala ha precisado en reiteradas oportunidades que “...La competencia de las autoridades estatales constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquéllas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley...”⁸³. Así lo disponen el artículo 6 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” y el artículo 121 *ibidem* que dice “... Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen

la Constitución y la Ley. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, 2016).

Téngase en cuenta que todos estos perjuicios deben estar precedidos de la imputación de responsabilidad contractual de las obligaciones del tomador (contratista), como quiera que la estructura de esos negocios aseguraticios está encaminada solo a responder por perjuicios directos del afianzado, concepto de difícil comprensión en materia de Derecho Administrativo.

Y es que aquella determinación de perjuicios (solo en sede contractual, anterior a la liquidación del contrato) deben someterse a prueba y contradicción, no a través de la vía gubernativa, sino en la etapa previa a la producción del acto sancionatorio, esto es, a través de la diligencia de que trata el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción. No hacerlo, implica la falta de contradicción de la prueba, un acto de prejuzgamiento y por tanto, conlleva a la nulidad de que trata el inciso final del artículo 29 Superior.

Por su parte, cuando se trata de declaratoria de perjuicios posteriores a la liquidación del contrato, por las razones antes expuestas debe acudir al procedimiento administrativo general contenido en la Ley 1474 de 2011; no obstante, aún hoy para muchas Entidades contratantes no es necesaria la aplicación del debido proceso para actuaciones como las aquí citadas, sino que simplemente se debe otorgar la oportunidad para el agotamiento de la vía gubernativa.

Por tanto, se concluye que el procedimiento administrativo sancionatorio si debe abarcar para propósitos diferentes a la declaratoria de efectividad de la cláusula penal y multas, pero siempre y cuando se trate de eventos anteriores a la liquidación del contrato público, bajo los mismos criterios del derecho de audiencia instituido para estas actuaciones, otorgando a los sujetos procesales la oportunidad de participación en la conformación misma del acto.

Para Murillo, en su tesis de Maestría en la Universidad del Rosario, denominada “las facultades discrecionales en el estado social de derecho colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia”, se indica sobre la importancia de la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la:

Observancia estricta de las garantías del debido proceso, ...toda vez que, si bien el legislador otorga facultad discrecional a la Administración para la adopción de decisiones y el desarrollo de actuaciones, dicha facultad no es absoluta, pues se encuentra limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación, de forma tal que, la discrecionalidad no se puede confundir con arbitrariedad ni con la ausencia de motivos para proferir una decisión. (Murillo, 2014, pág. 14).

Entonces, frente a la posibilidad de que la Entidad incurra en la inobservancia del debido proceso en las actuaciones contractuales, existen consecuencias, cuales son la ilegalidad del acto, tal circunstancia, fue enarbolada por el Consejo de Estado mediante sentencia del 11 de abril de 2012, Radicado N° 17434, en la que:

Por otra parte y sin perjuicio de lo anotado en precedencia, la Sala considera que la actuación de la Administración, orientada a declarar la caducidad del contrato, transgredió las más elementales reglas que informan el debido proceso, pues no puso de presente al contratista y a su garante las situaciones y los elementos de juicio que, potencialmente, podían conducir a la extinción del vínculo jurídico, de modo que no tuvieron oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y de defensa mediante la exposición de razones, la aportación de pruebas y la contradicción de las obrantes, cuando esta clase de decisiones debe garantizar, necesariamente, el derecho fundamental al debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, aplicable tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, especialmente cuando las mismas traen como consecuencia jurídica la imposición de sanciones. (Consejo de Estado, 2012).

En relación con el debido proceso en las actuaciones contractuales, la misma Sala tercera de la Corporación en sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18394, dijo:

(...) En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas

tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [vii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas (...). Conocidas en forma sucinta la noción y condiciones materiales de configuración de la facultad exorbitante de declarar la caducidad de un contrato, y teniendo en cuenta que se trata de una sanción cuya imposición tiene la potencialidad de lesionar derechos subjetivos de los contratistas, es indiscutible, según se vio, que su ejercicio implica que se garantice el derecho constitucional al debido proceso. (Consejo de Estado, 2010).

Ahora bien, existen otros asuntos transversales en los cuales no está inmiscuido propiamente un proceso sancionatorio o indemnizatorio, tal y como lo es el proceso de liquidación unilateral, la suspensión del contrato, la interpretación o modificación unilateral, tales circunstancias como se analizó no hacen parte del derecho administrativo sancionatorio contractual, por lo que no debe acudirse a la práctica del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para tales propósitos, sino más bien a las reglas propias de que trata el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En conclusión, la actuación sancionatoria en materia de contratación presupone la búsqueda y satisfacción de las prestaciones debidas, aspecto que justifica el desequilibrio que se ha evidenciado en la presente actuación, sin embargo, son muchas las tensiones que se generan en el ejercicio de la potestad sancionadora contractual, la cual se ampara en la búsqueda de la satisfacción del interés general, vulnerando con ello, la garantía de debido proceso que merece el contratista.

Con lo anterior, es legítimo reconocer la posible tensión que puede generarse en la conformación del acto administrativo, como quiera que, si bien la administración busca la satisfacción del interés público con la expedición del acto, aquel proceso de formación de la voluntad del Estado puede transgredir derechos individuales del particular.

Uno de los procedimientos que refleja tal tensión, es el procedimiento administrativo sancionatorio en materia de contratación estatal, pues si bien, la Ley 1437 de 2011 estableció un procedimiento general, en tanto, en forma paralela el legislador estatuyó un procedimiento mas concreto, expedito tendiente a juzgar y sancionar las conductas, hechos y omisiones del particular en ejercicio de la actividad contractual; el procedimiento administrativo en sí, es entendido como:

[...] el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir. (Ortiz Ortiz, 1981).

El debido proceso es, así, una garantía formal para el administrado en el sentido de que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico. En un plano material, el debido proceso otorga al administrado la garantía de que podrá hacer valer sus derechos en el ámbito y escenario de la administración. (Rojas E. , 2011, pág. 184)

Y es que la tensión entre derechos colectivos e individuales subyace en la dinámica generada por la administración en la conformación del acto, a través del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que, si bien contempla y se funda en principios de contratación estatal, principios administrativos y derechos fundamentales, guarda silencio en cuanto a su procedimiento, lo que implica un amplio margen discrecional a la entidad estatal para su aplicación, lo que de plano constituye una transgresión. Con ello se plantea la necesidad de limitar la potestad sancionatoria a fin de evitar la interpretación o aplicación de actuaciones arbitrarias.

7. Tensión generada por la aplicación del principio de legalidad de las faltas y las sanciones

Bien fue desarrollado en el capítulo anterior del presente trabajo de tesis el principio de legalidad de las faltas y las sanciones, indicando la importancia de aquel en el ejercicio del *ius puniendi*, siendo necesaria la preexistencia de una ley, que sea escrita y cierta, incorporada al ordenamiento jurídico. Dicha norma jurídica, a fin de cumplir los postulados propios debe tener una consecuencia jurídica clara en caso de su vulneración por parte del particular.

Pese a lo anterior, hay que resaltar que en virtud del artículo 1602 del Código Civil Colombiano, se tiene que el contrato es ley para las partes, estando las mismas ligadas no solo a las condiciones de cosa y precio fijadas, sino a todas aquellas estipulaciones que se encuentren en el texto contractual, sean o no prestaciones sinalagmáticas, de la revista de derecho “Contexto” se cita sobre el *Pacta Sunt Servanda*”:

La condición de esa firmeza y obligatoriedad no es otra que la “legalidad” de la actuación. No es cualquiera convención la que vincula tan firmemente, sino aquella “legalmente celebrada”, con lo cual se pone de presente la carga de legalidad que pesa sobre quienes celebran el contrato, cuya convención es válida, o así se obligan, a condición del cumplimiento cabal de los requisitos establecidos a propósito por el ordenamiento (arts.1108 código civil y 1502 c. c.). El vínculo establecido de esa forma, que ninguna de las partes puede desconocer ni desatar por sí sola (art.1602 c. c.), tiene por función generar obligaciones, aquellas que corresponden a la función de la figura recorrida por aquellas: las indicada en sus declaraciones y, complementaria y supletoriamente, “las que emanan precisamente de la obligación o que por ley pertenecen a ella” (art.1603 c. c.); o en otros términos, las “que correspondan a la naturaleza del contrato, según la ley o la equidad natural” (art.871 c. co.). Tal es el contenido pleno, integrado del contrato, que determina sus efectos finales (Universidad Externado, 2000)

Entonces, lo interesante de vislumbrar en el presente capítulo es que al tenor del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el legislador en principio limitó el debido proceso a dos tipos de circunstancias, la imposición de multas conminatorias y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, ambas de aplicación exclusiva de la Entidad Estatal llevando a cabo un

debido proceso, cuyo fundamento es el contrato, en la medida de que para ambos efectos (multas y cláusula penal), la ley exigió que debía estar pactada en el acuerdo negocial.

Sin embargo, como ya ha sido explicado en el presente documento de tesis, estas no son las únicas circunstancias en las cuales podría existir un debido proceso, como quiera que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, establece una declaratoria de caducidad contractual, cuyo presupuesto para su imposición es la evidencia de hechos constitutivos de incumplimiento que afecten de manera grave la prestación del servicio y lo puedan conducir a su paralización.

Ahora bien, como fue ya advertido, con el procedimiento del artículo 86 la Entidad puede declarar mediante acto administrativo que se le resarzan los perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual, sobre tal circunstancia, no existe ni en el contrato ni en la ley un presupuesto de tipicidad alguno.

Por su parte, el legislador tramitó un proyecto de ley que imponía una nueva causal de declaratoria de incumplimiento por actos de corrupción, sin especificar los mismos, el proyecto que no fue aprobado por el congreso, estipulaba gravemente en contra de la legalidad de las faltas lo siguiente:

Artículo 17 A: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Administrativa, tendrán la facultad de declarar de forma autónoma la terminación unilateral del contrato que hayan celebrado, cuando encuentre demostrado la ocurrencia de hechos de corrupción cometidos por el contratista o algún servidor público en la obtención, celebración o ejecución del contrato estatal. (Congreso de la República).

Nótese como el proyecto de ley (que no llegó a sanción presidencial), incluía una nueva potestad de terminación unilateral, en la que tenía la potestad de hacer efectiva una cláusula penal (aun cuando no estuviera suscrito el contrato), vulnerando el principio de legalidad y fomentando a criterio del suscrito la corrupción.

Cabe denotar que dicho proyecto derivó en la Ley 2014 de 2019, en la que si existe una causal de efectividad de la cláusula penal pecuniaria aún cuando el contrato esté cumpliéndose a cabalidad:

Artículo 17B. Efectos de la sentencia judicial por actos de corrupción. Una vez en firme y ejecutoriada la sentencia judicial que determina la comisión de delitos contra la Administración pública o de cualquiera de los delitos contemplados en el literal j) del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, se hará exigible por parte de la Administración la cláusula penal pecuniaria. (Congreso Republico, 2019).

Entonces, si bien en materia de contratación estatal es primeramente el contrato público la norma punitiva a imponer, tanto en la falta como en la sanción, también existen formas contempladas en la ley para enervar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, tales como sentencia judicial de actos de corrupción o por causal de caducidad, sin embargo, es visto en el desarrollo de diligencias administrativas sancionatorias contractuales como se expiden actos de declaratoria de incumplimiento por cláusulas tipo, cláusulas en blanco o por cargos etéreos que implican una interpretación del funcionario público que la ley y la letra contractual no ha dado.

En este caso, es claro que se incurre en violación del debido proceso cuando se interpreta el contrato por fuera de las condiciones de exorbitancia creadas por la Ley 80, esto es, sin que medie un acto administrativo (anterior al procedimiento sancionatorio contractual), o cuando se interpretan clausulas sancionatorias con base en supuestos incumplimientos que la literalidad del contrato o el reglamento de la Entidad Estatal no ha prescrito.

(...), las potestades públicas han de entenderse como poderes unilaterales de las personas jurídicas del Estado, que por regla general están representadas por autoridades del mismo orden y que las ejercen a través de procedimientos previamente establecidos por la ley en sentido genérico, en la medida que en nuestro parecer no existen actos discrecionales o si llegan a existir, lo será de una forma muy limitada porque toda actuación de Poder Público está restringida por el Principio de Legalidad...

En efecto, si se analiza la norma de procedmimiento administrativo tanto en el sistema jurídico colombiano como español, se puede encontrar que el Principio de Legalidad y la superiodidad normativa es clara, en la mediada que determinan toda la actividad de las autoridades públicas y en última instancia, las expresiones de voluntad que se

pueden evidenciar en dichas actuaciones no corresponden a las mencionadas autoridades sino a la ley. (Güechá Medina, 2014, pág. 187)

Por su parte, no sobra recabar en la reflexión atinente a que el procedimiento del artículo 86 no es meramente sancionatorio, sino también indemnizatorio, lo que supone que la indemnización tasada no está en la norma sino en la justificación de la entidad, dicha desnaturalización del procedimiento podría eventualmente derivar en una fuente de enriquecimiento y de paso, en una arbitrariedad.

La tensión es producida en la medida de que al contar con amplios márgenes de discrecionalidad e interpretación del contrato y de sus cláusulas, se produce un tácito desconocimiento del principio de legalidad y por tanto, una vulneración del debido proceso contra el administrado; destáquese que en este tipo de procedimiento es el que crea un margen de discrecionalidad único en su especie, en donde el funcionario público amparado en la búsqueda de la satisfacción del objeto contractual, arremete e interpreta el contrato para justificar sanciones pecuniarias, sin contar con una doble instancia o un ministerio público que ampare de la arbitrariedad, quedando entonces avocado a un proceso judicial engorroso, caro y demorado en el tiempo para obtener justicia.

ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia. (Congreso de la República, 1993).

8. Tensión generada por el operador administrativo

Por su parte, es claro como el tantas veces transcrito artículo 86 del Estatuto Anticorrupción prevé la posibilidad de que la actuación o parte de ella sea adelantada por el jefe de la entidad, o por el delegado por este, por tal motivo, es menester en forma inicial

indicar que la delegación está definida como una herramienta del derecho administrativo, también encaminada en el adecuado funcionamiento del Estado, para el Consejo de Estado:

La delegación de funciones administrativas como instrumento para desarrollar la gestión pública con eficacia, economía y celeridad, ante la necesidad de reconocer que los servidores públicos que tienen a su cargo la representación de las entidades públicas no siempre pueden cumplir directamente todas las funciones asignadas por la Constitución, la Ley y los reglamentos. (Consejo de Estado, 2013, 12 de agosto.)

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del mismo alto tribunal establece:

La delegación - junto con la descentralización y la desconcentración - es uno de los medios establecidos en el Estado de Derecho para el adecuado ejercicio de la función administrativa, toda vez que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en principios rectores, tales como los de eficacia, economía y celeridad, que complementan los de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

Así la concibe la Constitución Política, la cual se refiere a las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la ley determine. Precisa que la ley señalará las funciones susceptibles de delegación por parte del Presidente de la República y que ella, igualmente, "fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades" y "establecerá los recursos que se puedan interponer contra los actos de los delegatarios (Arts. 209 y 211).

La Constitución complementa sus criterios básicos acerca de la delegación, cuando expresa que ésta "exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. (Consejo de Estado, 1998)

Aunado a lo anterior, es claro que el concepto de delegación está contenido en el artículo 9° de la Ley 489 de 1998, que establece:

ARTICULO 9o. DELEGACION. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley. (Congreso de la República, 1998).

Entonces, no está en tela de juicio la posibilidad de entregar la facultad sancionatoria en algún delegado, lo que se discute es la idoneidad del delegado y la imposibilidad de acudir en sede administrativa a una segunda instancia ante su delegante, por virtud de la estipulación del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 (que estableció solo la procedencia del recurso de reposición, en la medida de que no existe superior jerárquico)

Por tanto, independiente de que sea el director o jefe de la Entidad, o el delegado por aquél, lo que está en juego es la definición de un proceso con apego a las garantías constitucionales, en especial la del Debido Proceso, circunstancia que demanda un conocimiento riguroso de la ley.

Y es que parte de la garantía de ser oído, implica que las actuaciones administrativas y judiciales cuenten con funcionarios idóneos, conocedores de los procedimientos y que tengan una capacitación constante de cada uno de los procesos que llevan a cargo, en el marco convencional aplicable teniendo en cuenta el expuesto por el autor Víctor Manuel Rodríguez Rescia:

El juez natural es la garantía mínima que debe reportar un proceso para que sea legal y justo. Como corolario de la anterior definición, podemos obtener los siguientes cuatro elementos:

Competencia: es la capacidad que la ley les otorga a los jueces para conocer determinadas causas; es decir, para ejercer su jurisdicción en un caso concreto.

Independencia: es una condición fundamental que implica que el juez no puede tener ningún tipo de subordinación a las partes del proceso.

Imparcialidad: representa al juez como un tercero neutral entre las partes procesales que brinda la seguridad de que decidirá el proceso con objetividad.

