

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Límites / POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Justificación histórica y dogmática / POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Caducidad de los contratos

La caducidad de los contratos ha sido enmarcada dentro de la potestad sancionadora que en la actualidad se reconoce a las administraciones públicas, de forma tal que se enmarca en el ámbito de las prerrogativas de poder que se otorga a las autoridades para la consecución de los intereses generales. Esta capacidad de imponer castigos como respuesta del ordenamiento jurídico ante una acción u omisión prevista como infracción no tuvo un reconocimiento pacífico en las democracias occidentales (...) El derecho administrativo sancionador es un derecho en formación, de forma tal que las construcciones del derecho penal resultan útiles como punto de partida, pero su trasposición no es horizontal se deben matizar y deben adaptar a la praxis administrativa y especialmente responder a los intereses que las organizaciones administrativas gestionan. En otros términos, principios como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son propios del derecho público por lo que las elaboraciones que se utilizan del derecho penal deben ser relativizadas para responder a principios como la eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía, consagrados en el artículo 209 de la constitución. Por consiguiente, en el ámbito administrativo la sanción no es un fin sino un instrumento adicional con el que se cuenta para la consecución de las competencias asignadas, de allí que el poder punitivo que le es confiado deba ser siempre el resultado de la ponderación de dos extremos: el respeto por las garantías sustanciales y procedimentales de los ciudadanos sobre los que la potestad recae y el que se constituya en una herramienta para el correcto ejercicio de las funciones; sin dicha ponderación no es posible explicar en el ámbito administrativo la facultad de imponer un castigo.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el poder punitivo del Estado, consultar Corte Constitucional, sentencia C-117 de 22 de febrero de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño. Consejo de Estado, sentencia de 23 de junio de 2010, MP. Enrique Gil Botero. Respecto a la aplicación de los principios del derecho penal a otras manifestaciones del ius punendi, consultar Corte Constitucional, sentencia C-117 de 22 de febrero de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Declaratoria de caducidad del contrato. Con anterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011 / POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Noción. Definición. Concepto

Hasta antes de la ley 1437 de 2011 no existía una norma general que sirviera para llenar las lagunas que se presentaban en las normas sectoriales, de hecho, el anterior código contencioso administrativo no constituía una herramienta adecuada para acometer una labor de sistematización si se tiene en cuenta que las garantías del debido proceso en su mayoría se enmarcaban en actuaciones en las que se debatía un derecho subjetivo como consecuencia del ejercicio del derecho de petición en interés particular. Es así como, las únicas normas que hacían una referencia directa a la potestad sancionatoria eran los artículos 36 y 38 del anterior Código contencioso administrativo, limitando dos aspectos de la potestad: el tiempo en el que podía ejercerse, señalando una prescripción de 3 años contados a partir de la ocurrencia del hecho calificado como infracción administrativa y la aplicación del principio de proporcionalidad en el momento de imponer las sanciones; esto, sin contar con que muchas sanciones habían sido previstas en las leyes en sus topos mínimos y máximos sin que se regulara lo

referente a los criterios para su adecuación (agravantes o atenuantes de la conducta).(...) La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias, de allí que pueda predicarse que la caducidad es una forma de concretar el deber de dirección general de los contratos y la responsabilidad de control y vigilancia de la efectiva ejecución de las prestaciones. Por ello, el ordenamiento jurídico establece diferentes mecanismos encaminados a evitar la afectación o paralización de los servicios públicos, reconociendo al igual que lo hacía el anterior estatuto poderes unilaterales de interpretación y modificación de las cláusulas contractuales y de terminación de los negocios jurídicos. De igual manera, se establece una verdadera competencia de carácter punitivo cuando se consagra la caducidad.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Sometida al principio de legalidad. Aspectos / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Potestad sancionadora. Aspectos. Especificaciones / POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Reconocimiento en el ámbito contractual

La potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción (...) 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. Como se sostuvo líneas atrás, el Decreto 222 de 1983 reconoció la capacidad de imponer sanciones en varias de sus disposiciones, particularmente en los artículos 13 y 60. A su vez, la ley 80 de 1993 haría lo propio en el artículo 18. (...) 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. El mecanismo procesal para acceder a la justicia es el de solución de controversias contractuales, empero aun cuando se trate de una decisión relacionada con la ejecución del objeto negocial, la acción interpuesta se encamina a la obtención de la nulidad de la decisión por medio de la cual se declaró la caducidad. Por consiguiente, el éxito de las pretensiones depende en todo momento del aporte de las pruebas de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la ilegalidad. De igual forma, la posibilidad de obtención de cualquier restablecimiento o indemnización reclamada está subordinada a que se desvirtúe primero la presunción de legalidad propia de todas las decisiones administrativas

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 13 / DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 60 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 18

NOTA DE RELATORIA: En lo que respecta a la regulación de la posibilidad y forma de pactar las cláusulas exorbitantes en los diversos tipos contractuales, consultar sentencia del Consejo de Estado, de 9 de febrero de 2011, MP. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18735

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Caducidad del contrato. Competencia de carácter reglado o discrecional. Salvedades

Corresponde de igual manera al legislador decidir si la administración ante el supuesto de hecho descrito en la ley puede optar válidamente por declarar o no la caducidad del contrato, o lo que es igual, si la competencia otorgada tiene carácter reglado o discrecional. En el Decreto 222 de 1983 a la autoridad administrativa se le reconoció la capacidad de determinar si ante un incumplimiento grave, la mejor medida a asumir era la finalización anticipada del negocio jurídico o la utilización de otros mecanismos conminatorios (la imposición de sanciones) que puedan viabilizar la ejecución de lo pactado, de igual modo la Ley 80 otorgó capacidad de decisión a la entidad contratante al indicar en el artículo 18 que ésta puede abstenerse de declarar la caducidad siempre y cuando "...adopte las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar." La anterior afirmación es ajustada al ordenamiento jurídico siempre y cuando se realice la siguiente salvedad: Si se constata el supuesto de hecho descrito en la norma y después de sopesar todas las posibilidades de actuación se llega a la conclusión de que las medidas de control e intervención con que se cuenta no garantizan la ejecución del objeto contratado o haciéndolo no resultan proporcionales al ser mayor el costo que el beneficio que se recibe con el mantenimiento del vínculo contractual, la declaratoria de caducidad deja de ser discrecional y se convierte en reglada y de no hacerse uso de ella los funcionarios incurrirían en las responsabilidades que son propias de su condición de servidores públicos por un actuar claramente omisivo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983

POTESTADES OTORGADAS A LA ADMINISTRACION - No son absolutas. Deben ser limitadas para que su ejercicio no sea arbitrario / POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Carácter temporal / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Procedimiento. Límite temporal