Establecimiento con anterioridad a la ley: Se refiere a que el tribunal debe haber sido designado previamente al hecho que se investiga. (Rodríguez, El debido proceso legal y la cnvención americana sobre derechos humanos)

A su turno, Ossa describe sobre los atributos de la policía administrativa, como la misma debe estar facultada de tres atributos propios para desarrollar sus atribuciones funcionales: la discrecionalidad, la auto ejecutoriedad y la coercibilidad; sobre la primera, se dice que el policía administrativo debe tener el margen de acción necesario para saber hasta dónde actuar de acuerdo con sus atribuciones legales, en segundo orden, el mismo está investido de unos poderes que no requieren de otra autoridad para materializarse y finalmente, se tiene que sus decisiones están dotadas de una imposición forzosa y obligada. (Ossa, 2009, pág. 508)

Tales circunstancias demandan de funcionarios conocedores de la norma, conocedores de las garantías procesales; como quiera que en sede administrativa, el ejercicio punitivo del estado implica una labor de juzgador, por lo que es preciso traer a consideración el Código Iberoamericano de Ética Judicial, a través del cual se indica que un juez debe idealmente contener 12 virtudes a saber: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia, y honestidad profesional. (Consejo Superior de la Judicatura)

Entonces, cuando el funcionario que adelanta la investigación tendiente a determinar la existencia o no de un incumplimiento, no cuenta con la debida capacitación, ni conocimiento legal y constitucional del tema, opta por adelantar a su juicio la actuación, incurriendo en algunas de las arbitrariedades antes anotadas aquí, sobre ese tipo de arbitrariedades la Corte Interamericana ha reiterado sobre la violación del principio de juez natural:

(...) se ha alegado la violación del principio de juez natural a partir de la aplicación de leyes especiales del Fuero Militar en procesos en que se encuentran involucrados civiles. Si bien en el caso Genie Lacayo, el Tribunal consideró que no se había aplicado dicho fuero, en el caso Loayza Tamayo sí se hizo una incursión en la naturaleza de dichos tribunales militares. Al respecto, la Corte Interamericana consideró que a la señora Loayza Tamayo, se le violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en cuanto a la exigencia de juez competente, por lo que los tribunales militares actuaron ultra vires al usurpar jurisdicción. Lo anterior, debido a que al proceso a que estuvo sometida le fueron aplicados Decretos-Leyes en los que la jurisdicción militar carecía de competencia para mantenerla en detención, y menos aún, para ponerla a disposición de “otra” autoridad competente, después de haberse declarado aquella incompetente mediante una sentencia firme absolutoria.

Por otra parte, se demostró que después de dicha absolutoria, la señora Loayza Tamayo fue enjuiciada por un tribunal ordinario “sin rostro” mediante un procedimiento excepcional en el que estaban sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso y no alcanzaba los estándares de un juicio justo, no se reconocía la presunción de inocencia, se prohibía a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas y se le impidió al defensor comunicarse libremente con su defendido.⁶

En cuanto a la Honorable Corte Constitucional, se ha manifestado conforme al juez natural:

El artículo 29 de la Constitución consagra un sistema de garantías procesales que conforman el debido proceso, dentro de las cuales se encuentra el principio de juez

⁶ Caso Genie Lacayo, y Caso Loayza Tamayo. Op. cit. Op. cit. párr. 57 Ibid. párrs. 46. g y h, 61 y 62.

natural. En este sentido, señala el citado artículo que “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. (Corte Constitucional, 2014).

Los criterios definidos por esta Honorable Corte respecto de los procedimientos que debe adelantar la administración pública y también de como los órganos judiciales deben cumplir con:

(...), de una parte a la especialidad, pues el legislador deberá consultar como principio de razón suficiente la naturaleza del órgano al que atribuye las funciones judiciales, y de otro lado, a la predeterminación legal del Juez que conocerá de determinados asuntos.

Lo anterior supone:

- i) que el órgano judicial sea previamente creado por la ley;
- ii) que la competencia le haya sido atribuida previamente al hecho sometido a su decisión;
- iii) que no se trate de un juez por fuera de alguna estructura jurisdiccional (ex post) o establecido únicamente para el conocimiento de algún asunto (ad hoc); y
- iv) que no se someta un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o se desconozca la competencia que por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial. (Corte Constitucional, 2014).

Se puede evidenciar que la jurisprudencia subrayada en negrilla, ha sido clara para enunciar que la autoridad con competencia, es decir, determinada para el asunto en concreto debe tener una anterioridad para la actuación administrativa que se quiera llevar a cabo en aras de la seguridad jurídica en el caso del derecho administrativo del particular que presta o desarrollo de la obra encargada. En la realidad, bajo el principio de la delegación administrativa los funcionarios que deben llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86 ostentan dentro de muchas funciones las de emitir sanciones de contenido contractual.

Nótese que muchos de estos funcionarios delegados, son los que participan en el proceso de selección y por tal razón, no pueden ser idóneos para tomar una decisión imparcial, además, en su mayoría son personas que no son abogados, y por lo tanto en el desarrollo de la actuación nombran secretarías ad hoc, para la sustanciación de todo el procedimiento, por lo que quien escucha finalmente es una persona incluso con un contrato de prestación de servicios, quien es diferente a la persona que finalmente toma la decisión, evidenciando una clara tensión en el sano ejercicio de la facultad sancionadora tendiente a satisfacer el contrato.

Hoy en día, hemos podido evidenciar que en las entidades públicas los directores generales en particular hacen uso de la: “*delegación administrativa consiste en que las autoridades pueden transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*” (Rodríguez, 2015, pág. 26).

Es decir, al hacer uso de este principio de la estructura y funcionamiento del Estado, el servidor público que debía llevar a cabo la actuación administrativa prevista en la Ley 1474 de 2011, delega en terceras personas de la entidad pública dicha responsabilidad, por lo cual, quienes finalmente tienen la responsabilidad de dirigir el procedimiento administrativo sancionatorio contractual pueden carecer del conocimiento, idoneidad, solemnidad y ritualismo de la misma, a la luz de las garantías procesales establecidas en la Carta Constitucional, por lo que con ello pueden eventualmente vulnerar el debido proceso (incluso sin intención).

Sin embargo, lo que más inquieta es la posibilidad de encontrar un grado de parcialidad en las resultas del procedimiento de incumplimiento contractual, toda vez que no hay que dejar de lado el punto de vista relacionado con quien es la Entidad que realmente está ejerciendo el Ius Puniendi, la misma contratante, quien también es la encargada de elaborar estudios previos que pueden incidir en el incumplimiento, lo que a todas luces afecta la garantía constitucional; esta circunstancia, hace ver que no en todas las ocasiones la coerción que se realiza al contratista es para conjurar incumplimientos atribuibles a éste sino para conseguir del cocontratante prestaciones que no están en el acuerdo de voluntades, tales como asumir costos de suspensión, asumir la corrección de diseños entregados por la Entidad, asumir trámites con terceros que son de exclusivo resorte de la Administración; lo más grave,

es evidenciar como el funcionario público puede incluso llegar a usar el procedimiento sancionatorio para cometer actos de corrupción.

9. Tensión generada por deficiencias en la contradicción

En cuanto a la contradicción, son varios los momentos en los cuales se presentan graves arbitrariedades de la administración, que reflejan tensiones de principios constitucionales en lo que tiene que ver con el ejercicio del derecho punitivo administrativo del Estado.

Dichos conflictos son palmarios desde la misma citación (circunstancia ya desarrollada en subtítulos anteriores), sin embargo, el legislador previó que la citación a la diligencia deberá realizarse a la “mayor brevedad posible”, sin distinguir las pretensiones de la Entidad, así pues, dejó a discreción del funcionario público establecer que es la mayor brevedad, sin importar si se trata de una multa conminatoria menos o si se trata de una declaratoria de caducidad administrativa.

Entonces, al no permitir una preparación razonable entre la elaboración del documento de citación y la audiencia concentrada, se está vulnerando el principio de contradicción, el derecho de defensa técnico y por tanto el debido proceso.

Sin embargo, no es esta la única ocasión en la cual la Entidad Estatal puede hacer uso de la discrecionalidad para abusar de su posición dominante (tanto del contrato como de la diligencia sancionatoria), como quiera que dado el silencio del citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Entidad Estatal funda sus pretensiones en un informe de interventoría que no permite controvertir adecuadamente (dada la celeridad del proceso), y además acudiendo a criterios de inconducencia, impertinencia o inutilidad, tiene la potestad de rechazar las pruebas que presenta su contraparte, obviando que es el Contratista y su Garante quienes tienen libertad probatoria para aportar pruebas y controvertir las presentadas por la Entidad.

En otras ocasiones, el Despacho sancionador solo otorga una única oportunidad para que el Contratista se defienda y allegue pruebas, desestimando las prohibiciones del artículo 9° de la Ley 1437 de 2011, así como la oportunidad del artículo 40 íbidem, que reza:

ARTÍCULO 40. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil. (Congreso de la República, 2011).

Entonces, es la celeridad e informalidad del procedimiento lo que permite dar cabida a un exceso de discrecionalidad y apreciación del funcionario público donde no lo debería haber, constituyéndose en un abuso de autoridad que trasgrede la garantía constitucional del debido proceso, nótese que la Entidad Estatal si tiene la potestad de ordenar pruebas de oficio en cualquier momento de la diligencia, lo que supone una asimetría con su contraparte contractual.

A lo anterior es preciso sumar, que la disposición del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 no permite acudir a una segunda instancia pronta que pueda evitar arbitrariedades, aún cuando en la mayoría de los casos si existe superior jerárquico (en virtud de la delegación de que habla el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011).

Y es que, si se revisa el contenido de la Ley 1437 de 2011, en el proceso judicial si se puede acudir bajo el efecto devolutivo, a una apelación sobre la negación de pruebas, aspecto que no es permitido por los funcionarios públicos en sede administrativa.

Por su parte, resaltando que quien opera como juzgador ostenta la calidad de parte contractual, su dictamen aportado con la citación y elaborado por la Interventoría, debería contar con la contradicción propia del artículo 220 de la Ley 1437 de 2011, cosa que en la práctica no ocurre:

ARTÍCULO 220. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN APORTADO POR LAS PARTES. Para la contradicción del dictamen se procederá así:

1. En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa con la cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a prueba el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia.

2. Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes periciales.

Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas a los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos.

3. Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 de este Código. (Congreso de la República, 2011).

Como se observa, en algunas ocasiones la Administración se escuda en la complementación propia del CPACA para aspectos como negar pruebas o limitar la intervención en solo 20 minutos, pero para otras circunstancias, se aleja de la misma codificación legislativa aduciendo la imposibilidad de su aplicación, situación que constituye un vacío legal que en cada caso particular es llenado por la mera discreción del funcionario.

Es alarmante denotar como en lectura del enunciado normativo no se evidencia qué términos (en tiempo) debe durar la actuación administrativa, aún cuando ante esa clamorosa necesidad la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011 mencionó:

“[N]o existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (...). (Congreso de la República, 2011).

Así las cosas, se puede tener certeza que se estableció un marco normativo general y procesal a partir Ley 1474 de 2011, sin embargo, el mismo carece de un término en su aplicación toda vez que al hacer el análisis del artículo 86, se concluye que aquel no cuenta con período en cuánto a días, meses y/o años. Conforme a ello, la Honorable Corte Constitucional ha manifestado:

De acuerdo con lo anterior, el acceso a la justicia conlleva por lo menos los derechos

- (i) de acción o promoción de la actividad jurisdiccional, los cuales se concretan en la posibilidad de todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se prevén para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares;
- (ii) a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas;
- (iii) a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas;

- (iv) a que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas,
- (v) a que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso,
- (vi) a que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias,
- (vii) a que se prevean mecanismos para facilitar los recursos jurídicos a quienes carecen de medios económicos y
- (viii) a que la oferta de justicia cubija todo el territorio nacional. (Corte Constitucional, 2002).

A causa de lo anteriormente expuesto, es preciso destacar que el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, no se adecúa a la disposición jurisprudencial anterior como quiera que las controversias derivadas de la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no tienen hoy una solución pacífica que evite lagunas normativas. En ese mismo sentido y como lo expone el autor AlChourrón y Bulygin: *“Las lagunas normativas o las lagunas en el derecho no deben ser confundidas con las omisiones legislativas”* (AlChourrón, 2002, pág. 44), Larenz sostiene por su parte:

(...), pudiera pensarse que existe una laguna solo cuando y siempre cuando la ley no contenga regla alguna para una determinada configuración del caso, cuando por tanto, guarda silencio” agrega que el término “laguna” hace referencia a una incompletez. Importa destacar que para este autor, en las lagunas legales manifiesta la integración se da la más de las veces por la vía de la analogía o del retorno a los principios puestos en la ley, en tanto que, tratándose de las denominadas lagunas ocultas, la integración se da por la vía de la reducción teleológica. (Larenz, 1994)

El asunto en cuestión esta en determinar la solución de la tensión generada por la aplicación del debido proceso en el marco del IUS PUNIENDI contractual, independiente si la disyuntiva en la aplicación de términos del procedimiento administrativo sancionatorio contractual se trata de una laguna o una omisión legislativa, el aporte del tratadista Díaz Gamboa sobre la diferencia entre ambos conceptos es:

(...), al plantear la diferenciación entre la omisión y la laguna señala que “la laguna se refiere más a situaciones imprevistas mientras que la omisión entra dentro de las situaciones previstas; la omisión es producto del incumplimiento de una obligación, no ocurre así con la laguna. Las omisiones son siempre resultado de una voluntad omisiva, las lagunas son generalmente involuntarias.” (Díaz Gamboa, 2009, pág. 186)

Desde el punto de vista netamente procedimental, la Honorable Corte Constitucional ha manifestado que el principio que se protegerá es: “*En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas en el orden administrativo y/o judicial*” (Corte Constitucional, 2016).

Las entidades públicas que inicien las actuaciones administrativas, deben tener en cuenta que, para el caso en concreto, la reiteración jurisprudencial de la Corte Constitucional ha expresado:

- (i) el acceso a procesos justos y adecuados;
- (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas;
- (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y
- (iv) los derechos fundamentales de los asociados. Todas estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho. Igualmente, esta Corporación ha sostenido que estas garantías inherentes al debido proceso administrativo constituyen un contrapeso al poder del Estado en las actuaciones que desarrolle frente a los particulares.

Desde la perspectiva de los asociados, de este derecho se desprenden las garantías de

- (i) conocer las actuaciones de la administración;
- (ii) pedir y controvertir las pruebas;
- (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa;
- (iv) impugnar los actos administrativos, y

- (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio. En lo que respecta a la administración, todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública administrativa se encuentran cobijadas por el debido proceso, tales como
- a) la formación y ejecución de actos administrativos;
 - b) las peticiones presentadas por los particulares; y
 - c) los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa. (Corte Constitucional, 2012).

En el mismo sentido en jurisdicción contenciosa administrativa, el Consejo de Estado en concordancia con los preceptos expuestos por la Corte Constitucional ha expresado:

El principio de inmediatez busca rescatar la coherencia que debe existir entre la solicitud que hace una persona para buscar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente afectados o vulnerados por la acción u omisión de un agente particular o público, frente a la efectividad razonable de reacción del ordenamiento constitucional para garantizar dicha protección en caso de ser procedente. En este orden de ideas, el principio de inmediatez no tiene como finalidad entenderse como una sanción al accionante que busca la protección de sus derechos, sino que se trata de una manifestación del principio de economía procesal reflejado en una carga mínima de acción que se espera y predica de las relaciones entre la administración y los administrados en el Estado Social de derecho. (Consejo de Estado, 2012).

A causa de ello y como una respuesta a la necesidad presentada en este trabajo de investigación y conforme a la praxis procedimental en pro de la garantía de la prevalencia de los de derecho de la ciudadanía, es importante manifestar que este procedimiento administrativo sancionatorio contractual, debe contar con unos términos que permitan el desarrollo armónico de las etapas procesales compuestas en el artículo 86 de la Ley 1474, cabe aclarar, que cómo se encuentra actualmente redactado el procedimiento puede generar una ruptura de los principios de los administrados, contratistas, terceros llamados en garantía,

maxime si se tiene en cuenta el nivel discrecional de quien dirige la actuación en nombre de la Administración.

Para concluir, el tiempo de duración de la actuación es preponderante en la medida que los sujetos procesales puedan contar con la seguridad jurídica del inicio del procedimiento y la finalización del mismo. (No puede verse como una prerrogativa estatal porque no es un cometido de los fines constitucionales como lo expone el artículo 2 de la Carta.)

10. ¿Cuáles son las normas aplicables al régimen probatorio?

Concordante con lo dicho hasta aquí, existe una variedad de decisiones adoptadas en cada una de las Entidades de derecho Público que ejercen la potestad sancionatoria contractual en lo que tiene que ver con el régimen probatorio.

Así , para poder desarrollar este planteamiento y vislumbrar la posibilidad de vacío legal, es menester indicar que el mentado procedimiento administrativo establece dos momentos probatorios claves iniciales (y uno adicional), el primero de ellos ex ante del nacimiento del mismo, concerniente a un informe técnico que realiza la supervisión y/o la interventoría (según corresponda), cuyo contenido es el sustento total de la pretensión, tanto de los cargos como de las consecuencias que pretende enervar la Entidad y el segundo, el contenido en el literal b ibidem, según el cual el investigado y el garante una vez escuchado los cargos puede ofrecer las explicaciones del caso y adicionalmente puede “presentar pruebas y controvertir las presentadas por la Entidad”.

Hasta este punto, la norma estaría clara en el sano ejercicio del derecho de contradicción, en la medida de que existe una prueba inicial y la oportunidad procedimental para controvertir la misma, sin embargo, no siempre la realidad se acerca al querer del legislativo, ello por cuanto es común encontrar autos de trámite que no están descritos en el procedimiento, en donde la Entidad Contratante decide que pruebas o no aceptar, así como también decide cuales practicar; Téngase en cuenta que bajo tal decisión, la Entidad Estatal acude a la regla según la cual al ser un acto administrativo de trámite, el mismo no admite

recurso, quedando el contratista al arbitrio de lo que su investigador y contraparte contractual le permita probar.

Y es que si una de las exclusiones propias de responsabilidad de que trata el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.3.2.3. es la Culpa de la víctima (en este caso la Entidad contratante), ¿Cómo valoraría y practicaría pruebas el funcionario encargado que comprometan su responsabilidad o la de la Entidad que representa?