Al igual que los derechos reconocidos a los ciudadanos, las potestades otorgadas a la Administración no son absolutas y por lo tanto deben ser limitadas para que su ejercicio no sea arbitrario. En el ámbito sancionatorio una de las garantías más importantes reconocidas al ciudadano, es precisamente la certeza sobre el carácter temporal del uso del poder punitivo del Estado. Se trata de un presupuesto de seguridad jurídica, ya que ante la inactividad del aparato administrativo el ordenamiento jurídico prevé una consecuencia: la pérdida de competencia para imponer el castigo e incluso para adelantar el procedimiento mismo. De igual forma, no se puede concebir un poder punitivo indefinido, pues por razones de orden público e interés general, no cumple función preventiva alguna la sanción que se impone en periodos de tiempo prolongados luego de que se ha cometido la infracción, lo cual se acompasa con el carácter mínimo de intervención del ius puniendi. (...) Al igual que ocurre en materia penal, el trascurso 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. El decreto 222 de 1983 en el artículo 64 al regular lo referente al procedimiento para la declaratoria de caducidad no hizo mención expresa al límite temporal para el uso de dicha prerrogativa, sin embargo dos argumentos llevan a la jurisprudencia a sostener que esta terminación anticipada producto del poder sancionador de la administración se puede ejercer mientras el contratista se encuentre obligado a la ejecución del objeto contractual: 1. La reiteración de que el uso de otras cláusulas exorbitantes (modificación, interpretación y terminación unilateral) se debe realizar en el plazo estipulado para la ejecución del negocio jurídico, y; 2. El que la finalidad de la caducidad sea evidentemente evitar la paralización de la actividad encomendada al contratista. Igual razonamiento se desprende de lo regulado en la 80 de 1993, sobretodo si se tiene en cuenta que el artículo 18 señala que los hechos constitutivos de incumplimiento deben afectar de manera grave y directa el desarrollo del objeto contractual.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983

DECLARATORIA DE CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS - Procedimiento. Regulación normativa. Vacíos / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS - En vigencia de la Ley 1437 de 2011 / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - Ley 1437 de 2011

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no establecía el procedimiento para la declaratoria de caducidad, razón por la cual debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 77 del mismo cuerpo normativo, en el que se preceptuaba que los vacíos o lagunas que se presentaran para el adelantamiento de las actuaciones administrativas contractuales debía resolverse aplicando, en cuanto fueran compatibles, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa. Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que al ser el debido proceso un principio rector en materia sancionatoria era obligación de las autoridades aplicar un procedimiento mínimo que garantizara los derechos de contradicción y defensa, o lo que es igual, debía asegurar que la decisión estuviera precedida de audiencia del afectado. A su vez, la jurisprudencia de la Corporación indicó que los vacíos del procedimiento para la imposición de una sanción se debían llenar acudiendo al procedimiento administrativo general consagrado por el legislador, como consecuencia de ello no era competencia de la autoridad establecer las etapas en que esta clase de actuaciones se dividían, cosa distinta era la posibilidad de auto-organizarse internamente a efectos de tramitar el expediente respectivo. (...) debe sumarse la regulación hecha en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de forma tal que en la actualidad existe un cause procedimental para la declaratoria de caducidad. Aun así, no se debe dejar de lado que el nuevo código de procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurría con el decreto 01 de 1984, establece un procedimiento administrativo sancionatorio, que si bien es cierto constituye una actuación administrativa especial tiene un carácter general para aquellas autoridades que tienen encomendadas la competencia de imponer sanciones ante la ocurrencia de infracciones administrativas. Lo anterior significa que, ante los vacíos o lagunas que se presenten en las actuaciones contractuales de carácter sancionatorio (en este caso la declaratoria de caducidad) la autoridad administrativa debe llenarlos, en primer lugar, con las disposiciones de la ley 1437 de 2011 que regulan lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 a 52) y, sólo en aquellos eventos en los que las lagunas sigan presentándose, acudir al procedimiento administrativo general consagrado en el mismo cuerpo normativo.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 / LEY 1474 DE 2011 - ARTICULO 86

NOTA DE RELATORIA: Respecto a los vacíos del procedimiento para la imposición de una sanción y su regulación normativa, consultar sentencia del Consejo de Estado, de febrero de 2010, MP. Enrique Gil Botero, exp. 36054

FALLO EXTRAPETITA - Causa petendi. Marco de juzgamiento / CAUSA PETENDI - No puede ser modificada

Como ya ha reiterado la jurisprudencia de esta corporación en varias oportunidades, el control de legalidad que el juez contencioso administrativo realiza no es general sino particular y concreto. Es decir, el análisis que haga el operador jurídico sólo puede circunscribirse a los motivos de violación que se alegan en el proceso. La jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada, por ello, se afirma que quien decide, no puede de oficio señalar razones de contradicción entre la norma demandada y la supuestamente infringida; esta posibilidad sólo es permitida por el ordenamiento jurídico cuando se constata la afectación de un derecho fundamental. Así, el concepto de la violación constituye la causa petendi en el proceso, motivo por el cual si esta Sala al intentar desentrañar si las razones esgrimidas por el demandante comprometen la legalidad de la resolución demandada, extiende su análisis a cada uno de los supuestos señalados como indispensables para que la potestad sancionadora no incurra en arbitrariedad, sería modificar dicha causa petendi al incorporar en el proceso razones no alegadas; en otras palabras, se estaría decidiendo por fuera de lo pedido (“extra petita”), porque son precisamente los argumentos traídos por el demandante al proceso los que “determinan el marco de juzgamiento.”

SANCION ADMINISTRATIVA - Declaratoria de caducidad del contrato. Terminación anticipada de la relación jurídica / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Sanción para el contratista. Inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con el Estado durante el período fijado por el legislador / CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Sanción administrativa. Ejercicio del ius puniendi

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.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la sanción administrativa y la terminación anticipada de la relación jurídica, consultar sentencia del Consejo de Estado de febrero 23 de 2012, MP. Ruth Stella Correa, exp. 20810

LA CADUCIDAD DEL CONTRATO Y LA SANCION ADMINISTRATIVA - Noción. Definición. Concepto / LA SANCION Y LA INFRACCION - Coexistencia

El concepto de sanción administrativa del que hace parte la caducidad debe definirse en primer lugar por su objeto, toda vez que se trata de un “mal que

impone la administración a un sujeto (en este caso contratista). Se está entonces frente a un mecanismo de carácter coercitivo, que implica la privación de un derecho o de un bien jurídico como respuesta a la realización de un comportamiento o conducta humana. La reacción de la administración no es otra cosa distinta que una respuesta habilitada por el ordenamiento jurídico cuando se presenta un incumplimiento de una norma (incumplimiento que está tipificado como infracción administrativa) al incurrir en el desconocimiento de un deber, abusar de una situación subjetiva reconocida o incurrir en una prohibición. La sanción y la infracción deben coexistir necesariamente, pues aun cuando hayan conductas prohibidas y consideradas ilegales si frente a éstas no se contempla una reacción que implique la disminución de un bien jurídico no pueden enmarcarse como ilícito administrativo. Así mismo, a las autoridades administrativas se les confía el uso de instrumentos cuya finalidad no es el “castigo - prevención” sino el restablecimiento del orden alterado, la reparación del daño causado o la utilización de la coacción para conseguir un fin deseado, caso en los cuales no puede jurídicamente hablarse de una pena, ya que el elemento que permite su identificación es precisamente su naturaleza represiva.

CADUCIDAD DEL CONTRATO - Sanción administrativa. Elementos. Efectos

La caducidad es una sanción administrativa porque se pueden identificar cada uno de los elementos de la definición ofrecida: 1. Se inflige un mal al contratista: La finalización anticipada del vínculo contractual sin que se tenga derecho a indemnización alguna, así como la generación de una inhabilidad para contratar por un término de 5 años a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad; 2. El mal dispensado es consecuencia de una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico: generar un incumplimiento de las obligaciones contractuales de tal envergadura que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, y; 3. Se priva al contratista de un bien jurídico consistente en alterar una posición de ventaja contractual: éste no sólo no puede finalizar el contrato sino que además no recibe indemnización por los perjuicios que la medida ocasione sobre su patrimonio. Adicionalmente, se afecta su derecho a participar en cualquier proceso selectivo y por supuesto a suscribir negocios jurídicos con entidad pública alguna. No obstante lo anterior, en la resolución que declara la caducidad se prevén efectos adicionales a los indicados, razón por la cual resulta pertinente preguntarse si éstos también tienen el carácter de sanción administrativa.

SANCION ADMINISTRATIVA - Medidas

Una sanción administrativa puede estar acompañada de: a. Medidas tendientes a restablecer el orden jurídico alterado. En este supuesto la decisión de la administración se encamina a volver las cosas al estado anterior, como se encontraban antes de que la conducta ilícita fuera desplegada. Los ejemplos son abundantes en el ordenamiento jurídico colombiano, pues la multa en ámbitos como el urbanístico, el ambiental o el sanitario se ve acompañada de la orden de demolición de edificios o construcciones realizadas ilegalmente, el sellamiento de establecimientos que funcionan por fuera de las normas que regulan el sector o el decomiso de sustancias o especies poseídas en contravía de disposiciones legales y reglamentarias. Se trata en estricto sentido de una manifestación propia del poder de policía administrativa restablecedora de la legalidad. En el ámbito contractual la declaratoria de caducidad lleva implícita la adopción de estas medidas. Así, la sola terminación del contrato sin incluir el efecto de la no indemnización (esto si es sanción), la toma de posesión de la obra por parte de la entidad y la declaratoria de siniestro para hacer efectivas las garantías o pólizas

de cumplimiento, no son otra cosa distinta a instrumentos utilizados por la entidad contratante para evitar la paralización del objeto contratado o, en caso de que ésta se haya dado, reactivar su ejecución para finalizar la obra o prestar el servicio público de que se trate. Con estas decisiones no se persigue imponer un castigo sino llevar a feliz término el contrato. b. Medidas tendientes a obtener una reparación de perjuicios. Se trata del reconocimiento que de tiempo atrás se ha hecho respecto de la infracción administrativa como hecho generador de un daño antijurídico, el cual puede derivarse de una relación contractual o extracontractual. De este modo, tradicionalmente se ha aceptado que la responsabilidad patrimonial es compatible con la responsabilidad punitiva y, en el ámbito administrativo se ha previsto que su declaratoria se realice al culminar el procedimiento administrativo como una de las principales consecuencias que se derivan de la imposición de la sanción, ya que la determinación de la ocurrencia de un ilícito administrativo conlleva a su vez la posibilidad de realizar una imputación de los perjuicios patrimoniales causados. (...) c. Medidas tendientes a disuadir o a obtener el cumplimiento de una obligación. Es normal que los ordenamientos jurídicos reconozcan en cabeza de las autoridades administrativas el ejercicio de competencias que aun cuando son coercitivas no tienen carácter punitivo, las cuales traen su causa en el incumplimiento de alguna obligación e intentan superar esta circunstancia, de forma tal que a diferencia de la sanción no se parte de una infracción y no tienen como finalidad imponer una pena que el culpable de la situación creada debe padecer.

INCUMPLIMIENTO GRAVE EN LA EJECUCION DE OBLIGACIONES PACTADAS EN LA CONTRATACION ESTATAL - El ilícito administrativo y el ilícito civil / INCUMPLIMIENTO GRAVE EN LA EJECUCION DE OBLIGACIONES PACTADAS EN LA CONTRATACION ESTATAL - Ilícito civil. Cláusula penal pecuniaria

En la contratación estatal colombiana, el incumplimiento grave en la ejecución de las obligaciones pactadas que amenacen con la paralización de la obra o el servicio que se quiere prestar o gestionar se puede analizar desde una doble perspectiva. De un lado es un ilícito administrativo que da lugar a la declaratoria de caducidad como ejercicio de la potestad sancionadora reconocida a la autoridad administrativa; de otro, constituye un ilícito civil que genera en cabeza del contratista el deber de responder por los perjuicios que su actuar le ocasionó a la Administración pública. Por este motivo, uno de los efectos que prevé el ordenamiento jurídico es precisamente el que la entidad administrativa pueda hacer efectiva de manera directa la denominada cláusula penal cuando ejerce su poder punitivo, sin que esto se traduzca en que no pueda hacerse efectiva de forma separada e independiente.

MEDIDAS TENDIENTES A LA REPARACION DE PERJUICIOS - Cláusula penal pecuniaria / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA EN LOS CONTRATOS ESTATALES - Artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983 / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA EN LOS CONTRATOS ESTATALES - Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 / CLAUSULA PENAL - Sanción civil que corresponde a un ilícito civil. No tiene la naturaleza de carácter punitivo / CLAUSULA PENAL - Finalidad

El Decreto 222 de 1983 regulaba, expresamente, lo concerniente a la cláusula penal pecuniaria en los contratos de la administración. En el artículo 72 disponía la obligación de las entidades estatales de pactarla y, además, confería a la autoridad la potestad de imponerlas directamente, luego de que se presentaran los requisitos legales que se exigían para ello. (...) De la norma transcrita se destacan tres aspectos: 1. La Ley imponía de forma obligatoria a las entidades estatales el

pactar la cláusula penal pecuniaria, salvo en el caso del contrato de empréstito; 2. Se reconoce a la autoridad la capacidad de hacerla efectiva directamente, y; 3. Su imposición no podía hacerse sin que se adelantara un procedimiento administrativo en el que se asegurara la aplicación del principio de proporcionalidad. En la actualidad la facultad de pactar cláusula penal, así como de hacerla efectiva directamente se encuentra establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 (...) La legislación vigente mantiene la misma filosofía establecida en el Decreto 222 de 1983, diferenciándose en que ahora no es obligatorio pactar la cláusula penal sino que este es un aspecto que dependerá en todo momento del acuerdo de voluntades. De otro lado, la cláusula penal es una sanción civil que responde a un ilícito civil, de forma tal que no tiene una naturaleza de carácter punitivo, pues la finalidad que a través de ella se persigue no es la de prevenir la afectación de un bien jurídico (la puesta en peligro) o la de castigar o reprimir un comportamiento sino la de asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, a través de la exigibilidad de una pena establecida en el acto jurídico negocial.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 72 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 17

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia del Consejo de Estado, de 13 de noviembre de 2008, MP. Enrique Gil Botero, exp. 17009, sentencia de 30 de noviembre de 2009 MP Alíer Hernández, exp. 31941 y sentencia de septiembre 13 de 1999 MP Ricardo Hoyos, exp. 10264

CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Teoría de la infracción administrativa / ACTUACION SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION - Aplicación de los principios de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad

La aplicación de los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son predicables de toda actuación sancionatoria confiada a la Administración; ahora bien, no se trata de una aplicación idéntica a la que realiza el derecho penal, en razón a que éstos deben modularse para acomodarse a las particularidades de la actuación administrativa. A su vez, la construcción general de una teoría de la infracción administrativa no implica desconocer que cada ámbito de la administración presenta especificidades que conllevan a la necesidad de un análisis sectorial de los mencionados principios.