Adicionalmente, a pesar de indicar que los términos son preclusivos, bajo el imperio del literal “d” de la norma en cita, el Operador Administrativo posterior a escuchar los descargos y sus pruebas, puede ordenar o allegar nuevas pruebas que se ajusten a su pretensión; entonces, bajo los momentos procedimentales ampliamente indicados y transcritos en el presente documento de tesis, se pueden extraer tres momentos clave en cuanto a la carga probatoria:

Un primer momento, en cabeza del interventor, quien debe producir un informe técnico que sea “expreso y detallado”, que esté plenamente descrita la falta y la sanción; luego, viene la citación, en donde la Entidad Estatal traslada las pruebas que se encuentren a su alcance y que conformen la imputación de responsabilidad contractual y finalmente, un último escenario en donde Aseguradora y Contratista presentan pruebas y solicitan la práctica que controvierta el informe enrostrado.

Si bien la norma le permite a la Entidad Estatal suspender el procedimiento para allegar o practicar pruebas que aquella estime “pertinentes y conducentes”, el artículo es corto al indicar el motivo de la pertinencia y conducencia.

Con ello se han generado distintas interpretaciones en la practica procedimental, en donde el investigador cree conveniente modificar o profundizar en la elaboración del informe técnico rendido por el supervisor o interventor inicialmente y por su parte, el investigado procura que la conducencia y pertinencia de estas pruebas estén encaminadas a la demostración de su inocencia.

Por ello, al guardar silencio el literal “d” y ser ambiguo en la definición, ha permitido que este momento procedimental (justo después de escuchar al contratista) sea la oportunidad para modificar las reglas del juego, esto es, cambiar las pretensiones, cambiar las normas vulneradas, las consecuencias o simplemente modificar las razones de justificación del incumplimiento.

Y es que la valoración probatoria puede también tener un sesgo subjetivo, en la medida de que al ser la misma adversa a los intereses de quien la analiza (debido a que le pueden achacar responsabilidad así mismo por el incumplimiento)

Desde todo punto de vista esta practica vulnera la garantía procesal de contradicción y de paso, el Debido Proceso, aún cuando en realidad exista un incumplimiento, es la Entidad Estatal la que tiene una carga argumentativa y documental al momento de citar al contratista, y la verdad contractual no puede nunca constituir una modificación que altere las reglas de juego planteadas inicialmente.

Como si lo anterior fuera poco, por cuenta de la exclusión del párrafo del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, el artículo 40 de la misma codificación es obviado en momentos, bajo el argumento de que los términos son preclusivos y que la norma solo prevé un momento de ejercicio defensivo (literal b del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011).

Otro aberrante uso del periodo probatorio es el encaminado a modificar el contrato o lo que es peor, revivirlo, yendo en contravía del principio de solemnidad contractual que gobierna a los contratos sometidos al Estatuto de Contratación Administrativa.

Se tiene entonces que el Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual Colombiano está estructurado en una forma que permite un uso discrecional en su fase probatoria, abusando de su oficiosidad para modificar cargos después que la defensa ha dejado ver sus cartas argumentativas.

Dentro de las necesidades de modificación o ajuste del procedimiento aludido, el régimen probatorio es una de las mas importantes, en la medida de que garantizar el acceso y oportunidad de controversias de las pruebas arrimadas, así como también el sano respeto

de no ejercer una variación de los cargos después de escuchar al contratista son una vía para el respeto de la Garantía Constitucional, y por ultimo, es necesario un ajuste que garantice la independencia de quien escucha y valora las pruebas (denotando que en este caso es la misma contraparte interesada).

11. ¿Es posible las intervenciones de la interventoría o supervisión en desarrollo del procedimiento?

Siguiendo el anterior hilo conductor, son comunes las intervenciones antes o después de la práctica de descargos por parte de los investigados, ello en virtud de la oportunidad brindada por el literal “d” del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sin embargo, no queriendo ser repetitivo hay que indicar que la Entidad debería desechar dicho tipo de intervenciones o pruebas cuando con las mismas se modifiquen los cargos o cuando con ellas en vez de buscar la verdad contractual se busca justificar el fin prometido en el comunicado inicial, esto es, sancionar a toda costa.

Cabe denotar que la supervisión o la interventoría no es un sujeto procedimental propiamente dicho, tan solo intervienen al momento de informar la situación de incumplimiento, por lo que toda participación activa es ajena a la norma, Y es que el principal problema se da cuando la intervención (verbal o escrita) que realiza la supervisión se ejecuta sin darle posteriormente la oportunidad a los investigados, esto es, el juzgador escucha al contratista, después escuchar unos últimos contrargumentos del Interventor y con ello toma una decisión.

En tal caso, existe una tensión que vulnera el Debido Proceso y el Derecho de Defensa generada básicamente por la falta de oportunidad de contradicción, pero también, por el hecho de que Administración y Supervisión o Interventoría pueden tener incidencia en el incumplimiento, caso en el cual carecerá de toda objetividad la prueba aun cuando sea cierto el incumplimiento endilgado.

12. ¿Puede existir una variación de cargos en desarrollo del procedimiento? Y de ocurrir, ¿se generaría una anomalía procesal?

Así pues, en cuanto a la pregunta referida a si ¿Puede existir una variación de cargos en desarrollo del procedimiento? Conforme los vacíos procedimentales indicados sobre la citación, sobre el periodo probatorio y sobre las intervenciones posteriores del interventor o supervisor, es claro que podría darse este fenómeno; sin embargo, ello no debería ocurrir en un procedimiento de esta envergadura, máxime si se tiene en cuenta que al ser un procedimiento concebido como expedito, la preparación de una defensa técnica en medio de cambios repentinos.

Adicionalmente, como ya ha sido anotado con antelación, la convocatoria parte de la premisa de que la Entidad Estatal tiene certeza y ha evidenciado el incumplimiento, lo que supone un trabajo preliminar riguroso cuyo objetivo de investigación no debería modificarse en el curso de la actuación.

Ahora bien, acudiendo nuevamente a la regla del artículo 41 del CPACA, el Despacho sancionador debería corregir todas las anomalías que generen vicios en el acto administrativo, sin embargo, ya sea por desconocimiento, por tozudez o simplemente por querer de la Administración en muchas ocasiones los actos administrativos se producen vulnerando el Debido proceso con modificaciones de cargos hechas sobre la marcha, teniendo entonces como único camino el ejercicio jurisdiccional para el control de legalidad del acto administrativo, un camino tortuoso y largo que no siempre puede ser satisfactorio para su actor.

13. Frente a los vacíos procesales, ¿Cuál es el procedimiento aplicable?

Tal y como ha sido explicado con anterioridad, en la práctica no es posible entender con claridad el contenido legal que puede satisfacer los vacíos aquí anotados sobre el procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

Ello, por cuanto a través del artículo 77 de la ley 80 de 1993, se realizó una remisión expresa a las normas del Código de Procedimiento Administrativo y a falta de ellas al Código

de Procedimiento Civil, entiéndase hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y Código General del Proceso respectivamente.

Sin embargo, al revisar el contenido del procedimiento administrativo sancionatorio general, se encuentra el párrafo del artículo 47, según el cual existe una remisión exclusiva a las normas sancionatorias contractuales, esto es, al artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y al artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Esta circunstancia pone en entredicho un mecanismo claro que le permita al operador administrativo solventar las dudas procesales, tales como: procedimiento y causales para las nulidades, recursos contra los autos que decretan o niegan pruebas, términos para traslados, alegaciones de conclusión, o termino para las intervenciones de las partes involucradas; aspectos en los cuales cualquier interpretación es alejada de la norma (artículo 86 tantas veces citado), en la medida de que aquella ha guardado silencio.

Y es que no es posible justificar los vacíos normativos a través de la búsqueda de una celeridad procesal, como tampoco es posible flexibilizar el procedimiento al punto de dejar al arbitrio del funcionario público la decisión de temas tan álgidos como los aquí anotados.

Estas consideraciones hacen imperativo una reforma que clarifique los términos y permita unificar un procedimiento con términos claros que permita satisfacer la garantía constitucional del debido proceso.

14. ¿Debe tener alegatos de conclusión la diligencia?

Cabe denotar que, al ser un procedimiento tan expedito, la normatividad no fue más allá de delimitar en cuatro literales los aspectos básicos y relevantes, sin remisión normativa alguna más allá de la otorgada por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, antedicha.

Por tanto, al acudir a la norma procedimental del literal c del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 se encuentra que para el legislador es necesario que la entidad Pública tome las determinaciones inmediatamente después de escuchar al contratista en descargos, el texto literalmente indica “hecho lo precedente, mediante resolución motivada... la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de

incumplimiento”, por lo que de plano se descarta la posibilidad de alegar de conclusión sobre las resultas probatorias.

Esta situación se genera en la medida de que se busca tomar medidas inmediatas que permitan satisfacer el cometido contractual, haciendo del procedimiento algo expedito, sin embargo, en la práctica las diligencias se prorrogan en el tiempo, yendo en contra del mismo cometido legal y además, como fue descrito en anteriores apartes, la Entidad puede practicar nuevas pruebas posterior al ejercicio defensivo, por lo que en aras de satisfacer el derecho de contradicción y defensa, la oportunidad del togado del contratista debe existir (aunque la norma no lo prevea).

15. ¿La facultad sancionatoria implica la posibilidad de aplicación de sanciones sobre cláusulas tipo o en blanco? contestar

Sin animo de entrar a recabar en la posibilidad de imponer sanciones sobre cláusulas tipo, o sobre tipos sancionatorios en blanco, a diferencia del proceso administrativo sancionatorio general, en materia de contratación la infracción se halla no en la norma sino en el contrato en sí mismo, y puede comportar con ello un margen discrecional en el sentido de discernir si la situación actual del contrato constituye algún tipo de incumplimiento, mora o cumplimiento imperfecto del acuerdo de voluntades.

Bajo tal premisa, la interpretación contractual es una potestad propia de la Entidad, si bien es una figura autónoma, no debería en principio afectar la calificación real de una conducta, en virtud del artículo 29 Constitucional y también, en virtud del numeral 1° contenido en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, estipulaciones constitucionales y legales que indican la primacía del principio de legalidad de las faltas y las sanciones.

En suma, el gran interrogante radica en el grado de objetividad que puede tener la persona encargada al momento de la calificación de la conducta, así como la ausencia de herramientas directas que le permitan al investigado tener una protección inmediata frente a los posibles abusos o errores interpretativos en el marco de la actuación.

16. ¿La duda debe resolverse a favor del administrado?

En virtud del principio de presunción de inocencia, en principio debe resolverse en favor del administrado y la realización de un procedimiento en el que se escuche y permita controvertir las pretensiones endilgadas es una prueba de que en efecto se respeta aquella presunción.

No obstante, en el momento en que la facultad sancionatoria se otorga al contratante, aquel inicia su actuación con un convencimiento previo, por lo que el ejercicio defensivo no se realiza en igualdad de condiciones.

Por ello, se hace necesario o bien que el personal que dirima las actuaciones sea ajeno a las personas que participan en el proceso de estructuración del proceso de contratación o por su parte, que sea un organismo autónomo y diferente a la propia entidad, quien se encargue de adelantar o finiquitar la actuación.

17. ¿El principio de legalidad aunado a la solemnidad contractual pueden dar cabida a la exigibilidad de actas, compromisos, entre otros, ¿ajenos al contrato?, es decir: ¿el principio de legalidad admite tipicidad indirecta?

Por su parte, a diferencia del procedimiento administrativo sancionatorio general, este tipo de proceso tiene singular referencia, en la medida de que el ius puniendi se ejerce a partir de la violación de un precepto contractual, el cual está concatenado con un precepto legal, en tanto que el primero de ellos vincula un precepto legal de forma directa, teniendo entonces aplicación directa una sanción respectiva, siendo imposible imponer penas que no estén en el ordenamiento.

Aquí pues, es menester indicar como la evolución normativa desde la ley 80 de 1993 hasta la ley 1474 de 2011 ha traído consigo la posibilidad de imponer multas conminatorias, cláusulas penales (como tasación anticipada de perjuicios) y ahora la posibilidad de “decretar perjuicios”, aspecto convalidado por la sentencia C499 de 2015 de la Corte Constitucional.

Como se puede ver, la cuantificación de perjuicios se escapa del escenario de legalidad de las faltas y las sanciones, ubicándose en un acto meramente potestativo de la Entidad.

A ello se le suma, la problemática surgida cuando el contrato no es claro en determinar los parámetros que pueden generar un incumplimiento contractual, tal es el caso de la ausencia a referencias sobre exigibilidades de cumplimiento de cronogramas de trabajo que no están tipificados en el acuerdo negocial ni en sus tratativas, es entonces ostensiblemente diferente la aplicación propia del principio de legalidad de las faltas y las sanciones entre el procedimiento sancionatorio general y el contractual, generándose un margen de discrecionalidad sobre el funcionario público para interpretar consideraciones que la norma no ha plasmado.

18. Tensiones del resultado comparativo de aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Hasta antes de la Ley 1437 de 2011 el procedimiento aplicable para cada régimen sancionatorio administrativo se encontraba diseminado en múltiples procedimientos específicos, a esto se sumaba el hecho de que en algunos regímenes se dejaron vacíos en el procedimiento establecido y en otros casos ni siquiera se contempló qué procedimiento se debía aplicar.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reguló y organizó por primera vez un procedimiento administrativo sancionatorio en seis artículos que conforman el Capítulo III, los cuales sirven de eje cardinal para el ejercicio de la facultad sancionatoria administrativa, sentando las bases del derecho administrativo sancionador y desarrollándolo en función de las garantías del Art 29 Superior, sujetándolo a reglas y principios propios.

Las actuaciones del procedimiento en materia de contratación administrativa, al quedar por fuera del desarrollo normativo del C.P.A.C.A, fueron regladas mediante la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), fijando en el Artículo 86 el procedimiento para imponer multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento

Avanzando así en la inmersión de las tensiones que surgen en el procedimiento objeto de este estudio, se hace imprescindible descifrar las prerrogativas desde la génesis propia del procedimiento, para ello merece la pena dividir el conjunto de etapas que conforman el

proceso desde la perspectiva del C.P.A.C.A y el Art 86 la Ley 1474 de 2011 , que de manera ilustrativa dejarán a la vista aquellas tensiones que han sido abordadas a lo largo de este capítulo en el inicio, desarrollo y conclusión del procedimiento.

Procedimiento Administrativo Sancionatorio (Etapas)	Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.)	Art. 86 Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción)
Acto administrativo de inicio del procedimiento con formulación de cargos	Artículo 47 – Se formularán cargos mediante acto administrativo en el que se señale con precisión y claridad; los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes.	Literal a) – Evidenciando un posible incumplimiento la entidad pública citará al contratista, en la citación hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación
Notificación del acto administrativo	Artículo 47 - Ha previsto expresamente que el auto de formulación de cargos se debe notificar personalmente.	
Presentación de descargos	Artículo 47 inciso 3º - Permite que los investigados, dentro de los quince (15) días hábiles	Literal a) – En la citación se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la

	siguientes a la notificación de la formulación de cargos, puedan presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer.	audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible.
Periodo Probatorio	Artículo 48 - El término probatorio no se puede exceder de 30 días hábiles, si se trata de uno o dos investigados, ni más de 60 días hábiles, si son 3 o más los investigados.	Literal b) – En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes.
Traslado y presentación de alegatos	Artículo 48 - Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos.	Literal b) – En audiencia se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante para que presente sus descargos.
Graduación de las sanciones.	Artículo 50 - Establece el deber de ponderación frente a la clase o quantum de la sanción por imponer.	
Resolución que pone fin al proceso	Artículo 49 - Dentro de los 30 días hábiles siguientes a la	Literal c) - Hecho lo precedente, mediante

<p>administrativo sancionatorio</p>	<p>presentación de los alegatos -si fueron presentados-, o dentro de los 30 días hábiles siguientes al vencimiento de los 10 días del traslado para alegatos de conclusión.</p>	<p>resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.</p>
<p>Notificación de la resolución que pone fin al proceso administrativo sancionatorio.</p>	<p>Artículo 67 y SS - Notificación personal, pues se trata de un acto administrativo que pone fin a una actuación administrativa.</p>	<p>Literal c) – En audiencia.</p>
<p>Recursos</p>	<p>Artículo 74 - Reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. Apelación, ante el inmediato superior administrativo o funcional para que la aclare, modifique, adicione o revoque. El de queja, cuando se rechace el de apelación.</p>	<p>Literal c) - Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición, que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.</p>

Si bien el legislador buscó establecer un mecanismo efectivo para sancionar al contratista que ha incumplido y proteger el interés público, surgen en contraposición evidentes tensiones normativas, si por remisión, (Ossa, 2009, pág. 228), el Art 86 de la Ley 1474 de 2011 supone un desarrollo más depurado y concreto en materia de adopción de medidas sancionatorias de carácter contractual, en la práctica surgen varias disyuntivas, *verbi gratia*; preceptos en blanco, (Moron, 2007) la contradicción por las mezclas de funciones de investigación, defensa y decisión de las entidades, el perfil profesional del funcionario o servidor público de la entidad o su delegado quiénes dirigen la actuación, así como de la prevalencia de la discrecionalidad sobre el principio de legalidad, entre otras prerrogativas ya abordadas en este estudio a los cuales está sometido dicho procedimiento sancionatorio.

Cabe cuestionarse como en la práctica profesional y solo por mencionar un aspecto, queda en evidencia la forma en que algunas entidades incumplen con los estudios de prefactibilidad, permisos, diseños, licencias entre otros que suponen la etapa previa al contrato Estatal, errores insubsanables que mediante el procedimiento del Art. 86 del Estatuto Anticorrupción trasladan al Contratista y su Garante las sanciones económicas, impuestas en una audiencia oral, expedita y de única instancia, obligando a su vez a la paralización o suspensión de obras de interés público.

Aunado a lo anterior, si el Estado Social de Derecho Colombiano, busca en su propia estructura administrativa la satisfacción misma del interés general, para tal precepto debe ajustar los mecanismos necesarios mediante el establecimiento de procedimientos definidos, sistémicos y estructurados, que permitan garantizar a los contratistas y ciudadanos en general un escenario que garantice el principio de legalidad sobre la discrecionalidad en las actuaciones administrativas.

En conclusión, se tiene que las tensiones entre la búsqueda de satisfacer el objeto contractual y con ello cumplir el estado de bienestar por el cual propende la Carta Política frente a la garantía constitucional del debido proceso están enfocadas en indeterminaciones del procedimiento, en contradicciones de las diferentes fuentes normativas que podrían eventualmente satisfacer los vacíos, en la laxitud excesiva del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, en la falta de una segunda instancia, en la delegación en terceras

personas como juez natural vulnerando el principio de inmediación, en las indeterminaciones del mismo contrato sobre las faltas y las sanciones.

Estas circunstancias, tiene como efecto un abuso de la facultad discrecional del funcionario encargado, en la violación del principio de legalidad de las faltas y las sanciones, así como en la vulneración del principio de contradicción al momento de escuchar al contratista y a su garante, en el término de estudiar las pruebas y en la oportunidad de plantear los argumentos probatorios de la Entidad.

Bajo estas circunstancias, evidenciadas las tensiones y causas significativas, es necesario establecer mecanismos que alivien este choque de principios constitucionales, por un lado, relacionados con un fundamento de bienestar de la Constitución Política de Colombia y por otro, la garantía de la dignidad humana a través del respeto del debido proceso.

19. Incumplimiento de los cometidos del procedimiento administrativo sancionatorio contractual

Se ha insistido a lo largo de estos dos capítulos, en que el Estado ostenta una facultad sancionatoria, que para el caso de la contratación estatal es tendiente a salvaguardar los fines propios de la contratación, esto es, a satisfacer el cumplimiento cabal del contrato dentro de su acuerdo de precio, objeto y plazo y de contera, garantizar el bienestar general del cual la contratación pública sirve como medio.

Sin embargo, el uso de esta herramienta no ha estado encaminada en tales direcciones, en la medida de que la misma ha sido utilizada como herramienta política de coerción, traduciéndose en actos de corrupción para dejar impunes actos de incumplimiento o para conseguir inhabilidades de rivales o contendores de los afines a la administración.

En esa medida, la sanción económica y administrativa se ha convertido en el fin último del acto administrativo objeto del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, desviando la atención en una mera suma pecuniaria (ostensiblemente menor al valor del contrato) sin tener en cuenta lo más importante que debe tutelar la Administración pública en materia de contratación, que es el contrato en sí mismo.

Por tanto, las tensiones de principios descritas en el presente capítulo están debidamente justificadas, en la medida que las sanciones no están siendo dirigidas a resarcir el erario público, a terminar las obras con excelencia, a entregar los bienes con calidad, a desarrollar las consultorías con altos estándares que propendan por la prosperidad y bienestar que tanto busca la Ley 80 de 1993, de tal suerte que el procedimiento contenido en la Ley Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), no combate la misma, sino que la fomenta, dejando en un segundo plano lo más importante, procurar el honrar las prestaciones sinalagmáticas debidas y con ello, procurar el bienestar general.

Esta circunstancia se da por la posibilidad de ser juez y parte, por la exagerada celeridad de la que puede hacer uso la Administración, así como por la discrecionalidad a causa de la laxitud del procedimiento, todo ello no solo en detrimento de la garantía del debido proceso, sino también en detrimento de la función pública en sí misma, aspecto por el cual, se debe reflexionar y plantear nuevos horizontes que reformulen la actividad administrativa en lo que tiene que ver con el ius puniendi contractual en cabeza del Estado.

En conclusión, se tiene que las tensiones entre la búsqueda de satisfacer el objeto contractual y con ello cumplir el estado de bienestar por el cual propende la carta política frente la garantía constitucional del debido proceso, están enfocadas en indeterminaciones del procedimiento, en contradicciones de las diferentes fuentes normativas que podrían eventualmente satisfacer los vacíos, en la laxitud excesiva del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, en la falta de una segunda instancia, en la delegación en terceras personas como juez natural vulnerando el principio de inmediación, así como en las indeterminaciones del mismo contrato sobre las faltas y las sanciones.

Estas circunstancias, tienen como efecto un abuso de la facultad discrecional del funcionario encargado, en la violación del principio de legalidad de las faltas y las sanciones (Murillo, 2014), así como en la vulneración del principio de contradicción al momento de escuchar al contratista y a su garante, en el momento de estudiar las pruebas y en el momento de plantear los argumentos probatorios de la Entidad.

Bajo estas circunstancias, evidenciadas las tensiones y causas significativas, es necesario establecer mecanismos que alivien este choque de principios constitucionales, por un lado, relacionados con un fundamento de bienestar de la Constitución Política de

Colombia y por otro, la garantía de la dignidad humana a través del respeto del debido proceso.

20. Tensión Generada Por La Eficacia Del Procedimiento, Analisis De Casos En Concreto

Concluidas las descripciones de las anteriores tensiones y principios, conviene revisar algunos casos aislados en los que se puede evidenciar la ausencia de principios o falta de búsqueda de la finalidad de la función pública, o en últimas, se puede vislumbrar las tensiones entre la búsqueda de la satisfacción contractual y el irrespeto de la garantía del debido proceso constitucional, por consiguiente, se dichos casos se pasana a exponer así:

20.1.Caso 1 Idu – Consorcio Scala, actuación administrativa tendiente a no cancelar pagos del contrato.

- Contrato de Obra Pública N° IDU046 -2011 e Interventoría N° IDU-053-2011

Con respecto a los principios enunciados y desarrollados en el capítulo I de esta investigación, se puede evidenciar en concordancia con el mismo como en el segundo en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio contractual se pueden denotar una serie de tensiones y problemáticas a abordar como propuesta metodológica.

Siendo este capítulo en su síntesis una descripción a lo previsto en la Ley 1474 de 2011 en el artículo 86 de la codificación, es importante recalcar que se debe abordar cada una de las temáticas desde casos en concreto que permitan identificar las falencias y necesidades prácticas y profesionales. Esto con el fin, de posteriormente sugerir alternativas que permitan la garantía efectiva de los derechos de los administrados frente a las entidades públicas en sus relaciones contractuales donde el fin en sí mismo es el interés general anteriormente desarrollo como uno de los principios del actuar de la administración pública.

Entonces, concluidas las descripciones de las anteriores tensiones y principios, conviene revisar algunos casos aislados en los que se puede evidenciar la ausencia de principios o falta de búsqueda de la finalidad de los principios de la función pública, o en últimas, se puede vislumbrar las tensiones entre la búsqueda de la satisfacción contractual y el irrespeto de la garantía del debido proceso constitucional.

El primero de los casos, aportado en el anexo N° 1 del presente escrito, se ha seleccionado por lo singular del mismo, se trata de los contratos de obra pública N° IDU046 -2011 e Interventoría N° IDU-053-2011, suscritos en diciembre de aquella anualidad, en medio de la necesidad de acatar un fallo judicial (acción popular) impetrado por un grupo de ciudadanos del barrio Arizona en la localidad de Usme.

Es así como se tiene que el 30 de marzo de 2007, la Junta de Acción Comunal del Barrio Arizona presentó acción popular contra la Alcaldía Local de Usme y contra la Alcaldía Mayor de Bogotá, con el propósito de que se protegieran los derechos colectivos de la comunidad, en la medida de que el acceso al barrio estaba truncado por la quebrada Santa Librada, que debía ser atravesada utilizando palos de madera que ponían en riesgo la vida de los transeúntes; cabe denotar que con sentencia del Juzgado 19 Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró probada la vulneración a los derechos colectivos y conminó al IDU a tomar medidas⁷

En tal sentido, y de forma maratónica, el IDU celebró los acuerdos de voluntades antes referidos, cuyo objeto consistió en:

“CONSTRUCCION DE LAS OBRAS NECESARIAS PARA LA ADECUACION Y MONTAJE DE UN (1) PUENTE METALICO TIPO BAILEY (INCLUYE EL TRANSLADO Y MONTAJE) SOBRE LA QUEBRADA SANTA LIBRADA UBICADO EN LA CALLE 75 C BIS, SUR ENTRE CRA 4 ESTE Y CRA 4 BIS ESTE (BARRIO ARIZONA - LOCALIDAD USME) EN BOGOTA D.C.”

Téngase en cuenta que el puente metálico no fue ensamblado por el contratista, la labor solo era de ejecución de las bases del mismo y la de realizar el montaje de un puente que el IDU ya tenía en sus bodegas. El caso se torna interesante, en la medida de que

⁷El pasado 11 de abril de 2008, el Juzgado 19 Administrativo de Bogotá, profirió fallo amparando los derechos colectivos en primera instancia, condenando a la Alcaldía Mayor de Bogotá, Alcaldía Local de Usme y al IDU a lo siguiente: *“Se Conmina y ordena al Instituto de Desarrollo Urbano I.D.U. y a la Alcaldía Local de Usme previo los procedimientos y estudios legales y en desarrollo de lo señalado en el artículo 209 de la Constitución Nacional procedan a “coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”, ya sea determinando que el primero lo hace directamente o la segunda con cargo al Fondo de Desarrollo Local y/o conjuntamente, priorizando su labor de construir las obras que se consideren pertinentes, ya sean puentes y/o similares peatonales y vehiculares en el sector que da cuenta la demanda (la quebrada Santa Librada a la altura de la carrera 2 Este con calles 75 – 76 sur) o en las que los estudios determinen para dicho sector, que garanticen la movilidad y seguridad de los ciudadanos y que ejecuten las obras que al efecto se requieren en el menor tiempo posible.”*

efectivamente la obra se realizó, pero no bajo las consideraciones que fueron condensadas por el acuerdo de voluntades, toda vez que las mismas quedaron mal planificadas, puesto a que el puente no cabía en el lugar destinado y las bases no podrían ser ejecutadas con la solución de ingeniería propuesta por el IDU.

Así, bajo la premura de ejecución del contrato (2 meses) la Entidad Contratante solucionó verbalmente los problemas de ingeniería modificando el punto de instalación y cambiando la cimentación de la estructura a fin de que la obra prestara la labor social tan necesitada.

Al finalizar el plazo contractual, se tiene que el contratista e interventor realizaron las obras requeridas, por lo que el IDU en audiencia judicial dio por satisfecho la sentencia ordenada por el Juez Administrativo ante aquel; resultando curioso que la misma Entidad Contratante que le entregó la obra a la comunidad y al Juez, no quiso recibirla de su contratista y por tanto, se negó en primer termino a pagar cualquier rubro del contrato, en la medida de que las obras eran diferentes a las contratadas (aún cuando fue su mismo deseo y orden).

Estas ultimas situaciones, se dieron por la rotación del personal de la Entidad Estatal, donde los nuevos funcionarios decidieron iniciar procesos de incumplimiento en contra de la Interventoría y Contratista de obra; sin conocer los pormenores del desarrollo contractual, en el primero de ellos derivó en la resolución de multa por \$2,162,991 en contra del Interventor (SECOP I, 2014), en el segundo, se quiso imponer una cláusula penal por incumplimiento, tasando la misma de forma proporcional en la suma de \$7'447.606.

Entonces, en resumen, en este caso la Entidad recibió la obra dentro del tiempo establecido en el contrato, el IDU dio cumplimiento al fallo judicial, ello sin pagar las obras y además, pretendió cobrar multas y cláusulas penales.

Cabe denotar que el procedimiento administrativo sancionatorio contractual en comento, fue sustentado en un informe de un funcionario del mismo IDU que llegó al contrato 2 años después de su terminación, sustentando en que aquel no había encontrado documentos en el archivo y que, además, la obra no se había llevado a cabo como inicialmente el contratante pedía (circunstancia imposible).

Bajo tales circunstancias, los funcionarios responsables del error en la planeación, eran los mismos encargados de negar el pago y, además, los mismos encargados de sustanciar el procedimiento, producir las pruebas por informe preliminares y juzgar, sin la anuencia ni posibilidad de que la Dirección del Instituto de Desarrollo Urbano jamás conociera las particularidades del caso, ello por poco más de 2 años.

Solo cuando el caso vía conciliación (como requisito para el medio de control de Controversias contractuales), fue llevado ante el comité respectivo, la Dirección del Instituto conoció el caso y accedió a de forma paralela conciliar las sumas ejecutadas, archivando la investigación.

Téngase en cuenta que, en el caso aludido, el artículo 86 (en cabeza de la subdirección que cometió el error de planeación), no estaba encaminado a conjurar incumplimientos, ni procurar la satisfacción del interés general, sino a tapar problemas de planeación de los funcionarios encargados de supervisar el contrato, careciendo de todo tipo de objetividad en el ejercicio de su actividad.

20.2. Caso 2 UT Magisterio Región 4 – Fomag: Violación del debido proceso

A continuación y de acuerdo con un ejercicio en desarrollo de defensa de un poderdante a quién el suscrito acompañó exitosamente en una actuación arbitral, se eununcia un segundo caso práctico que evidencia las tensiones de principios de la contratación pública y debido proceso que merece el contratista, el mismo refiere el Laudo arbitral de la Unión Temporal Magisterio Región contra La Nación – Ministerio de Educación y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de la Resolución de multa impuesta por el Ministerio de Educación en calidad de miembro del FOMAG⁸

Así pues, se tiene que el pasado 2 mayo de 2012 la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía Ltda – Cosmitet Ltda – y la Caja de Compensación Familiar del Chocó, en calidad de integrantes de la Unión Temporal Magisterio Región 4, y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –

⁸ Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, creado mediante Ley 91 de 1989.

FOMAG, celebraron el contrato de prestación de servicios médicos asistenciales No. 12076 – 005 – 2012, cuyo objeto consistía en síntesis, en la prestación de servicios de salud a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, zonificados en la Región integrada por los departamentos de Antioquia, Caldas, Chocó, Quindío y Risaralda, denotando entonces que, el contrato busca tutelar los servicios de salud para los ciudadanos pertenecientes al sistema especial de Magisterio en la zona respectiva.

Sin embargo, hay que destacar que el FOMAG como tal no constituye una Entidad Estatal, sino un fondo conformado por varios organismos ministeriales y administrada por una Fiduciaria Estatal.

Puestas las cosas así de presente, con base en circunstancias propias del caso, el día 4 de marzo de 2014 el FOMAG citó a la Unión Temporal en cita para rendir descargos por el incumplimiento de las prestaciones contractuales con base en el procedimiento de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Posteriormente, el 14 de abril de 2014 se declaró el incumplimiento de las obligaciones contractuales, se le impuso una cuantiosa multa al Unión Temporal aludida, se decretó el siniestro del incumplimiento a cargo de la garante de la relación contractual, además se le comunicó que los pagos causados serían retenidos.

Dentro de las particularidades del caso, se tiene que fue la Administradora del Fondo (una empresa contratista de derecho privado), la encargada de escuchar los descargos del contratista, practicar pruebas y emitir un concepto ante uno de los órganos que componen el FOMAG, esto es Ministerio de Educación, para que en últimas este diera su decisión, ya no en un procedimiento verbal, sino a través de un reglamento interno, dejando evidenciado en los actos administrativos diferentes tipos de procedimiento como tal.

Bajo tal circunstancia, y una vez los extremos demandados solicitaron someter el caso a la justicia arbitral, el Contratista solicitó ante un tribunal arbitral garantizar los derechos de debido proceso y defensa que merece la misma. Por ende, se remitió según lo previsto en la cláusula compromisoria a un Tribunal de Arbitramento para perseguir la nulidad de las resoluciones expedidas por el Ministerio de Educación Nacional las cuales habían sido en violación de conceptos fundamentales previstos en el marco legal vigente.

Al realizar el análisis fáctico y procesal se pudo evidenciar, que las resoluciones expedidas por parte del Ministerio Educación Nacional se realizaban bajo la premisa del cumplimiento de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cosa que no fue así dado que existió vulneración del debido proceso, derecho de defensa, derecho de contradicción, derecho de audiencia, tal y como se explicó líneas atrás.

En suma, se tiene que las resoluciones fueron expedidas de forma irregular y defectuosa, sin apego a la ritualidad del Artículo 86 Ley 1474 de 2011, toda vez, que en su contenido no se tuvo en cuenta los sujetos procesales como Litis consorcios necesarios para el inicio de la actuación administrativo como lo ha previsto la jurisdicción contenciosa administrativa en cabeza de su máximo órgano el Consejo de Estado.

Por ello, el laudo arbitral se refirió sobre el caso en los problemas del inicio de la diligencia, como quiera que la respectiva citación carencia de congruencia, al no contener relación entre los hechos enunciados y las presuntamente violadas.

Del mismo modo se tiene que la entidad pública no acompañó la citación con un informe técnico que pudiera dar credibilidad sobre el estado el cumplimiento del servicio contratado, no se realizó la audiencia para la sustentación de recursos y las notificaciones no fueron comunicadas en debida forma conforme con su medio y valor probatorio.

Una vez el Tribunal de Arbitramento revisa detenidamente el presunto procedimiento administrativo aplicado, para la Entidad pública siempre mantuvo en su contestación que el régimen aplicable era la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86 y además un acápite que encontraba en el contrato que desarrollaba el procedimiento enunciado.