SANCION ADMINISTRATIVA - La conducta objeto de sanción debe ser típica / TIPICIDAD DE LAS INFRACCIONES - Existencia de la *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*

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*." (...) La disposición constitucional en comento impone al legislador el deber legal de tipificar las infracciones, cosa distinta es que le otorga la posibilidad de decidir si él va a delimitar todos y cada uno de los elementos que conforman la infracción administrativa o si por el contrario parte de esta tarea se va encomendar a la autoridad administrativa. Así

las cosas, la prohibición que se desprende de la Carta política es la de que sea el reglamento quien de forma exclusiva defina en que consiste el comportamiento que de presentarse ameritaría sanción, pues este obrar si conllevaría una usurpación de las funciones que corresponde a la rama legislativa. Esta interpretación es armónica con el artículo 113 de la norma fundamental, toda vez que en Colombia la construcción del modelo de Estado se ha hecho sobre el principio de colaboración armónica entre los diferentes poderes públicos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 122

CONTRATACION ESTATAL - Imposición de una sanción administrativa. Exigencias / TIPICIDAD DE LA CONDUCTA - Aplicación de la garantía de la *lex scripta*

La aplicación de la garantía de “*Lex scripta*” al ámbito de la Contratación Estatal se puede enmarcar en lo descrito previamente. Tratándose de caducidad administrativa, el legislador optó por un desarrollo completo de la infracción administrativa, ya que señaló que la sanción se impondría cuando el contratista incurriera en hechos constitutivos de incumplimiento que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.” De forma tal que se reguló la totalidad de los elementos del tipo administrativo: el sujeto activo (la entidad contratante); el sujeto pasivo (el contratista incumplido), el verbo rector (incurrir en hechos constitutivos de incumplimiento), y; elementos descriptivos y normativos (el incumplimiento debe ser grave, incidir en la ejecución directa del contrato y evidenciar que puede conducir a su paralización).

CONTRATACION ESTATAL - Imposición de una sanción administrativa. Exigencias / TIPICIDAD DE LA CONDUCTA - Aplicación de la garantía de la *lex previa*

La exigencia de “*Lex previa*” es una garantía de carácter “absoluto” toda vez que su alcance no difiere en el ámbito administrativo (tampoco en materia de contratación estatal) de aquel otorgado en el derecho penal. Se trata de una materialización concreta del principio de seguridad jurídica al referirse de manera específica a la necesidad de que el comportamiento considerado como infracción y la sanción a imponer estén predeterminadas, o lo que es igual, la imposibilidad de ejercer potestad sancionadora alguna si no existe una norma que con antelación a la comisión de la conducta señale que ésta constituye un ilícito administrativo. En consecuencia, se trata del establecimiento de un mandato: las disposiciones sancionatorias no pueden aplicarse de manera restrictiva, salvo en aquellos supuestos en los que de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución la aplicación de la ley posterior sea más favorable.

CONTRATACION ESTATAL - Imposición de una sanción administrativa. Exigencias / TIPICIDAD DE LA CONDUCTA - Aplicación de la garantía de la *lex certa*

La última exigencia es la referente a la necesidad de una “*lex certa*”, se trata también de una garantía de orden sustancial consistente en que el contenido de la infracción debe ser lo suficientemente claro y preciso para que aquel a quien va dirigida comprenda en que consiste la infracción administrativa. Es cierto que en el

derecho administrativo sancionatorio se permite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que en la labor de subsunción que realiza el operador deben ser concretados; no obstante, la existencia de los mismos no implica discrecionalidad de la administración para decidir el contenido del ilícito, porque como muy bien lo ha sostenido la doctrina, dichos conceptos indeterminados admiten sólo una solución posible, de tal manera que no existe una libertad de elección por parte de la autoridad. Por contera, es inconstitucional (si se trata de la ley) o ilegal (si se trata del desarrollo reglamentario) expresiones vagas que le otorguen al ente sancionatorio la posibilidad de decidir cual es el contenido del comportamiento prohibido, esto no sólo genera inseguridad jurídica sino que a todas luces es contrario al principio de igualdad.

CONTRATACION ESTATAL - Imposición de una sanción administrativa. Exigencias / ANTIJURICIDAD DE LA CONDUCTA - Presupuestos

El segundo presupuesto para imponer una sanción administrativa es que el comportamiento además de ser típico sea antijurídico. En la construcción tradicional del derecho penal se ha exigido que la conducta no sólo contradiga el ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal) sino que además dicha acción u omisión lesione de manera efectiva un bien jurídico o por lo menos lo coloque en peligro (antijuridicidad material). Esta construcción constituye el punto de partida para la delimitación de este presupuesto en el derecho administrativo sancionatorio, sin embargo como ocurre con otras instituciones y principios es inevitable que sea objeto de matización y por ende presente una sustantividad propia. (...) el derecho administrativo sancionador se caracteriza por la exigencia de puesta en peligro de los bienes jurídicos siendo excepcional el requerimiento de la lesión efectiva. (...) el incumplimiento contractual cuando se dan los presupuestos de la declaratoria de caducidad además de generar un ilícito administrativo genera un ilícito civil que tiene consecuencias patrimoniales y no punitivas, pero respecto del cual también se exige el elemento antijuridicidad.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de la Sección Tercera Subsección C, del 18 de julio de 2012, MP. Enrique Gil Botero

CONTRATACION ESTATAL - Imposición de una sanción administrativa. La conducta objeto de sanción debe ser culpable / EXIGENCIA DE CULPABILIDAD - Principio de personalidad de las sanciones

La culpa se constituye en el factor exclusivo de atribución en el ámbito sancionatorio. Por contera, la posibilidad de declarar responsabilidad depende en todo momento de la necesaria realización de un juicio de reprochabilidad que implica que sólo actúa culpablemente aquella persona que de acuerdo con el ordenamiento jurídico podía proceder de otra manera; por consiguiente, luego de este juicio genérico de culpabilidad si procede aplicar técnicas concretas para su determinación (imputación propiamente dicha) precisando (de acuerdo con el injusto) si el comportamiento se realizó a título de dolo o culpa. (...) salvo disposición expresa en contrario, al operador administrativo corresponde constatar la existencia del elemento culpabilidad y para ello debe acreditar tres componentes: 1. La imputabilidad, toda vez que debe establecer que el sujeto pasivo del poder punitivo tiene la capacidad de responder; 2. La relación psíquica entre el administrado sobre el que recae la sanción y el hecho descrito como infracción administrativa. En otros términos debe establecer la intención y determinar si se actuó a título de dolo o culpa, y; 3. La no existencia de supuestos facticos que excluyan la responsabilidad. (...) la exigencia de culpabilidad tiene como manifestación en el derecho administrativo sancionatorio el principio de

personalidad de las sanciones, mediante el cual se impone un límite al ius puniendi del Estado comoquiera que la responsabilidad derivada del ilícito administrativo no puede extenderse a un sujeto distinto del infractor, llegar a una conclusión distinta supondría suprimir la exigencia de dolo o culpa en la realización del supuesto de hecho prohibido en la norma.