En resumen, El tribunal en el Laudo acogió la postura del actor, en dónde se demostró que no existió un juez natural propio en el desarrollo de la actuación administrativa toda vez, que el mismo no podía ser dejado en mano de particulares y no cumplió con la ritualidad prevista por la reglada actuación administrativa sancionatoria contractual. Igualmente, se amparó la protección de aquella en la medida que las resoluciones expedidas no cumplían con la aplicación de las normas propias de cada juicio, lo cual era una vulneración al debido proceso puesto que, como consta en el expediente, se puede concluir que el procedimiento a razonamiento de los árbitros no se puede identificar que haya sido el previsto en el Estatuto

Anticorrupción, adicionalmente, se indicó que no se escuchó al contratista del servicio, no se analizó a su vez las pruebas como debió hacerse, mediante una sana crítica en discusión de audiencia.

En la práctica, lo que ocurrió fue una suma de toma de decisiones de forma discrecional de parte de los distintos representantes de la Entidad Contratante, que derivaron en la arbitrariedad propia de un acto administrativo ilegal.

Para concluir y conforme con el caso concreto expuesto anteriormente, es imperativo señalar que la autonomía de este procedimiento debe ser fortalecido por las entidades públicas en los diferentes órdenes, lo cual garantizará la satisfacción y el goce de derechos de los distintos sujetos procesales y pondrá fin a esa indebida discrecionalidad de la administración, así como la interpretación de las garantías y principios de la función pública y de los principios implícitos en el artículo 29 Superior, estando la Administración en la obligación de acogerse a la normatividad vigente y a sus normas propias en cada procedimiento sin ser sujeto de cambio y/o modificaciones de acuerdo con los contratistas llevados al mismo.

20.3. Caso 3: Cumaral -UT Cumaral Segura (prejuzgamiento, errores de planeación)

El tercer caso, hace referencia al contrato de obra N° SAMC-002-2018 contratado por el Municipio de Cumaral, cuyo contratista fue la Unión Temporal Cumaral Segura, el objeto principal del acuerdo sinalagmático tenía como fin “LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE CIRCUITO CERRADO DE TELEVISIÓN Y CONECTIVIDAD PARA CONTRIBUIR A LA SEGURIDAD Y AL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DE VIDA, DE LA POBLACIÓN DEL MUNICIPIO DE CUMARAL. META, FASE 1”

Cabe denotar que el contrato tenía unas consideraciones especiales, por cuanto contemplaba unas especificaciones técnicas mínimas que requería el municipio en cuanto a sus cámaras de videovigilancia, las cuales serían operadas por la Policía Nacional y para ello, entregó una suma dineraria correspondiente al anticipo, a fin de adquirir los equipos determinados.

Sin embargo, una vez el contratista dispuso la instalación de los equipos, la Policía advirtió que las cámaras contratadas no eran compatibles con sus equipos y por tanto ordenó detener su ejecución, frente a lo cual el municipio no dispuso ninguna acción diferente a no permitir la ejecución del acuerdo de voluntades.

Una vez vencido el mismo, y adportas de la finalización del mandato de la administración de turno, tanto el contratista como la compañía garante recibieron una citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con unicamente el siguiente tenor literal:

Cordial saludo,

Atendiendo la solicitud elevada por el Supervisor e interventoría del contrato SAMC -002-2018, con el fin de que se adelante lo concerniente al trámite de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento al contrato de obra pública No. SAMC -002- 2018, que tiene por objeto la implementación del sistema de circuito cerrado de televisión y conectividad para contribuir a la seguridad y al mejoramiento de la calidad de vida ,el contratista constituyo garantía de Responsabilidad Civil extracontractual No. AA094320, y la garantía de Cumplimiento AA30779, de la compañía aseguradora EQUIDAD SEGUROS, comedidamente nos permitimos citarlo a audiencia el día 27 de agosto de 2019 ,a las 9:30 am en la sala de Juntas de la Alcaldía Municipal, ubicada en la calle 11 No. 20-26 del barrio el centro.

/

Vale la pena precisar, que dicho comunicado no venía acompañado de ningún informe en el que sustente la actuación, y teniendo en cuenta que la imagen refleja todo el contenido argumental, se colige claramente que el postulado del literal “a” del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no se cumplió, lo que de plano constituye una violación de las plenas formas de cada juicio.

Como se observa, el documento de citación además de no acompañar la “solicitud elevada por el supervisor”, fue firmado por el alcalde de turno, sin embargo, la diligencia jamás fue presidida por el alcalde (en calidad de ordenador del gasto), sino más bien por el secretario de gobierno (quien en virtud de la cláusula Décima Novena ostentaba la calidad de supervisor) y quien, además fue el encargado en fase precontractual de determinar las calidades técnicas de las cámaras de videovigilancia.

Entonces, a pesar de que la citación no contenía el informe de supervisor, la diligencia se llevó a cabo por parte del mismo (no del Jefe de la entidad) y a fin de cuentas se tiene que, para la fecha de la diligencia, ya estaba proyectado el acto administrativo (firmado por el secretario de Gobierno – Supervisor), pero con calidades de Alcalde Encargado.

La decisión tenía serios vicios, en la medida de que estaba suscrita por el Supervisor del contrato delegado en una resolución del Alcalde que a la fecha del acto administrativo aún no existía, y además, tomaba en cuenta pruebas de otras dependencias de la Alcaldía que jamás fueron ordenas, ni practicadas dentro de la actuación administrativa (como por ejemplo certificaciones de Tesorería Municipal).

Fruto de lo anterior, en vía gubernativa se advirtieron los errores dramáticos de la actuación, por lo que el Municipio no tuvo más remedio que revocar su decisión en sede administrativa, sin embargo, una vez ejecutoriado el último acto, la entidad volvió a inicial toda la actuación exactamente igual, tan solo corrigiendo el acto de delegación.

Aquí, raya en el absurdo que la persona encargada de la supervisión sea la encargada de emitir los actos administrativos sancionatorios en dos oportunidades, máxime cuando de plano la defensa suponía un error en fase de planeación del mismo funcionario.

Adicionalmente, la decisión de la segunda actuación ya estaba anticipada de marras, por lo que no era prudente que aquel presidiera la diligencia, en la medida de que claramente debería estar impedido, sin embargo, en sede administrativa sus involucrados nada pudieron hacer para hacer entrar en razón al Gobierno Municipal, quien finalmente expidió un acto sancionatorio determinando la efectividad de la cláusula penal y además, declarando la efectividad del amparo de anticipo (el cual fue invertido en las cámaras contratadas pero que ya no eran de interés del Municipio).

Estas circunstancias, se presentan en parte por el desconocimiento mismo de las normas por parte de los funcionarios encargados de estructurar y vigilar los contratos, pero también, por la concentración de la facultad sancionatoria contractual en cabeza del mismo contratante, ya no para determinar la existencia o no del posible incumplimiento del contratista, sino para enmendar un error de planeación técnica propia de la Entidad Estatal.

En la actualidad, la legalidad de los actos está demandada ante la Jurisdicción Contenciosa, sin embargo, sus involucrados (Contratista y Compañía Garante) ya sufren las consecuencias negativas de esta decisión, tanto por los reportes que derivan de la declaratoria de incumplimiento, como por las afecaciones pecuniarias que se derivan del procedimiento.

20.4. Caso 4: Dirección De Sanidad De La Pólicia / Ut Medipol – Problema probatorio

A continuación, se describe otro caso en el que se denota el abuso de la discrecionalidad de la Administración en el procedimiento de que trata el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se trata del acto Administrativo 311 de 2019, expedido por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en contra de su proveedor de medicamentos (Unión Temporal MEDIPOL 16), en virtud del contrato de suministro N° 07-8-20098-18, quien en el sano ejercicio del derecho de Defensa, presentó las argumentaciones que debatían todos y cada uno de los cargos, así como también ofreció pruebas y solicitó la práctica de otras.

Sin embargo, lo que se pretende destacar de aquella actuación, es que la decisión final se tomó con base en una prueba que jamás fue allegada, ni decretada ni practicada en las múltiples diligencias, sin tener en cuenta las pruebas del contratista.

Así, sin más, una vez escuchado a la Unión Temporal, el Despacho de conocimiento ordenó un nuevo informe de Supervisión que controvirtiera la información dada por su investigado y contraparte, y con base en tal nuevo informe tomó la decisión de imponer multa conminatoria, reiterando nuevamente que tal documento jamás fue ordenado dentro de la actuación, ni mucho menos puesto a disposición o trasladado en forma preliminar a la toma de la decisión.

Notese que si bien la Supervisión es quien debe apoyar y sustentar la toma de decisiones de parte de la Entidad Contratante, la estructura del procedimiento falla al permitir que dicho organismo (supervisión), sea quien tenga la posibilidad de intervenir y aconsejar por fuera de la actuación y posterior a haber ejercido el derecho de defensa técnica el Contratista investigado, esta circunstancia podría solventarse a través de procedimientos

expeditos, pero determinados que no queden al arbitrio de la Entidad Contratante, a fin de evitar abusos o desviaciones de poder.

20.5.Caso 5 Funambiente / Cúcuta - Caducidad a toda costa /cambio de reglas de juego

Este particular caso, tiene que ver con un procedimiento de caducidad relacionado con un contrato de concesión N° 2597 de 2003 cuyo contratista es FUNAMBIENTE, dicho acuerdo está relacionado con la operación, servicio, mantenimiento de la Escombrera Municipal de Cúcuta, en lo que tiene que ver con dicha Concesión, en el mes de Julio de 2019, el Secretario de Planeación Municipal expidió sin ningún tipo de procedimiento previo un Acto Administrativo de caducidad, declarando el incumplimiento definitivo de actividades exigibles hace mas de 3 años.

Una vez advertido el error, el mismo despacho revocó sus decisiones y adelantó citación de que trata el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, omitiendo la remisión de un informe de interventoría y advirtiendo que las partes involucradas podrían revisar la carpeta contractual para preparar su defensa.

El asunto, es que fue en el marco de la actuación, en donde el mismo secretario de Planeacion en conjunto con su Asesor Jurídico Externo adelantaron un procedimiento distanciado de la norma, aún cuando ellos mismos ya habían determinado en anterior decisión administrativa cuales eran las resultas de la investigación.

Lo particular del caso, es que la investigación de la defensa encontró que aquel Asesor Jurídico tenía intereses en las resultas adversas, por cuanto era poseedor de predios contiguos para la continuación del contrato sin su contratista.

El caso en cita tuvo un acompañamiento de la Procuraduría, quien entre otros solicitó que las actuaciones debían ceñirse a las disposiciones de la materia y además aconsejó que quien presidía la diligencia debía abstenerse de conocer el asunto (por cuanto ya había tomado una decisión con antelación), además, el Ministerio Público indicó que no existía ni causal de incumplimiento que pudiese enervar la potestad de caducidad administrativa.

Dentro de las particularidades del caso, se tiene que en el caso se estudió un trámite de recusación que no esta directamente en la norma, sin embargo fue sustanciado por el mismo asesor Jurídico que fungía como secretario Ad Hoc de la diligencia.

A pesar de las intervenciones del Ministerio Público y las partes interesadas, la decisión de declarar la Caducidad fue tomada antes de la terminación de la Alcaldía de turno, esta vez por cargos diferentes a los que se habían enarbolado en la citación primigenia.

Solo fue con la nueva administración, a través de una revocatoria directa, en donde la nueva administración Municipal previno de las anomalías y arbitrariedades que fueron tomadas, que entre otras afectaron la prestación del servicio público de escombros del Municipio.

Y es que la falta de un tercero imparcial que pueda incidir en la decisión permite tener márgenes de maniobra para que la Entidad logre su cometido, que en la practica no está encaminado a la satisfacción de un interés público, siendo necesario ajustes normativos que prevengan el abuso de poder a causa de la concentración del mismo.

20.6.Otros Casos

20.6.A.El túnel de la línea, La Vía de La Prosperidad y Hospital de Yopal – Casanare

Por último, teniendo en cuenta la connotación en el presente y futuro del país que ostenta la contratación pública, se ha querido poner en consideración un par de casos de relevancia nacional, en los cuales se evidencia la tensión de principios de la función pública y el debido proceso, reconociendo también la falta de eficacia del procedimiento sancionatorio contractual en cuanto a su cometido de satisfacer el objeto contractual.

Grandes obras de infraestructura se han venido desarrollando en el territorio nacional, muchas de ellas gestándose desde hace más de un siglo e impulsándose con mayor fuerza en las últimas décadas, la mayoría de estas apuntan a mejorar la competitividad y la economía del país, aportando en el largo plazo a un crecimiento potencial en el PIB de 4,6% a 5,3%, una reducción importante del desempleo del 1%, de los costos operativos de transporte del

20%⁹, e incluso obras de acceso a las regiones más alejadas para que el Estado haga presencia, situación advertida por expertos internacionales y locales que lo consideran como una de las debilidades más significativas del país.

En tal sentido, conviene exponer algunos de los grandes proyectos de infraestructura en Colombia que se han visto comprometidos en posible incumplimiento, derivando en procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, específicamente de los procedimientos adoptados en materia administrativa y de la eficacia de los mismos para el cometido de la satisfacción del bienestar general.

El túnel de la línea, ha sido un compromiso de varios gobiernos con el fin de conectar el centro y el suroccidente del país, cruzando la cordillera central, Cajamarca y Calarcá, dicho contrato se adjudicó en 2008 al Consorcio Segundo Centenario conformado por dos empresas españolas, una mexicana y ocho colombianas, no obstante, la obra tuvo problemas durante la construcción y retrasos en la ejecución del contrato. La complejidad que implica para la ingeniería hacer una obra de esa magnitud en uno de los puntos sobre el nivel del mar más altos del país (3.400 metros) y con unas condiciones geológicas difíciles, fueron algunos de los argumentos que explicaron en ese momento el retraso.

Aun con algunos acuerdos suscritos con el consorcio que permitieron realizar cuatro prórrogas en el contrato desde 2008, en el Gobierno de Juan Manuel Santos se decidió decretar la caducidad por los constantes incumplimientos. Pasaron 8 años de la firma del contrato y 3 desde el momento en que debió entregarse la obra, para que se tomara esta medida, este hecho llevó a un pleito jurídico entre el contratista Collins y el Invías y provocó que se abriera una nueva licitación por \$200.000 millones en diciembre de 2016 para terminar las obras. Esta se adjudicó el 4 de julio de 2017 y a la fecha se proyecta su entrega para mayo de 2020.

La Vía de La Prosperidad, es uno de los más ambiciosos proyectos del departamento del Magdalena, por cuanto plantea la conexión de las poblaciones de Palermo,

⁹ *Encadenamientos e infraestructura*, Andrade Moreno Luis Fernando, Agencia Nacional de Infraestructura ANI, Febrero 2014.

Sitionuevo, Remolino y Guáimaro, mediante la pavimentación de la ruta marginal al río Magdalena.

El contrato para el mejoramiento de la vía fue adjudicado en octubre de 2013 por la Gobernación al Consorcio Ribera Este, a un costo de 432.000 millones de pesos, este proyecto en sus inicios pretendía llegar a 48,50 kilómetros, sin embargo, al sufrir ajustes técnicos y de financiación derivados de retrasos y modificaciones, se disminuyó la meta a 26 kilómetros. La Vía de la Prosperidad, ha sido incluida por el Departamento Nacional de Planeación en una lista de 382 proyectos en riesgo crítico de ejecución.

Hospital de Yopal – Casanare, en él, se invirtieron más de 45.000 millones de pesos en su construcción, la obra que se vio frenada, cuando una vez terminada la construcción no podía operar el hospital porque no se contaba con dotación suficiente, la cual sumaba la misma cantidad que se invirtió en su construcción. Hoy opera en condiciones precarias ya que nunca ha contado con la dotación requerida para el tipo de hospital proyectado. Una evidente falta de planeación poscontractual, ya que no era suficiente con construir el hospital, sino que también se necesitaba garantizar el presupuesto para su dotación y puesta en marcha teniendo en cuenta la sostenibilidad del proyecto; se debían contemplar los recursos para pagar los profesionales de la salud que demanda el servicio y además porque la población no cuenta con medios para costearlos.

Del común denominador de los proyectos de obra pública expuestos, surge entre otros la ausente o escasa planeación preliminar administrativa como es el contrato de la vía de la prosperidad o en su etapa poscontractual como en el Hospital de Yopal, verbo que acompaña preliminar, durante y después de la contratación, paralelamente al desarrollo y entrega a satisfacción de las mismas. Luego, si la contratación pública contiene una finalidad material y social superior, el proceso administrativo sancionatorio no debería ser la senda mediante la cual las entidades pretendan subsanar yerros originados en la fase preliminar del contrato.

Los fines propios de la contratación y su connotación social superior, exigen de la planeación contractual un compromiso preliminar que oriente a las partes al cumplimiento de sus obligaciones, de tal suerte que el procedimiento extensamente citado a lo largo de estudio en el Art.86 del Estatuto Anticorrupción, supone en la praxis un desequilibrio por las

amplias potestades discrecionales y unilaterales de la administración, así como del férreo cuestionamiento del cumplimiento del interés general.

Ahora bien, es pertinente establecer si la caducidad, decretada en una de las obras públicas aquí expuestas, siendo una facultad excepcional que tiene la administración pública pudo garantizar el cumplimiento del objeto contractual. Como en éste y múltiples asuntos análogos, la entidad contratante debería proyectar su decisión mediante acto administrativo debidamente motivado, el cual debe estar precedido por audiencia pública de conformidad con la ley 1474 de 2011 respetando el debido proceso, esto implica indefectiblemente que el contratista deba conocer desde el inicio hasta su declaratoria las razones y los efectos de la decisión, garantizándole además el derecho a su defensa técnica y al cumplimiento de una fase procesal imparcial, aspecto último que ha sido ampliamente examinado en este estudio.

En el caso del túnel de la línea, antes de imponer al contratista penalidades de naturaleza económica por el presunto incumpliendo decretado por vía de caducidad, para luego asumirla y ejecutar la obra a través del garante u otro contratista, debería la Entidad en la realidad contractual haber ponderado la prioridad de la ejecución de la obra más allá de la sanción *per se*, toda vez que aun cuando se cumplió con su función sancionatoria, terminó esta por obstruir en la prestación del servicio público asumiendo nuevos costos administrativos en la selección del nuevo contratista, perdiendo de vista soluciones de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que indudablemente orientan hacia una balanza entre la facultad sancionatoria y el fin social superior.

Tercer Capítulo

1. Propuestas De Ajuste Al Procedimiento Sancionatorio Contractual

Así pues, hasta el momento se realizó una aproximación de los principios que si bien, no están taxativamente descritos en el procedimiento del artículo 86, deben imperar, haciendo la respectiva matización propia desde el derecho penal hasta el administrativo.

Acto seguido, se realizó un barrido de los propósitos del derecho administrativo, de la contratación estatal y de la actuación administrativa sancionatoria, concluyendo que todas están fundadas en la carta política y todas propenden por la materialización de los fines propios del estado social y democrático de derecho.

Luego, fruto de la experiencia y trabajo en desarrollo de los procedimientos administrativos sancionatorios, así como también revisando los actos administrativos publicados en el SECOP, se determinaron las tensiones generadas entre el los fines de la contratación pretendidos en el PASC y el debido proceso constitucional.

Ahora, es menester analizar que se debe hacer para salir de este conflicto, qué dice la jurisprudencia, para luego, buscar salidas tendientes a conjurar o al menos aliviar las graves tensiones de principios y fines aquí enunciada, revisando el caso del Perú, a fin de analizar y tomar en cuenta su estructura actual contractual sancionatoria.

Por ello, inicialmente se abordará el tema del choque de principios constitucionales a fin de reflejar propuestas de soluciones necesarias frente a la problemática descrita en el anterior capítulo de tesis.

2. Choque de principios constitucionales – primacia del derecho de defensa del Contratista

Entonces, en el caso en estudio, se tiene que la Entidad Estatal a fin de satisfacer los postulados y fines constitucionales de la función pública no puede hacer uso arbitrario del Ius puniendi administrativo contractual, ni a través del procedimiento sancionatorio general, como quiera que aquello trasngrede el debido proceso (también constitucional) de su

cocontratante; circunstancia que supone una clara riña de principios constitucionales, teniendo por una parte los principios de la función pública, cuya materialización se persigue con el ejercicio punitivo y por otra, la garantía del debido proceso del contratista, que se ve menoscabada cuando a toda costa la Entidad Estatal ejerce el ius puniendi aún con vacíos y tensiones ya descritas en este documento.

De acuerdo a la interpretación liberal clásica, “los derechos fundamentales están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al estatus negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el estatus positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio; dicho brevemente: como derechos a prestaciones en sentido amplio. La cuestión de sí y en qué medida a las disposiciones de derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio, es una de las más discutidas en la dogmática actual de los derechos fundamentales. (Alexy, 1993)

Así pues, para solucionar las tensiones tantas veces descritas, se requiere revisar como la doctrina y la jurisprudencia actúan en casos donde existe colisión de principios del mismo orden, en este caso, constitucionales; en la revista jurídica de la Universidad de Caldas, se encuentra un artículo denominado “*Conflicto de principios constitucionales a la luz de un caso concreto de transgenitalización en Brasil*”, en el que si bien, se desarrollan la colisión principios constitucionales, (diferentes a los atinentes al presente trabajo de tesis), en aquel escrito, citando a Robert Alexy, se propone sopesar el caso concreto a fin de buscar soluciones tendientes a evitar el menoscabo de ambos derechos constitucionales.

(...), evidenciando las teorías del derecho fundamental de Robert Alexy, con el plano de fondo en Ronald Dworkin, cuando ocurren colisión o choque de principios constitucionales o de derechos fundamentales de mismo valor jerárquico, debe tenerse en

mente la ponderación y la examinación del derecho y el peso de los valores a la luz del caso concreto como lo fue resaltado por los insignes iusfilósofos. (Guilherme, 2014).

Igualmente, la Corte Constitucional Colombiana, acude al concepto de razonabilidad, siempre y cuando se aplique el concepto de proporcionalidad como eje central para la ponderación entre principios constitucionales

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (Corte Constitucional, 1996).

Retomando las ideas de Robert Alexy, se puede extractar que aquel establece la necesidad de que uno de los principios sea desplazado por el otro, lo que supone una ponderación, buscando soluciones que satisfagan ambos principios en diferente momento y manera:

Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, pero esto significa declarar inválido al principio desplazado, aunque en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien, lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser

solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que, en casos concretos, los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. (Alexy, 1993, pág. 89).

Entonces, hay que solucionar el problema planteado ponderando los principios a través de la proporcionalidad y solucionando la satisfacción de los mismos por diferentes vías, lo que, en suma, para el caso en concreto, se debe dar con el estricto cumplimiento al debido proceso del contratista en el marco del ius puniendi administrativo contractual, adoptando mecanismos que cierren de tajo la posibilidad de discrecionalidad en la interpretación de principios o términos en contra del contratista.

Quiere lo anterior decir, que la entidad más allá de adoptar decisiones sancionatorias como objetivo, una vez haya escuchado al contratista, debe buscar las soluciones necesarias y adoptar las medidas prontas que satisfagan el principio de la contratación, al tenor de lo dispuesto en el numeral 8° del art. 4° de la Ley 80 de 1993, dejando como última ratio, la sanción punitiva.

Por tanto, la mejor forma de ponderar proporcionalmente los principios en juego, es aplicando los principios que enmarcan la garantía del Debido Proceso, ello a través de la compensación de garantías sobre los poderes del Estado en cabeza del funcionario para evitar abusos del derecho.

Lo anterior significa que en aras de procurar la merma del conflicto en cita, debe prevalecer y primar el respeto por el derecho constitucional al debido proceso, debiendo entonces la administración ser amplia en el otorgamiento de recursos para la defensa de su investigado, siendo presto a configurar los cargos de una manera clara, respetando los criterios de lex certa, previa y scripta, tanto de la conducta contractual objeto de reproche como de la consecuencia pretendida, pero por sobretodo, siendo sensato a la hora de adoptar la decisión del caso, esto es, yendo más allá de la mera declaratoria de incumplimiento, a fin de que se adopten las decisiones e intervenciones de fondo que requiera el contrato para propender por la satisfacción del interés público que tutela el contrato estatal .

Y es que no se trata de subsumir la potestad sancionatoria, ni volver inútil su capacidad coercitiva, se trata es de satisfacer el fin propio de la función pública y del contrato

estatal, esto es, de hacer más eficaz el actual procedimiento respetando siempre los derechos propios del artículo 29 Superior en favor del contratista presuntamente incumplido.

Ahora bien, con el fin de poder alivianar las tensiones generadas por los vacíos del tantas veces anotado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a partir de acá, se realiza una descripción propositiva de: (i) Recomendación de instaurar la doble instancia para éste tipo de procesos; (ii) Recomendación sobre las mínimas calidades de los funcionarios públicos que dirigen la actuación administrativa; (iii) Recomendación de las actividades básicas que deben ocurrir para garantizar la imparcialidad del funcionario público de conocimiento; (iv) Una descripción sobre el apego a la legalidad de las sanciones e infracciones contenidas en el contrato estatal; (v) Una recomendación sobre los términos que hoy no son claros en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, y (vi) Unas recomendaciones para involucrar mayores entidades de control en el ejercicio de la facultad sancionatoria.

3. Funcionario Público de conocimiento preparado

3.1. Perfil

En primer término, se debe indicar que el conocimiento de las funciones propias en cabeza del servidor público es el primer filtro para evitar las arbitrariedades, por tanto, para el desarrollo de las audiencias previstas en la Unidades de Contratación de las entidades públicas, es pertinente que en los manuales de los servidores públicos armonicen unas funciones sustantivas en aras de garantizar la autonomía administrativa.

Para el caso concreto previsto en la ley 1474 de 2011 que contiene el inicio, desarrollo y finalización de la actuación administrativa sancionatoria contractual, si existe delegación para el ejercicio punitivo, es menester que se cuente con servidores públicos (no contratistas) o en su defecto el funcionario delegado que tenga un conocimiento en la normatividad aplicable a este juicio procedimental lo cual permita el fortalecimiento institucional de la entidad respectiva.

El perfil del director de esta diligencia desde el punto de vista académico y práctico es el de alguien que debe contar con unas cualidades idóneas para la prevalencia del mejoramiento del servicio, desde la concepción metodológica se sugiere trabajar conjuntamente con la Comisión Nacional del Servicio Civil donde se pueda concretar unas

funciones profesionales y técnicas, ahora bien, como mera recomendación, se podría sugerir desde esta investigación las siguientes consideraciones en la construcción del manual de funciones:

- a.** Desde el punto de vista del propósito principal las labores encomendadas serán coordinar, dirigir y hacer seguimiento al cumplimiento de las funciones y objetivos de la entidad pública a través Unidad de Contratación establecidos en la Constitución, la Ley y el Reglamento, así como representar a la entidad ante los organismos nacionales e internacionales que así lo requieran.
- b.** Desde la descripción de funciones esenciales, se propone distinguir al encargado de la adquisición, compra o contratación del funcionario encargado de conocer el procedimiento administrativo sancionatorio, por tanto, funciones que se recomiendan pueden ser:
 - I. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la Ley, los acuerdos, los reglamentos de la entidad pública, las decisiones emanadas de la Junta Directiva y/o órganos colegiados.
 - II. Dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de las funciones de la Unidad de Contratación y de los programas propios de la entidad pública.
 - III. Rendir informes generales o periódicos y particulares al superior jerárquico de la entidad pública con las actuaciones y estado de los procesos contratados.
 - IV. Dirigir, coordinar y vigilar la ejecución de los procesos contractuales llevados a cabo por la Unidad de Contratación.
 - V. Adelantar las actuaciones administrativas generales y especiales de la Unidad de Contratación.
 - VI. Expedir los actos administrativos que sean necesarios para el cumplimiento, incumplimiento, imposición de multas de los contratistas de la entidad pública, ajustándose a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.
- c.** Por su parte, es necesario que la unidad encargada de investigar y sancionar, deba tener Conocimientos básicos:
 - (i) Estructura y Administración del Estado.
 - (ii) Políticas públicas estatales.

- (iii) Derecho Constitucional Colombiano
- (iv) Derecho Administrativo
- (v) Contratación estatal régimen general (Ley 80 y 1150) y regímenes especiales concretamente Ley 1474 de 2011.

d. Requisitos de formación académica y experiencia

- I. Título Profesional en una disciplina académica. Título de posgrado en derecho administrativo y contratación estatal. (Según artículo 2.2.2.4.10 del Decreto 1083 de 2015)
- II. Tarjeta Profesional en los casos requeridos por la Ley.
- III. Experiencia profesional relacionada. (Según artículo 2.2.2.4.10 del Decreto 1083 de 2015). (Escuela Superior de Administración Pública -ESAP, 2019).

Estos requisitos, fueron tomados como base de los requisitos propios de un personal aspirante a cargos públicos de procurador o contralor, por lo que es idóneo su perfil frente a la labor que se le confía.

Sin embargo, se reitera que, a fin de garantizar la independencia del funcionario, se propone que la persona encargada de la preparación licitatoria del contrato (cualquiera que sea la forma de contratación) sea diferente de la encargada de sancionar.

En este punto vale la pena recomendar, acudir a la figura de la oficina de control disciplinario, como quiera que este tipo de cargos públicos podrían garantizar imparcialidad del contrato y, por ende, se podría procurar una independencia del interés parcializado en los resultados de la gestión punitiva.

Con respecto a los acompañantes de la entidad pública, y en concordancia con lo expuesto anteriormente es pertinente señalar que deben contar los mismos requisitos previstos que quién dirige la audiencia dado que si en su defecto posteriormente son delegados deben tener las mismas exigencias profesionales, prácticas para el desarrollo de la audiencia prevista en la normatividad vigente.

3.2. Capacitaciones a las entidades públicas en materia de contratación estatal

Así mismo, se recomiendan el desarrollo de diferentes capacitaciones por parte de organismos del orden nacional y/o del Ministerio Público, a fin de garantizar un continuo aprendizaje que busque la optimización de labores al interior de la organización estatal y de contera, que eviten arbitrariedades y abusos por parte de aquellas.

Y es que la Administración pública en sus diferentes órdenes tanto nacional, territorial y por servicios, deben propender y fomentar que los funcionarios, servidores públicos y directores de entidades sean capacitados constantemente por las Agencias previstas por el Estado y que están en servicio de los mismos funcionarios. Puntualmente, en el caso de la Agencia de Colombia Eficiente debe generar e implementar estrategias que le permitan actualizar constantemente a las unidades de contratación en lo que atañe al contenido sancionatorio de sus facultades y funciones.

En la práctica profesional se ha evidenciado la necesidad de que esta entidad permita llegar a las regiones y entidades para hacer retroalimentaciones del marco legal y reglamentario de la contratación estatal en Colombia. Es pertinente señalar que en esta materia los cambios legales y jurisprudenciales son constantes y que a su vez desde la implementación de la plataforma SECOP se han unificado políticas en materia de procesos de contratación y mecanismos contra la corrupción desde la misma plataforma que genera confiabilidad a los oferentes, contratistas y veedores de las actuaciones administrativas.

En aras de ser propositivo y dado el alcance que se le dado hoy día, los esfuerzos no pueden tratarse de enseñar a manejar una plataforma a las unidades de contratación sino una explicación de cada una de las etapas contractuales a los funcionarios de la entidad pública. Adicionalmente, con la creación de la Agencia de Defensa Jurídica se podría conjuntamente iniciar una serie de exposiciones sobre los procedimientos administrativos pertenecientes al régimen general y los distintos regímenes de carácter especial además de una relación de los casos en los cuáles el Estado colombiano ha tenido que resarcir por procedimientos administrativos sancionatorios. De esta manera se genera una cultura de fortalecer a las unidades de contratación.

3.3. Responsabilidad disciplinaria y penal del funcionario público

Así pues, como quiera que el artículo 86 en comento permite la delegación de la facultad sancionatoria, se requiere establecer y limitar la misma, estableciendo faltas y penas administrativas por el abuso de la actuación punitiva contractual.

Es preciso señalar que la Ley 1474 de 2011 denominada Estatuto Anticorrupción tiene por objeto el fortalecimiento de medidas administrativas en los diferentes procedimientos contractuales de las entidades públicas. La filosofía de esta normatividad es dotar al Estado de herramientas que pueda usar en contra de la corrupción, y todas aquellas prácticas que no permiten la rectitud y transparencia del actuar público. Igualmente, esto obedece ante el clamor ciudadano de rechazo contra el abuso privado y público de conductas que no llenan de decoro el cómo se consigue en sí mismo el proceso de contratación.

La consolidación de estas disposiciones se encuentra a partir del Capítulo II como se denomina “*Medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada*” lo cual es una novedad desde el punto de vista que se contempla algunas inhabilidades, pero también unas sanciones ejemplares a personas naturales y jurídicas tanto de orden privado como público (Las personas privadas interesadas en contratar con el Estado).

A grandes rasgos y lo destacado se puede evidenciar las siguientes consideraciones:

- a. Exclusión de beneficios en los delitos contra la Administración Pública relacionados con corrupción. (Contempla una modificación al Código Penal en su artículo 68.)
- b. Ampliación de términos de prescripción penal. (Contempla una modificación al Código Penal en su artículo 83.)
- c. Estafa sobre recursos públicos y en el Sistema de Seguridad Social Integral (Contempla una modificación al Código Penal en su artículo 247 numerales 5 y 6.) De especial cuidado los recursos públicos destinado a los sistemas de salud y con objeto del rango derecho fundamental en la Ley 1751 de 2015
- d. Corrupción privada.
- e. Administración desleal.
- f. Utilización indebida de información privilegiada. (Contempla una modificación al Código Penal en su artículo 258.)

- g. Evasión fiscal. (Contempla una modificación al Código Penal en su artículo 313.)
- h. Circunstancias de atenuación punitiva. (Contempla una modificación al Código Penal en su artículo 401.)
- i. Acuerdos restrictivos de la competencia.
- j. Tráfico de influencias de particular.
- k. Enriquecimiento ilícito.
- l. Soborno.

Se quiere significar con esto que, desde el punto de vista de conductas punibles, los tipos penales y las medidas administrativas se endurecieron con objeto de indemnización para la administración pública. Adicionalmente, en cabeza del Gobierno Nacional a través de la Superintendencia de Industria y Comercio se recibió la instrucción en la capacidad investigativa de conductas que puedan causarse durante la actuación administrativa. Así las cosas, es claro en el marco punitivo las sanciones que conllevaría omitir o hacer algo que no esté previsto en el caso de la actuación administrativa sancionatoria contractual para cualquiera de los sujetos procesales que comparecerán.

En el capítulo III de la Ley 1474 de 2011, se pueden encontrar las “*Medidas disciplinarias para la lucha contra la corrupción*” en donde se remite una competencia al Consejo Superior de la Judicatura y adicionalmente, un poder preferente a la Sala Disciplinaria de esta misma Corporación. En cuanto a los sujetos disciplinables al momento de abordar y realizar esta investigación, el régimen aplicable es para todos aquellos servidores públicos de la entidad que adelanta la actuación administrativa y además no se excluye a aquellos que hacen parte del mismo tales como el artículo 53 de la Ley 734 de 2002:

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. (Congreso de la República, 2002).