PRESUNCION DE INOCENCIA - Garantía del indubio pro administrado / PRINCIPIOS DE PRESUNCION DE INOCENCIA Y DEL IN DUBIO PRO ADMINISTRATIVO - Admiten modulaciones en derecho administrativo sancionatorio / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA - Excepción. Únicamente corresponde al legislador

La presunción de inocencia va acompañada de otra garantía: “el in dubio pro administrado”, toda vez que si el Estado no cumple con la carga probatoria que le corresponde y existen dudas razonables respecto de la responsabilidad de quien esta siendo objeto de investigación, la única respuesta posible es la exoneración. No obstante lo anterior, es indispensable señalar que los principios de presunción de inocencia y de “in dubio pro administrado”, admiten modulaciones en derecho administrativo sancionatorio que incluso podría conducir a su no aplicación, es decir procedimientos administrativos sancionatorios en los que se parte de la regla inversa. (...) No se trata de un régimen de responsabilidad objetiva sino de una reasignación de la carga probatoria, la responsabilidad sigue siendo subjetiva porque como se desprende de lo afirmado existe la posibilidad de exoneración comprobando un comportamiento ajustado al deber objetivo de cuidado. Es necesario indicar que la posibilidad de excepcionar el principio de presunción de inocencia sólo corresponde en nuestro sistema al legislador, quien en el momento de regular las particularidades de los diferentes procedimientos administrativos sancionadores, debe hacer un juicio constitucional de razón suficiente para delimitar aquellos supuestos en los que la inversión de la carga de la prueba se justifica al servir de instrumento de protección de intereses colectivos y, por ende, evitar que la infracción desemboque en daños irreversibles o en motivos relacionados con el correcto obrar de la administración pública y el cumplimiento de deberes impuestos a los ciudadanos.

CONTRATACION ESTATAL - Imposición de una sanción administrativa. La conducta objeto de sanción debe ser culpable / CULPABILIDAD - Aplicación del principio de atribuibilidad / COMISION DE LOS HECHOS - a título de dolo o culpa

La culpabilidad comprende un principio de atribuibilidad, es decir que debe constatarse que los hechos se cometieron a título de dolo o culpa. En principio podría pensarse que se trata de una aplicación idéntica a la realizada en el derecho penal, no obstante, al igual que ocurre con los restantes componentes de la infracción (tipicidad y antijuridicidad) es necesario compatibilizar la garantía reconocida en cabeza del ciudadano con el interés público o colectivo que gestiona el aparato administrativo, ecuación que sólo puede conducir a una matización de la construcción penalista y a la identificación de reglas claras que aporten sustantividad al derecho administrativo sancionatorio.

COPIAS SIMPLES - Valor probatorio. Valoración probatoria

En el proceso fueron aportados algunos documentos en copia simple por la parte demandante y por la parte demandada, circunstancia que, prima facie, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales recientes, se

reconocerá valor a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el auto de pruebas y que, por consiguiente, respecto de la misma se surtió el principio de contradicción.

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Regulación normativa / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C. (...) las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES – Artículo 11 de la Ley 1395 de 2010

Es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción (...) las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia. (...) la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011 Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor - las partes o terceros-. (...) con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 308 / LEY 1395 DE 2010

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 16 del Decreto 1736 de 2012 que derogó el inciso primero del artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A. (...). al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso a partir de la entrada en vigencia. 1 de enero de 2014

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes: (...). Cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachén de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 243 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 245 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 627.6

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Procedencia. Aplicación del principio constitucional de la buena fe

La Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene

inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–. En el caso sub examine, cada parte pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la contraparte, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 83 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 229 / DECRETO LEY 1400 DE 1970 / DECRETO LEY 2019 DE 1970 / LEY 270 DE 1996 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11 / LEY 1437 DE 2011 / 1564 DE 2012

CADUCIDAD DEL CONTRATO - Sociedad Vélez Mesa y Cía. Ltda y Empresas Públicas de Medellín / EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA CONTRACTUAL - Límite temporal / IMPOSICION DE LA SANCION - Dentro del plazo de ejecución del contrato / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Un día antes del plazo pactado para su ejecución / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Validez / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Competencia para decidir dentro del plazo de ejecución del contrato. Procedencia

La posibilidad de ejercer la potestad sancionadora en materia contractual encuentra un límite temporal, razón por la cual, para que sea correctamente ejercida la sanción debe ser impuesta mientras el contratista se encuentre obligado a la ejecución del objeto contractual. Se está frente al elemento competencial del acto administrativo sancionatorio, al periodo establecido por el legislador para que la administración haga uso del ius puniendi, pues su ejercicio

no puede ser indefinido porque de serlo se estaría ante el reconocimiento de una situación generadora de inseguridad jurídica. De las disposiciones del Decreto 222 de 1983 (especialmente del artículo 64) se desprende con claridad que el legislador quiso que la administración contará con la posibilidad de utilizar el poder sancionatorio durante la etapa de ejecución del contrato, razón por la cual es sencillo concluir que el hecho de que la decisión de declaratoria de caducidad se tome un día antes de su vencimiento del plazo fijado en el negocio jurídico no produce la invalidez del acto administrativo, pues se insiste, mientras este periodo no haya finalizado se tiene competencia para decidir.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 64

VALIDEZ DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Es separable del tema de su eficacia

En la construcción que en el ordenamiento jurídico se ha hecho de los actos administrativos, su legalidad depende de que en el procedimiento que antecede su expedición se haya respetado en todo momento el debido proceso y que se configuren en debida forma cada uno de sus elementos. Por ende, desvirtuar la presunción de legalidad implica que la parte demandante demuestre que la decisión administrativa se expidió sin competencia, incurriendo en desviación de poder, con falsa motivación, pretermitiendo los causes procedimentales exigidos por la ley o desconociendo, en el caso de la declaratoria de caducidad, los principios que deben regir la actividad sancionatoria de la Administración de acuerdo con lo que en esta sentencia se ha desarrollado. La notificación del acto administrativo no condiciona entonces la validez de la decisión, pues se trata de un trámite posterior encaminado de forma exclusiva a dotarla de eficacia.