Habida cuenta que los informes de interventoría hacen parte de la actuación administrativa contractual, dicho documento tendrá el mismo rigor técnico toda vez, que desempeñaría una función pública transitoria que teniendo el mismo régimen entrará en la graduación de las faltas previsto en la legislación disciplinaria prevista en el ordenamiento jurídico vigente.

La Constitución es aquella herramienta de conducta de todo servidor público especialmente por lo expuesto por la Honorable Corporación en los siguientes términos: *“la finalidad de la potestad disciplinaria consiste en asegurar el cumplimiento de los principios contenidos en el artículo 209 de la Constitución.”* (Corte Constitucional , 2012).

Dentro de la propuesta metodológica de esta investigación, a lo que se quiere llegar es al fortalecimiento de la institucionalidad respecto de las faltas disciplinarias que tengan los servidores públicos de las entidades, en la medida de que si se evidencia que al llevar a cabo el procedimiento sancionatorio administrativo contractual de forma abusiva o arbitraria, alguno de los servidores públicos que cometió alguna conducta a título de culpa o dolo que lesione un bien jurídico de los sujetos procesales que asisten a la audiencia prevista en la ley 1474 de 2011, se sancionen para lo cual sería conveniente incluir mayores causales disciplinarias a las contenidas en la Ley 734 de 2002 y/o a la Ley 1952 de 2019.

Se mencionó entonces que los interventores también serán sujetos a disciplinar puesto que cumplen una función pública transitoria, siendo necesario incluir a los directores o delegados de la administración que ejerzan el ius puniendi.

Nótese que actualmente se cuenta con un solo tipo administrativo (falta gravísima), contenido en el numeral 32 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que reza: *“32. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello”* (Congreso de la República, 2002).

Sin embargo, esta no es la única acción que tiene el funcionario público, por lo que la declaratoria de siniestro o el abuso de sus atribuciones legales deberían también constituir falta disciplinaria. Denótese que, con el actual plan nacional de desarrollo, (Congreso de la República, 2019), en su artículo 43 amplió a 3 años las causales de inhabilidad por declaratoria de incumplimiento reiterado.

Para concluir, esto se plantea en aras de una aplicación con control preferente por parte de los organismos de control. Para que, a futuro se garantice la inmediatez dentro de los procesos disciplinarios y se cumpla la finalidad de protección especial al interés general, toda vez que tenemos un sistema mucho más consolidado en tipos penales y avances considerables por parte del Ministerio Público en la facultad sancionatoria en cabeza de la Procuraduría General de la República hacia sus sujetos disciplinables en el caso de servidores públicos e interventores.

Estos procedimientos disciplinarios en cabeza de los órganos de control deben ser efectivos y eficientes, para que no se vean vulnerados arbitrariamente los derechos de los sujetos procesales a causa del actuar de los servidores públicos. Es por ello, que la consolidación de estas faltas disciplinarias debe ser tramitada conforme a las disposiciones reglamentarias.

4. Acción De Repetición

Ahora bien, las presentes recomendaciones se realizan con el fin de repensar y resignificar instituciones del Derecho Administrativo, a fin de garantizar el Debido Proceso en las actuaciones administrativas y, además, ir en la propia vanguardia necesaria.

Por tanto, se puede incoar acciones de repetición en contra de los servidores y aquellos particulares que en ejercicio de funciones públicas hubiesen causado un daño a una persona o bienes.

Esta acción tiene un carácter indemnizatorio puesto que el Estado busca el reintegro de un concepto causado por pago a raíz de una acción u omisión de la administración, debiéndose evidenciar que el servidor público actuó de manera dolosa o a título de culpa grave como lo prevé la normatividad vigente, cabe denotar finalmente que esta acción dentro de la normatividad tiene un término de dos años a partir del pago de la administración.

Respecto de su procedencia como se enunció, se predica de funcionarios o particulares que en la ocurrencia de los hechos se desempeñaron dentro de la administración pública, dentro del ejercicio profesional se ha podido denotar que los funcionarios que desarrollan la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 una vez se quiere repetir

contra los mismos habrán pasado bastantes años toda vez que, primero debe ser probado el daño judicialmente; es por ello que, cuándo se repite contra determinados funcionarios que no tuvieron la debida diligencia y cuidado en las funciones públicas y para el caso concreto del procedimiento administrativo sancionatorio contractual se debe fortalecer de manera expedita y con el cuidado judicial un sistema que garantice que este medio de control pueda ser utilizado oportunamente por los sujetos procesales que se les haya vulnerado un derecho sustancial o procesal por la negligencia o falta de cuidado del funcionario que dirigió y coordinó la diligencia administrativa.

Esto se predica bajo el concepto de los principios aplicados en el capítulo primero de esta investigación, una forma de concretarlos es el respeto a aquel enunciado previsto en el artículo 90 de la Constitución donde el Estado debe reivindicar el mal actuar de la administración generando daños o perjuicios, dado lo anterior también se debe individualizar que también es el objeto de este medio de control determinar e identificar qué ex funcionario fue culpable.

5. Imparcialidad Del Funcionario Público Que Conoce La Actuación

Dentro de las evidencias contenidas en el presente documento y que derivan en el hallazgo de tensiones entre principios y fines constitucionales, está la de la posible falta de imparcialidad del funcionario público encargado de conocer la actuación administrativa sancionatoria, ello en la medida de que aquel tiene un interés directo sobre las resultas y/o exculpaciones que pueda presentar su contraparte contractual.

Y es que una de las principales diferencias entre el procedimiento administrativo sancionatorio general y el contractual, está en la calidad de las partes, toda vez que en el primero de los procedimientos, la Entidad Estatal ejerce la supremacía del Estado a través de la inspección, vigilancia y control, ya sea investigando al particular por la infracción de una norma e imponiendo la sanción correspondiente, ejemplo de lo anterior se encuentra en las investigaciones que adelanta la Aerocivil en contra de Aerolíneas, viajeros y operadores que interactúan en la prestación del servicio de transporte aéreo, imponiendo multas contenidas en los Reglamentos Aeronáuticos; o por su parte, las investigaciones y sanciones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud a los diferentes actores de la prestación del

servicio de salud, imponiendo multas por el cometimiento de infracciones; nótese como en estos casos, el Estado actúa como ente experto en una materia y se atreve desde la vía administrativa a juzgar la actuación de un particular, actuación en la cual el Estado es supervisor más no tiene injerencia mayor en los hechos que rodean la materia investigativa, siendo posible que la Administración tome las decisiones de su investigación con total imparcialidad.

Sin embargo, en el procedimiento sancionatorio contractual es ostensiblemente diferente por dos razones a saber, la primera es relacionada con la experticia, en donde el principal conocimiento reposa en su investigado, por lo que es posible que ni el jefe de la entidad ni su posible delegado cuenten con la idoneidad técnica para discernir entre los conceptos y argumentos del Interventor frente a las del investigado; y la segunda razón, que además de juzgador, la administración es un extremo contractual, lo que supone una injerencia propia en la cuestión que juzga en sede administrativa.

Por tal razón, la entidad Estatal cuando investiga la actuación tiene un interés directo en las resultas del caso, lo que hace impensable que aquel pueda juzgar con total imparcialidad, máxime si se tiene en cuenta que el problema que genera el incumplimiento puede llegar a estar en su campo, caso en el cual la actuación sancionatoria estaría dirigida más en hallar un chivo expiatorio frente a sus faltas que en dirigir la investigación a esclarecer la verdad.

A lo anterior se suma, que en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993¹⁰, el acto producto de la investigación no puede recurrirse ante el superior, en tanto que en el Sancionatorio general si existe aquella posibilidad.

Si bien el legislador en 1993 restringió la apelación para estas actuaciones, ello lo hizo en la medida de que el acto administrativo era expedido por el superior jerárquico de la entidad estatal, por lo que al ser el jefe máximo de aquella, era impensable que existiera cabida para la apelación, sin embargo, a partir del 2011 el artículo 86 de la ley 1474 permitió la posibilidad de que sea entregada por delegación la facultad sancionatoria a un subordinado

¹⁰ “...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.

del jefe superior; ello conlleva a que en la práctica sean funcionarios de menor rango o las mismas oficinas encargadas de la supervisión del contrato, las delegadas para llevar la investigación tendiente a la declaratoria de incumplimiento.

Bajo tales circunstancias, con el objetivo de garantizar la imparcialidad del funcionario encargado de conocer y decidir la actuación sancionatoria, una vez evidenciando los principales puntos que afectan la posibilidad de imparcialidad en la actuación, se propone como cambios que deben implementarse en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual:

4. Restringir el conocimiento del procedimiento sancionatorio de a aquellas personas que participan en la supervisión del contrato, o aquellas que participaron en el proceso precontractual.
5. En el caso de existir delegación, permitir la interposición del recurso de apelación ante el jefe de la entidad, contra la decisión de su delegado.
6. Instaurar la participación activa de organismos de control y Ministerio Público, a fin de salvaguardar tanto el recurso público, como el debido proceso del investigado contratista.
7. O por su parte, establecer un organismo dentro de la Entidad (como la oficina de control interno) que pueda conocer en primera instancia la actuación, con la posibilidad de apelar ante el jefe de la entidad.

6. Términos Claros

Ahora bien, conforme con el ejercicio comparativo plasmado en el anterior capítulo, es claro que existen serios vacíos en el procedimiento de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, por lo que es urgente llenarlos no solo con principios, sino tomando las herramientas propias del procedimiento sancionatorio general; el problema radica en que el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a través del parágrafo de su artículo 47 excluyó la posibilidad de aplicación de los términos reglas de su mismo código:

“PARÁGRAFO. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia” (Congreso de la República, 2011)

Con ello, el funcionario que adelanta una investigación en la actualidad tiene amplia discrecionalidad para la toma de decisiones en torno al término para llevar a cabo la diligencia, limitar la participación del investigado, negar la práctica de pruebas solicitadas, abstenerse de otorgar la palabra para alegar de conclusión, modificar los cargos y en general, adelantar bajo su aquiescencia la totalidad del procedimiento.

Se entiende y comparte la necesidad de toma de decisiones prontas en el marco de la contratación estatal, pero ello no justifica la arbitrariedad ni el exceso de discrecionalidad, máxime si se tiene en cuenta que el expedito procedimiento se aplica para pequeñas multas o para caducidades, independientemente de las cuantías o derechos que se encuentren comprometidos.

Es por tal motivo que a efectos de evitar el exceso de discrecionalidad que derive en abusos de autoridad, deben existir reglas y principios claros, los cuales hoy en día no satisfacen plenamente el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 toda vez que no están plenamente contenidos en esa norma; en tal virtud, es menester de este documento recomendar en primer orden, hacer una distinción en cuanto a los fines, no es lo mismo acudir a un procedimiento de multa conminatoria, que al de declaratoria de incumplimiento total una vez haya fenecido el acuerdo de voluntades.

Se pretende entonces distinguir la celeridad del procedimiento con cargo a lo pretendido, toda vez que el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 no solamente tiene un componente sancionatorio, sino también indemnizatorio.

De contera, en el caso de declaratorias de incumplimiento y/o caducidades, se propone acoger en su totalidad el procedimiento administrativo sancionatorio general, sin distinción alguna, a efectos de poder salvaguardar los principios de la contratación estatal sin vulnerar la garantía del debido proceso y derecho de defensa que debe imperar en el contrato público.

Quiere ello decir, que es necesario que exista un termino mínimo entre la Citación (asimilable a la formulación de cargos del artículo 47 Ley 1437 de 2011) y la celebración de la diligencia, esto es, 15 días hábiles posteriores a la notificación de la diligencia.

Así mismo, es necesario se establezca un periodo probatorio conforme a la cantidad de investigados, y de acuerdo a la gravedad de la investigación, permitiéndose la participación del Ministerio Público a lo largo del caso.

Lo más importante, es menester que se permita la implementación del artículo 48 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto a un término prudencial de 10 días para alegar de conclusión, a efectos de permitir el sano ejercicio de contradicción tan cuestionado en el presente estudio.

Estas herramientas propuestas, son modificaciones necesarias de la norma a efectos de distinguir los plazos y también, con el objeto de disminuir la interpretación de la mayor brevedad posible, buscando siempre la objetividad en la decisión.

Y es que, una vez salvaguardado el derecho de defensa técnico, con plazos, procedimientos y reglas de autocontrol de la misma administración, la entidad tendrá de forma objetiva la posibilidad de tomar la mejor de las decisiones que respeten el cometido de la función pública y de paso, respeten el bienestar general tutelado por la contratación pública.

7. Conclusiones

Es claro entonces como el interés público debe primar en todas las actuaciones de la Administración, como también, es aceptado que la contratación estatal es una herramienta para la materialización del estado de bienestar por el que propugna la carta política.

Por su parte, también se vislumbró como en el actual estatuto de contratación estatal las entidades a ella sometidas tienen plena competencia para declarar incumplimientos, cuantificar perjuicios, imponer multas conminatorias o hacer efectivas clausulas penales (pecuniarias).

Luego, remontando conceptos de otras ramas del derecho, citando fuentes doctrinales y jurisprudenciales se establecieron los conceptos y/o principios que deben aplicarse en el desarrollo del procedimiento de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, los cuales están encaminados a la satisfacción propia del artículo 29 Constitucional y, por ende, están enfocadas en el respeto por la dignidad humana que merece el contratista.

Fue así como se realizó una descripción general de las garantías que deben componer el Debido Proceso en materia administrativa contractual, desarrollando aspectos de la defensa técnica, la legalidad, la presunción de inocencia, entre otros; aspectos que si bien no encuentran una norma positivizada dentro del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, si hacen parte del Derecho colombiano.

En el segundo capítulo del presente documento se realizó una revisión de las tensiones generadas entre la búsqueda del objeto contractual (pretendido por la Entidad Estatal), y el respeto de la garantía constitucional del debido proceso, en parte por el exceso de informalismo y celeridad que la ley imprimió al procedimiento, dejando al arbitrio del operador la aplicación o no de los principios antedichos.

Por ello, se concluyó que existe un exceso de discrecionalidad tanto en la elaboración de la citación, como en los términos con que cuenta el investigado, del mismo modo al evidenciar que el “juez” ostenta la calidad de extremo contractual, el mismo tiene una decisión difícil de controvertir, como quiera que aquel es quien decide por cuanto tiempo escuchar al investigado, que pruebas aceptar o no, y en general, dirige la investigación conforme los intereses propios de su cargo, sin tener que rendir cuenta de su actuar a través de un medio eficaz y rápido.

Se denota que este exceso de informalismo se pretende justificar en la necesidad de combatir la corrupción, de proteger el interés público y propender por la satisfacción misma del contrato; sin embargo, ante la falta de un control eficaz y expedito que limite la toma de decisiones arbitrarias tanto en el procedimiento como en la expedición del acto, los resultados del procedimiento no se ajustan a sus propósitos, cercenando la posibilidad de obtención de la verdad sobre el cumplimiento o no de su contraparte, así como la real causa de ese presunto incumplimiento.

Estos conflictos, deben ser superados a partir de un respeto irrestricto del artículo 29 superior colombiano, esto es, del Debido Proceso, respetando las formas propias de cada juicio y desarrollando las garantías propias innerentes; solo así es posible que la entidad Estatal tome las mejores medidas para salvaguardar el recurso público y de contera, conseguir la materialización del bienestar general pretendido.

Dentro de la propuesta más importante del presente documento de tesis con la cual puede haber una garantía de imparcialidad de la actuación y por tanto, una garantía del debido proceso constitucional, está la necesidad de propender por perfilar la persona encargada de juzgar la actuación de su contraparte contractual, esto es, personas competentes, conocedoras de la ley y autónomas frente a la suerte misma de la responsabilidad del contrato (asemandose a la figura de la oficina de control interno); estableciendo la necesidad de establecer una responsabilidad propia para el funcionario que abuse de su posición de poder.

Ademas, se recalcó la necesidad de aclaración de términos, recomendando la adopción del procedimiento administrativo sancionatorio general, pero distinguiendo conforme sus fines (en la actualidad es igual de informal el procedimiento de multa al de caducidad).

Así mismo, en la medida de que la adopción del procedimiento y la decisión en la practica es tomada por personas subordinadas bajo la figura de la delegación administrativa, se recomienda la modificación del procedimiento permitiendo incluir la apelación en la vía gubernativa, a fin de dar la oportunidad al jefe de la Entidad de conocer y responsabilizarse por lo que ocurre en la Entidad a su cargo.

Entonces, el norte final de la potestad de declaratoria de incumplimiento no debe ser una sanción de tipo económico, debe ir más allá, al punto de adoptar las intervenciones que sean menester para conjurar los supuestos incumplimientos, incluso los que le correspondan a la misma Entidad Estatal, solo así se eliminará el conflicto entre las prerrogativas y el debido proceso del contratista.

21. Bibliografía

- Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo . (10 de octubre de 2013). *CLAD*. Obtenido de https://intercoonecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf
- AlChourrón. (2002). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.
- Amaya. (2010). EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SERVICIO PÚBLICO. *Revista El mundo del abogado Núm 133*, 58-60.
- Ámbito Jurídico. (2017, 13 de marzo.). El principio de `non reformatio in pejus´ no es un derecho fundamental absoluto. *Legis, Ambito Jurídico*, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/procesal-y-disciplinario/el-principio-de-non-reformatio-pejus-no-es-un-derecho>.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia* . Bogotá, Colombia:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Beltrán, M. (2006). Realidad y constitucionalidad en el Derecho administrativo sancionador (Segunda parte). *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha No. 40*.
- Bernal. (2013). El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana: Disponible en: www.atlantiswordprocessor.com/en/forum/download.php?id=313.
- Bernal. (2015). La Contratación Proactiva Dentro de Las Nuevas Visiones Del Contrato. 130 *Vniversitas*: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj.130.cpdn>.
- Bernal, J., & Montealegre, E. (1995). *El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cassagne, J. C. (2009). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Daños Ordonez, J. (2006). El régimen de los contratos en el Perú. *REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO PUCP*, 9-42.
- Dávila Vinuesa, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal* (tercera ed.). Bogotá: Legis.
- De Vicente Martínez, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Deik. (2019). *Potestades Excepcionales de los contratos estatales*. Bogotá: Temis S.A.
- Díaz Gamboa, L. B. (2009). “La inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos”. *En Criterio Jurídico Garantista*.
- Diez, M. M. (1977). *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Dromi, r. (1995). *Licitación Pública* (segunda ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Escuela Superior de Administración Pública -ESAP. (2019). Justificación Técnica para la copilación , actualización y modificación del manual de funciones y competencias laborales para los empleados de planta global.
file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/Manual-de-funciones-ESAP.pdf.
- Expósito Vélez, J. C. (2018). *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gaitán. (2015). *La Constitucionalización del Procedimiento Administrativo*. Bogota: Leyer.
- Galetta. (2017). Fundamentos teórico de la Non Reformatio In Peius en el nuevo juicio con motivo del reenvío. *REVISTA DERECHO PENAL N°:59*, 33-64.
- Garberi. (1997). "Principio non bis in idem" y "cuestiones de prejudicialidad". En J. Garberi Llobregat, *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.
- García de Enterría, E., & Fernandez, T. R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo I*. Buenos Aires: Civitas.
- Gómez Tomillo, M. (2003). Derecho Administrativo sancionador y derecho penal, análisis de derecho positivo peruano. *Revista de derecho (16081714)*, 1-33.
- Güechá Medina, C. (2014). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Ibañez tercera edición.
- Güechá Torres, J. (2019). *Equilibrio Económico y potestades excepcionales en contratos del Estado*. Bogotá: Ibañez.
- GüecháA Medina, C. (2019). *Poder público y principio de legalidad*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Guilherme. (2014). Conflicto de principios constitucionales a la luz del un caso concreto de transgenitalización en Brasil. Manizales: Universidad de Caldas.
- Humberto. (1985). *Contratos administrativos y de derecho privado de la administración*. En S. Edición. Bogotá: Ediciones Librería Profesional.
- Larenz. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel S.A.

- Laverde Alvarez, J. M. (2018). *Manual de Procedimiento administrativo sancionatorio*. Bogota: Legis.
- Londoño. (2014). *Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio*. Obtenido de Revista de derecho (Valdivia): <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200007>
- Marín Hernandez, H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mejía Patiño, O. (2013). *Fundamentos Derecho Administrativo Sancionador*. Bogotá: Ibañez.
- Molina, C. (1999). "El control de legalidad en Colombia". *Revue Internationale de Droit Comparé*, 634-648.
- Mora Espinoza, Á. (2008). *El procedimiento Administrativo*. . San José Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Morillas, & Ruiz. (1992). *Manual de derecho penal, parte general*. Madrid: Editorial de derecho reunidas.
- Moron. (2007). Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General (6ta Ed.). Lima, Perú : Gaceta Juridica. .
- Múnera. (2006). Prueba Sumaria y Debido Proceso. *Ratio Juris*, 83-96.
- Muñoz Machado, S. (1986). *El Estado, el Derecho interno y la comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- Muñoz Machado, S. (s.f.). *tratado de derecho*.
- Murillo. (2014). *Las facultades discrecionales en el Estado Social de Derecho Colombiano: Una aproximación a la discrecionalidad Técnica desde la Doctrina y la Jurisprudencia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Nieto, A. (2002). *Derecho administrativo sancionador*. Buenos Aires: Tecnos.
- Ortega Ruiz, L. (2018). *El acto administrativo en los proceso y procedimientos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Ortiz Ortiz, E. (1981). Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública. *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*.
- Ossa. (2009). *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. Bogotá: Legis.
- Oviedo, G. &. (2010). La Ley de Tecnoligías de la Información y las Comunicaciones (L1341/09). Bogotá: Universidad del Rosario.

- Palacio. (2005). *La contratación de las Entidades Estatales*. Bogotá: Librería Jurídica Sanchez Ltda 5a Edición.
- Parejo, J. C. (1990). *Manual de derecho administrativo*. España: Ariel .
- Peman, I. (2000). *El sistema sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*. Barcelona: Cedecs.
- Pérez & Baeza, c. p. (2013). *Fundamentos de derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Ibañez.
- Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de Edición del tricentenario: <https://dle.rae.es/evidenciar>
- Rebollo & Bueno, c. p. (2013). *Fundamentos Derecho Administrativo Sancionador*. Ibañez.
- Reyes, A. (1972). *Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rios. (1992). Plaza de la Marina Española, Madrid, : *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez. (2013). *La dimencion ética de la función pública*. Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Rodríguez. (2015). *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez. (2017). *Derecho Administrativo General y Colombiano* . En *Vigésima Edición* (pág. 717). Bogotá: Temis.
- Rodríguez. (s.f.). *El debido proceso legal y la cnvención americana sobre derechos humanos*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>.
- Rojas. (2011). *El debido procedimiento administrativo*. *Revista de la facultad de derecho.PUCP* 68, 177-188.
- Rojas. (PUCP 68). *El debido procedimiento administrativo*. *Revista de la facultad de derecho*, 177-188.
- Rojas, E. (2011). *El dbido procedimiento administrativo*. *Derecho PUCP*, 177-188.
- Roman Cordero, C. (2009). *El derecho administrativo sancionador en Chile*. *Revista de Derecho (15105172)*, 89-101.
- SECOPI. (2014). *Acto administrativo No. 105651/2014*. En B. D. IDU. <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProcesoAACS.do?numProcAACS=1596>.
- Soler. (1990). *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*. Tecnos.
- Suárez. (2014). *Cláusula de multas y penal pecuniaria*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho Administrativo.

- Suarez Beltran, G. (2014). *Estudios de derechocontractual público*. Bogotá: Legis.
- Universidad Externado. (2000). El Principio del pacta sunt servanda: y la estipulación de intereses. *Ponencia para el seminario “Régimen de intereses”*, 34.
- Vélez. (1994). *Los dos sistemas de derecho administrativo*. Bogotá: Univeridad Sergio Arboleda.
- Vidal. (2016). Derecho Administrativo. En *Decimocuarta edición* (pág. 2). Medellín : Univerdidad de Medellín.

Jurísprudencia

- Consejo de Estado . (1998, 02 de abril). Radicación 1.089. En J. H. Hidrón.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3545>.
- Consejo de Estado . (2012, 22 de octubre). Sala de lo Contencioso Administrativo . En C. Enrique Gil Botero, *Radicado: 05001-23-24-000-1996-0680-01 (20738)*.
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_cf08881304640194e0430a0101510194.
- Consejo de Estado . (2016). Sentencia 00128/16. En M. German Alberto Bula Escobar.
https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=78294.
- Consejo de Estado. (2003, 02 de octubre). Sección Cuarta, Sentencia Rad: 25000232700020010274–01. En J. Á. C.P..
- Consejo de Estado. (2010, 17 de marzo). Sentencia nº 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394). En R. S. Palacio. <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/587872587>.
- Consejo de Estado. (2010, 23 de junio). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. En C. Enrique Gil Botero, *Radicado No. 16.367*. <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/556837855>.
- Consejo de Estado. (2012, 11 de abril). Sentencia No. 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434). En C. A. Barrera. <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-407899982>.
- Consejo de Estado. (2012, 18 de octubre). Expediente: 25000-23-24-000-2012-00836-01 . En C. María Claudi Rojas Lasso.
[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/AC/25000-23-24-000-2012-00836-01\(AC\)](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/AC/25000-23-24-000-2012-00836-01(AC)).
- Consejo de Estado. (2012, 22 de octubre). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera . En E. G. C.P., *Sentencia No. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)* .
<https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-418388046>.

- Consejo de Estado. (2012, 23 de febrero). Expediente 20810. En M. Ruth Stella Correa.
<http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&bookmark=bf1a977b1c85cd4e419001004a3b8181fcnf9>.
- Consejo de Estado. (2013, 12 de agosto.). Radicación: 11001-03-28-000-2012-00043-00.
En C. Lucy Jeannette Bermudez Bermudez. <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-457897382>.
- Consejo de Estado. (2014, 21 de agosto). Sentencia -00413/14. En C. Guillermo Vargas Ayala.
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_04f00da9de5b01eee0530a01015101ee.
- Consejo de Estado. (2015, 22 de octubre). Sala de lo Contencioso Administrativo . En J. O. C.P., *Radicación: 54001-23-31-000-2002-01809-01 (42523)* .
<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/54001233100020020180901.pdf>.
- Consejo de Estado. (2016 05 de julio). Sala de Consulta y Servicio Civil . En C. Germán Bula Escobar, *Radicado: 11001-03-06-000-2016-00001-00*.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79773>.
- Consejo de Estado. (2016, 19 de agosto). Sala de Consulta y Servicio Civil . En C. Germán Alberto Bula Escobar, *Rad. No.: 11001-03-06-000-2016-00128-00(2307)*.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78294>.
- Consejo de Estado. (2017). Rad: 08001-23-31-000-2010-00600-01(2078-15). En M. William Hernández Gómez.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85919>.
- Consejo de Estado. (2017). Sentencia 2015-2281/17. En M. Stella Jeannette Carvajal Basto.
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_b50ee26677e542fbaa5141e79a06dfb4.
- Consejo de Estado. (2018, 20 de marzo). Radicación Interna: 11001-03-06-000-2017-00196-00. En C. Álvaro Námén Vargas.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88059>.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016, 08 de junio). Radicación: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665). En C. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [http://avancejuridico.com/ElEspectador/sent-25000232600020071017001\(39665\)-16-1.pdf](http://avancejuridico.com/ElEspectador/sent-25000232600020071017001(39665)-16-1.pdf).
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (2018, 05 de julio). Radicación: 200012331000 201000478 01 . En C. A. Barrera.
<http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/07/LeyendaVallenata.pdf>.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo . (2008, 21 de agosto).
Radicación número: 25000-23-24-000-2001-90663-01. En C. Marco Antonio Velilla Moreno.
<http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/F25000-23-24-000-2001-90663-01.pdf>.
- Consejo Superior de la Judicatura. (s.f.). Código Iberoamericano de Etica Judicial.
CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA,
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/5067224/14519461/Codigo+iberoamericano+de+etica+judicial.pdf/b427d6df-bb07-4f48-9bcd-ad2af389cfaa>.
- Corte Constitucional . (09 de julio de 1992). Sentencia C-449/92. *Alejandro Martínez Caballero, M.P.* Bogotá: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-449-92.htm>.
- Corte Constitucional . (1992, 03 de julio). Sentencia No. T-442/92. En S. R. Rodríguez.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-442-92.htm>.
- Corte Constitucional . (1992, 14 de julio). Sentencia No. T-457/92. En M. Ciro Angarita Baron. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-457-92.htm>.
- Corte Constitucional . (1992, 25 de junio). Sentencia No. T-432/92. En M. Simon Rodríguez Rodríguez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-432-92.htm>.
- Corte Constitucional . (1997, 04 de septiembre). Sentencia C-430/97. En A. B. Carbonell.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-430-97.htm>.
- Corte Constitucional . (2001, 29 de agosto). Sentencia C-921/01. En M. Jaime Araujo Rentería. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-921-01.htm>.
- Corte Constitucional . (2002, 02 de abril). Sentencia C-226/02. En M. Alvaro Tafur Galvis.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-226-02.htm>.
- Corte Constitucional . (2002, 29 mayo). Sentencia C-426/02. En M. Rodrigo Escoder Gil.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-426-02.htm>.
- Corte Constitucional . (2006, 18 de octubre). Sentencia C-860/06. En H. A. M.P..
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-860-06.htm>.
- Corte Constitucional . (2008, 09 de julio). Sentencia C-695/08. En M. Jaime Araujo Reintería. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-695-08.htm>.
- Corte Constitucional . (2009, 16 de diciembre). Sentencia T-945/09. En M. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-945-09.htm>.
- Corte Constitucional . (2009, 29 de octubre). Sentencia C-762/09. En M. Juan Carlos Henao Perez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-762-09.htm>.

- Corte Constitucional . (2012, 01 de febrero). Sentencia C-030/12. En L. E. Silva.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm>.
- Corte Constitucional . (2012, 09 de mayo). Sentencia C-331/12. En M. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-331-12.htm>.
- Corte Constitucional . (2012, 14 de marzo). Sentencia T-3275969. En M. Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-204-12.htm>.
- Corte Constitucional . (2013, 20 de mayo). Sentencia T-3.748.679. En M. Nilson Pinilla Pinilla. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-286-13.htm>.
- Corte Constitucional . (2014, 01 de diciembre). Sentencia T-916/14. En M. V. Méndez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-916-14.htm>.
- Corte Constitucional . (2015, 01 de julio). Sentencia C-412/15. En M. Alberto Rojas Ríos. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-412-15.htm>.
- Corte Constitucional. (1994, 20 de octubre). Sentencia C-454/94. En M. Fabio Morón Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-454-94.htm>.
- Corte Constitucional. (1996, 22 de agosto). Sentencia C-386/96. En M. Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-386-96.htm>.
- Corte Constitucional. (1996, 23 de enero). Sentencia No. C-022/96. En M. Carlos Gaviria Díaz. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm#_ftn15.
- Corte Constitucional. (2000, 17 de mayo). Sentencia C-564/00. En M. Alfredo Beltrán Sieira. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-564-00.htm>.
- Corte Constitucional. (2001, 05 de septiembre). Sentencia C- 949/01. En M. Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-949-01.htm>.
- Corte Constitucional. (18 de febrero de 2003). Sentencia C-128/03. *Alvaro Tafur Galvis, M.P.* Bogotá D.C.: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-128-03.htm>.
- Corte Constitucional. (2003, 11 de febrero). Sentencia C-099/03. En M. Jaime Córdoba Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-099-03.htm>.
- Corte Constitucional. (2003, 11 de marzo). Sentencia C-205/03. En C. I. Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-205-03.htm>.
- Corte Constitucional. (2006, 06 de abril). Sentencia T-291/06. En J. A. Rentería. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-291-06.htm>.
- Corte Constitucional. (2007, 13 de junio). SENTENCIA C-478/07. En M. Rodrigo Escobar Gil. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20028399>.

- Corte Constitucional. (2007, 13 de junio). Sentencia C-478/07. En R. E. Gil.
<http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=20028399>.
- Corte Constitucional. (2008, 08 de noviembre). sentencia C 1514. En M. Magistrada Martha Victoria Sáchica Méndez.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1514-00.htm>.
- Corte Constitucional. (2010, 13 de agosto). Sentencia T-629/10. En M. Juan Carlos Henao Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm>.
- Corte Constitucional. (2014, 01 de diciembre). Sentencia T-916/14. En M. Martha Victoria Sáchica Méndez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-916-14.htm>.
- Corte Constitucional. (2014, 04 de junio). Sentencia C-341/14. En M. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>.
- Corte Constitucional. (2014, 14 de junio). Sentencia C-341/14. En M. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>.
- Corte Constitucional. (2014, 26 de marzo). Sentencia C-178/14. En M. María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-178-14.htm>.
- Corte Constitucional. (2016, 10 de febrero). Sentencia T-051/16. En M. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-051-16.htm>.
- Corte Constitucional. (2017, 24 de mayo). Sentencia C-342/17. En M. Alberto Rojas Ríos. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-342-17.htm>.
- Corte Constitucional. (2019, 10 de abril). Sentencia C-163/19. En M. Diana Fajardo Rivera. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-163-19.htm>.
- Corte Constitucional. (2019, 10 de abril). Sentencia C-164/19. En M. Luis Guillermo Guerrero Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-164-19.htm>.
- Corte Cosntitucional. (2009. 07 de octubre). Sentencia C-713/2009. En M. María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-713-09.htm>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal . (2018, 11 de abril). Sentencia SP1036/18 . En M. Eugenio Fernández Carlier.
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_71b3fc79f82744bc861f596bce4e496d.

Normatividad

- Código Civil Colombiano . (31 de mayo de 1873). Artículo 1495. *Ley 84/1873*.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo . (2011).
Artículo 3.[Título I] . Congreso de la República .
- Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo
 [C.P.A.C.A]. (2011). *Artículo. 3. [Título I]*. Congreso de la República .
- Congreso de la República . (1998, 29 de diciembre). Ley 489/98 Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del ar.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html.
- Congreso de la República . (2019, 25 de mayo). Ley 1955/19 . En *Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html.
- Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). Ley 80/93. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Colombia:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html.
- Congreso de la República. (2002, 05 de febrero). Ley 734/2002. En *Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico*.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html.
- Congreso de la República. (2007, 16 de julio). LEY 1150/07 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html.
- Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Ley 1437/11. *Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Artículo 3*. Colombia:
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#PARTE %20PRIMERA](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#PARTE%20PRIMERA).
- Congreso de la República. (12 de julio de 2011). Ley 1474/11. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Colombia:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html.
- Congreso de la República. (2012, 12 de julio). LEY 1564/12 Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.

Congreso de la República. (s.f.). *Artículo 3* [].

Congreso de la República. (s.f.). Proyecto de Ley 163/18. En "*Por medio de la cual se regula las inhabilidades para los condenados por corrupción y.*"
https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/pl_163-18_se_regula_inhabilidades_para_condenados_por_corrupcion_y_delitos.pdf.

Congreso República . (2019, 30 de diciembre). Ley 2014/19 Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, así como la cesión unilateral Administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones .
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=104573>.

Presidencia de la República. (27 de marzo de 1971). Decreto 410/1971. *Código de Comercio*. Colombia:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.

Presidencia de la República. (2015, 26 mayo). Decreto 1082/15. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. En P. d. República.
<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/documento/decreto-1082-de-2015>.