NOTIFICACION PERSONAL DE UN ACTO ADMINISTRATIVO INDIVIDUAL - Aunque sea desfavorable por imponer una sanción, es un presupuesto de eficacia

La notificación personal de un acto administrativo individual, aunque sea desfavorable por imponer una sanción, es un presupuesto de eficacia. Ello es así porque aun cuando la decisión administrativa ya existe y es válida no puede ejecutarse sin que sea previamente conocida por el destinatario. Es un requisito para que la administración pública pueda hacer uso del poder de autotutela que le es reconocido y que se traduce en la posibilidad de hacer valer sus manifestaciones unilaterales de la voluntad sin necesidad de acudir al aparato jurisdiccional. Así las cosas, el que la declaratoria de caducidad hubiera sido notificada a la Sociedad Vélez Mesa por fuera del plazo de ejecución del contrato no produce como consecuencia la invalidez de la decisión administrativa toda vez que su único efecto real es condicionar la posibilidad de la ejecución de la sanción y de las consecuencias que de ella se desprenden (medidas encaminadas a restablecer el orden turbado o a reparar los perjuicios causados). De igual modo, el que la decisión se hubiera proferido un día antes del vencimiento del tiempo acordado tampoco conduce a la nulidad perseguida por el actor, comoquiera que EPM actuó respetando el factor temporal que enmarcaba su competencia.

DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - La imposición de multas no es un requisito de procedibilidad / IMPOSICION DE MULTAS COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO - Improcedencia

Las multas en materia contractual son medidas de carácter disuasorio cuya finalidad es superar el incumplimiento de las obligaciones contractuales. De allí que se haya afirmado también que aun cuando en muchos supuestos puedan anteceder la imposición de la sanción administrativa, no condicionan la validez de declaratoria de caducidad puesto que su imposición como manifestación de la potestad ejecutora reconocida en manos de la autoridad es independiente y no se constituye en un requisito de procedibilidad. (...) no es cierto que la utilización de las medidas conminatorias se constituya como un presupuesto del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración por mandato de los artículos 62 y 71 del Decreto 222 de 1983, comoquiera que, la primera disposición hace referencia a las causales que dan lugar a la caducidad mientras que la segunda reconoce una facultad (discrecionalidad en cuanto a su utilización) en cabeza de la autoridad para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, sin que esto conlleve convertirla en un requisito de procedibilidad, pues lo que el estatuto contractual aplicable exigía de manera obligatoria era su inclusión mas su no su utilización.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 62 / DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 73

LIQUIDACION UNILATERAL DE LOS CONTRATOS - Revisión por parte del Juez. Supuestos

La liquidación unilateral de los contratos pueden ser objeto de revisión por parte del juez a través de dos vías: 1. Cuestionando directamente los actos administrativos, pues lo que se considera no ajustado al ordenamiento jurídico es la forma como la administración realizó el cruce de cuentas. Es decir, se trata de un debate sobre el alcance económico de las prestaciones, y; 2. De manera indirecta, cuando lo que se demanda es la terminación anticipada del contrato (en el caso que nos interesa la declaratoria de caducidad), supuesto en el cual debe primero demostrarse que la imposición de la sanción fue ilegal para habilitar al juez a que asuma el estudio del contenido económico de las obligaciones contractuales, toda vez que en este supuesto la liquidación se mira en conjunto con la medida punitiva al ser una consecuencia de la misma ya que, como se dijo, persigue restablecer el orden alterado. La anterior afirmación no puede conducirnos a equívocos: las diferencias económicas deben ser analizadas luego de que se haya encontrado que el acto administrativo no es ajustado al ordenamiento jurídico, sin embargo, en algunas ocasiones el argumento para atacar la validez de la decisión de la Administración es precisamente el que el incumplimiento del contratista se debe a un no cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad estatal. Se trata de un argumento tendiente a demostrar que la no ejecución del contrato se imposibilitó precisamente porque la autoridad contratante no realizó las prestaciones que de ella se esperaban, en otros términos, se intenta demostrar que no hay culpa del contratista puesto que la actividad de la entidad contratante es determinante para el desarrollo del objeto contratado.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)

Actor: SOCIEDAD VELEZ MESA Y CIA LTDA.

Demandado: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia proferida por los Tribunales Administrativos de Antioquia Caldas y Chocó (Sala de Descongestión) el 13 de diciembre de 2000, en el proceso de la referencia, y en la que se decidió acceder a las súplicas de la demanda¹.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La presentó la sociedad VELEZ MESA Y CIA LTDA a través de apoderado judicial, contra las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, en adelante EPM, el 19 de abril de 1996² y fue admitida en auto del 18 de junio de 1996³.

El texto de las pretensiones fue el siguiente:

“1. Que se declare la nulidad de la Resolución 25854 del 19 de abril de 1994, por medio de la cual se declara la caducidad del contrato 2/DJ-659/13, y de la Resolución 30576 del 23 de septiembre de 1994 por medio de la cual se decidió no reponer la resolución 25854. Resoluciones ambas expedidas por las EE.PP. de MEDELLÍN.”

“2. Que como consecuencia de la anterior declaración se profieran las siguientes decisiones:

¹ Folio 172 a 231 del cuaderno principal.

² Folios 47 a 68 del cuaderno 1. Atendiendo los requerimientos del Tribunal se Reformó en algunos aspectos la demanda. Folios 72 y 73 del Cuaderno 1.

³ Folio 77 del cuaderno 1.

“a. Condenar a la demandada EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN a pagarle a la demandante VELEZ MESA Y CIA LTDA., con corrección monetaria, las sumas de dinero que haya tenido que cancelar por concepto de cláusula penal pecuniaria, que en la Resolución 25854 se ordenó hacer efectiva.

“b. Condenar a la demandada a pagarle a la demandante todos los perjuicios sufridos o que llegare a sufrir en razón de la declaratoria de caducidad y que se determinan en los hechos de la demanda.

“c. Condenar a la demandada a pagarle a la demandante todas las sumas de dinero que ésta haya tenido que cancelar a la compañía FENIX DE COLOMBIA S.A. en virtud de las pólizas que debió tomar para la celebración y perfeccionamiento del contrato cuya caducidad se declaró, con corrección monetaria e intereses.

“d. Que se disponga que la demandante VELEZ MESA Y CIA LTDA. no está inhabilitada para celebrar contratos con entidades públicas con base en las resoluciones cuya nulidad se solicita.

“e. Que se ordene a la demandada cancelar el registro de la caducidad decretada a la demandante y se restaure su nivel de clasificación.”

En síntesis, los hechos presentados por el actor fueron los siguientes:

1. VELEZ MESA celebró con EPM el contrato No. 2/DJ-659/13, cuyo objeto era la reposición de redes y obras necesarias de alcantarillado, grupo 1, comunas 1, 3 y 4 de Medellín por valor de \$222.241.960. Se pactó un plazo de ejecución de 240 días solares a partir del 23 de agosto de 1994, de forma tal que vencía el 20 de abril de 1994.

2. El 19 de abril de 1994, un día antes del vencimiento, el gerente general de EPM profirió la Resolución No 25854 por medio de la cual declaró la caducidad del contrato. La notificación se surtió el 25 de abril y contra ella se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución No 30576 de septiembre de 1994, notificándose el 4 de octubre del mismo año.

3. Los retrasos en la ejecución contractual no son atribuibles al contratista sino ajenos a su voluntad. Se resalta:

- Cambio del objeto contractual, comoquiera que éste buscaba la reposición de redes, pero en virtud de proyectos nuevos creados por EPM, se ejecutaron 1832ML de tubería de concreto, con solo la reposición de 36,86 ML de tubería.

- La inseguridad del sector que condujo a la sustracción de diferentes elementos de trabajo, entre ellos un volqueta. Adicionalmente, los ingenieros fueron amenazados.

- Retrasos en los pagos que debía hacer EPM.

- Oposición violenta de los residentes de algunos sectores a la ejecución de las obras.

- A pesar de que la adjudicación se hizo en el primer trimestre de 1993, la ejecución comenzó a finales de agosto. Los costos en ese periodo aumentaron extraordinariamente.

- Las condiciones del contrato fueron variadas en puntos esenciales.

4. Aún así, la demandante cumplió con un 80% del valor real del contrato. En efecto, nunca recibió proyectos por el valor inicialmente estipulado. Adicionalmente realizó dos veces y media la cantidad de tubería de 27", ya que fueron 110ML.

5. El contrato tuvo un valor real de \$128.613.658.

6. Con la declaratoria de caducidad se produjeron perjuicios, toda vez que, el contratista dejó de percibir la utilidad que debía generar el valor del contrato de \$22.241.960. Dicha utilidad se estima en un 20% del negocio jurídico.

7. El actor resalta que debió ejecutar obras adicionales que en cantidad superaron en mas del 120% de las cantidades originales del contrato. El valor de dichas cantidades fue objeto de transacción entre ambas partes, en virtud de la cual EPM reconoce la suma de \$7.021.780.

8. Muchas de las reclamaciones formuladas por el contratista no fueron respondidas oportunamente o con la seriedad que merecía.

9. La interventoría fue reacia a aceptar las argumentaciones del contratista durante el desarrollo de la obra. De hecho, generó imprevistos por planos

desactualizados o mal elaborados, lo que implicó cambios durante la ejecución de los trabajos, obra extra, adicional y ampliaciones del plazo.

10. El interventor - SERAFIN RUEDA - fue sancionado por la Contraloría por su mala gestión administrativa.

11. La sociedad sufrió un perjuicio consistente en la utilidad que dejó de percibir durante los cinco años que estuvo sancionada, al no poder contratar dentro del rango en que estaba clasificada.

12. La capacidad de contratación de la demandada fue señalada en SETECIENTOS DIEZ Y SIETE MILLONES de pesos según Resolución 14141 de octubre de 1992. Esta capacidad de contratación es aumentada cada 24 meses en un porcentaje equivalente al del costo de vida, lo cual significa que para la fecha de vencimiento de la sanción de cinco años, ésta sería el equivalente a \$2.735.000.000

13. VELEZ MESA LTDA durante el lapso de 1992 a 1994 había ejecutado con EPM contratos por \$500.000.000. Es razonable calcular que en el periodo de duración de la sanción celebrarían negocios por un valor de \$2.000.000.000. Siendo la utilidad real del 20% tendría una pérdida por \$400.000.000.

14. La declaratoria de caducidad no permitió a la demandada cumplir pagos en relación al Impuesto de Industria y Comercio, adeudando mas de \$4.000.000.

Adicional a la relación de hechos, el demandante presentó 6 cargos contra los actos administrativos cuya legalidad cuestiona, los cuales se procede a sistematizar así:

1. Ineficacia de la Resolución de caducidad, comoquiera que el contrato celebrado vencía el 19 de abril de 1994 y fue en esta fecha cuando se profirió la decisión administrativa, razón por la cual la notificación se dio el 26 de abril del mismo año por fuera del término de vencimiento.

Así las cosas, la eficacia del acto administrativo surgió en la etapa extracontractual, circunstancia que es contraria a derecho porque tanto la expedición del acto como su notificación debe darse en el plazo fijado para la

ejecución. No resulta razonable que la decisión de declarar la caducidad de un contrato sea tomada el último día de su vigencia.

2. EPM Desbordó los límites que el ordenamiento jurídico establece para el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes. Expedir la resolución el último día de vigencia del contrato es permitirle a la administración ejercer con extralimitación el poder reconocido y constituye un claro abuso del derecho. La entidad podía decretar la caducidad si consideraba que existían incumplimientos, mas no debía hacerlo el último día por situaciones que ya conocía con anterioridad.

Adicionalmente, para declarar la caducidad es indispensable agotar vías alternativas como la utilización de multas, porque al tratarse de incumplimientos continuos la administración debe realizar requerimientos. Omitir este procedimiento no tiene razón de ser, porque la conducta del contratista debe ser grave y reiterada y esto sólo puede presentarse con la inejecución sostenida en el tiempo de las obligaciones, no por una circunstancia o comportamiento que se presente en un día.

3. La declaratoria de caducidad se presentó por un hecho no atribuible al contratista, toda vez que el objeto del contrato administrativo fue modificado por la entidad demandada.

El Estado tiene el poder para exigir el cumplimiento del contrato, pero para hacerlo tiene limitaciones. El contratista acepta que las cantidades de obra son aproximadas, no obstante debía existir un equilibrio razonable entre cantidad de obra, valor y ubicación, porque la modificación sustancial de estos extremos implica una mutación del objeto pactado y un incumplimiento de la parte contratante.

El contrato tuvo como objeto la reposición de redes. Se realizó para la fecha en que se declaró la caducidad el remplazo de 36.89ML, ejecutándose 1832,97ML de tubería de concreto. Esta ejecución se dio por decisión de la entidad contratante desconociéndose lo estipulado inicialmente.

En cada uno de los frentes de trabajo ocurrió lo siguiente:

Proyecto DAL - 102-398 se encontraba parcialmente construido y los volúmenes de obra excedían el contrato.

Proyecto DAL-102-424: El 70% fue obra extra, no contractual.

Proyecto DAL-102-323: Se suspendió por rediseño.

Proyecto DAL- 102 - 435: La comunidad impidió su realización.

Proyecto DAL-102 - 453: Se ejecutó, excepto la obra extra.

Proyecto DAL- 102 - 422: Se realizó parcialmente por inconvenientes en la zona debidamente conocidos por EPM.

Adicionalmente, el contratista solicitó reprogramación, petición que no fue atendida por la entidad. De igual modo, la sociedad no recibió al inicio ni durante su ejecución proyectos por el valor estipulado y construyó tuberías no especificadas en el contrato sin que se haya pactado como obra extra. El contrato fue cumplido en un 80%.

4. La declaratoria de caducidad se presentó por un hecho no atribuible al contratista, toda vez que se presentaron circunstancias imprevistas.

Aún cuando la adjudicación del contrato se dio en el primer trimestre de 1993, la ejecución se inició en el mes de agosto. Durante este periodo los costos de los implementos de la obra aumentaron considerablemente, sin que esta circunstancia hubiera podido ser prevista. Se generó así un rompimiento del equilibrio económico contractual con grave perjuicio para el contratista, sin que la administración haya adoptado las medidas adecuadas para restablecerlo.

De otro lado, en el pliego de condiciones no se señalaron los barrios donde se ejecutarían las obras, de forma tal que EPM en el momento de celebración del contrato no tuvo en cuenta las condiciones de seguridad como un elemento esencial para la ejecución del mismo. Al determinarse los barrios en las comunas en los que debían adelantarse la obra, las consecuencias a asumir por el contratista fueron sorpresivas. Adicionalmente, en varias comunicaciones se le indicó al contratante que los obreros e ingenieros fueron objeto de amenazas, del

robo de materiales e implementos ocasionando que se presentaran varias renunciaciones. Estos hechos fueron denunciados ante las autoridades en varias oportunidades

“La inseguridad debe mirarse dentro de una realidad que muestre efectivamente las ocurrencias de los hechos. Se puede saber por ejemplo que un barrio es inseguro pero no conocer los alcances de dicha inseguridad. Ni necesariamente se puede deducir que esa inseguridad llevará a paralizar los trabajos.”

5. La decisión de la administración violó la sección quinta del pliego de condiciones. La cláusula vigésima segunda, literal J), señala que es causal de caducidad el hecho de que los trabajos no progresen satisfactoriamente. A su vez, el párrafo 2º preceptúa que para determinar la mencionada causal se averiguará si la diferencia entre el total acumulado de obra programada y el total acumulado de la obra ejecutada, valorados ambos con los precios del contrato, es mayor del 20% del valor estimado del contrato.

Una interpretación equitativa de lo dispuesto en el pliego de condiciones, conduce a la conclusión de que el valor debe ser el real, porque sería injusto realizar una estimación meramente nominal. Los proyectos entregados para la ejecución muestran una cifra real de \$166.870.050, de la que deben deducirse 18 ítems que no se han utilizado y que tienen un valor de \$38.857.402, arrojándose un saldo de \$128.013.658. Por contera, al haberse ejecutado mas de \$109.000.000 es claro que la diferencia no supera el 20%.

6. La decisión administrativa contrarió los artículos 62 y 71 del Decreto 222 de 1993 y 18 de la Ley 80 de 1993. La primera disposición señala que en caso de incumplimiento parcial o mora se impondrán multas que deben ser proporcionales al valor del contrato y de los perjuicios que sufra. Esta norma no fue aplicada por la entidad quien del requerimiento pasó a la declaratoria de caducidad.

A su vez el artículo 62 del Decreto 222 de 1983 señala que la caducidad procederá cuando haya incumplimiento que haga imposible la ejecución del contrato y el 18 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que esta medida puede imponerse cuando existan incumplimientos graves que evidencien que se puede generar la paralización del contrato. *“Si el plazo de ejecución vencía el 19 de abril ¿cómo es posible aceptar que el mismo día se hable de imposibilidad de terminar*

el contrato o que se evidencia que se va a paralizar?” “...¿cómo se va a declarar terminado unilateralmente lo que fatalmente ya estaba terminado?”.

2. EL DESARROLLO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

En auto del 18 de junio de 1996, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y ordenó notificar a los demandados⁴.

Las Empresas Públicas de Medellín a través de apoderado judicial, contestaron la demanda⁵, donde se opusieron a la totalidad de las pretensiones, por considerar que los actos cuya legalidad se cuestionaba, eran ajustados a derecho y, por ende, no había lugar a indemnización alguna a favor del demandante.

En relación con los hechos presentados en la demanda, adujo que algunos eran ciertos, otros lo eran sólo parcialmente, y otros en cambio faltaban a la verdad. En relación con éstos, resaltó los incumplimientos del contratista, que habían dado lugar a la imposición de la sanción que se cuestiona.

Subrayó que el incumplimiento se originó en la desorganización administrativa del contratista, el no seguimiento de los planes de trabajo, la demora en la construcción de las obras y la desatención a las ordenes impartidas por la interventoría.

Señaló que de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones EPM podía declarar la caducidad si el incumplimiento de las obligaciones del contratista hacían imposible la ejecución de lo pactado o le causaban perjuicios. Así mismo, cuando por culpa imputable al contratista los trabajos no progresaran en forma satisfactoria para el contratante, no se ajustaran al programa acordado, no se terminaran dentro de los plazos establecidos, no se atendieran las observaciones hechas a través de la interventoría o no permitiera la inspección de los mismos.

Es claro que el contratista se encontraba incurso en las causales establecidas en el pliego para declarar la caducidad del contrato, por lo que no es razonable que alegue la presencia de inseguridad como causa del retardo, ya que ésta no

⁴ Folio 77 del cuaderno 1.

⁵ Folios 82 a 87 del cuaderno 1.

ostenta el carácter de súbita e intempestiva, pues era fácilmente predecible al ser conocidas las condiciones del lugar desde tiempo atrás.

Además, al presentar la propuesta el contratista aceptó el riesgo de trabajar en esas zonas de la ciudad, faltándole la diligencia de incluir un porcentaje por concepto de imprevistos que lo cubriera suficientemente de eventos adversos; razón por la cual no se cumplieron los presupuestos para aplicar la teoría de la imprevisión.

Finalmente indicó que la resolución que declaró la caducidad se expidió dentro del plazo de ejecución contractual y, si bien es cierto que se hizo un día antes de su vencimiento, era evidente que en un solo día el contratista no podía entregar las obras a satisfacción. *“Vale la pena añadir en este punto que una de las causales de caducidad, como es el incumplimiento del contratista respecto del término que disponía para realización (sic) de la obra, no puede establecerse sino en el momento mismo en que este término expiró.”*

El 19 de junio de 2000, se celebró audiencia de conciliación, en la que EPM manifestó su desinterés por alcanzar acuerdo alguno⁶. Luego de reconocidas y practicadas algunas pruebas, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. De este derecho no hicieron uso el actor y la entidad demandada.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La profirieron los Tribunales Administrativos de Antioquia, Caldas y Chocó, sala de descongestión, el 13 de mayo de 2000⁷. En la parte resolutive de ésta se estableció:

“1º. Declárase la nulidad de las resoluciones números (sic) 25854 del 19 de abril de 1994 y 30576 del 23 de septiembre de 1994, proferidas por las Empresas Públicas de Medellín.

“2º. Declárase que las empresas públicas de Medellín incumplieron el contrato No. 2/DJ-659/13, celebrado con la sociedad Vélez Mesa y Cia Ltda.

⁶ Folio 171 del cuaderno 1.

⁷ Folios 172 a 231 del cuaderno principal.

“3º. Como consecuencia de las declaraciones anteriores las Empresas Públicas de Medellín deben pagar a la Sociedad demandante, las siguientes sumas:

“a) OCHENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL CINCUENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$81.640.052,56), equivalentes a la liquidación definitiva del contrato actualizada teniendo en cuenta la variación del I.P.C. tal como quedó expresado en la parte motiva de este proveído.

“b) Por concepto de lucro cesante la suma de VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS M/L (\$25.782.740), como quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

“c) VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS M/L (\$24.920.531,42), correspondientes a la indemnización por la pérdida de oportunidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

“4º. Ordénase a las Empresas Públicas cancelar el registro de caducidad decretada, así mismo ordenará su restauración, sin solución de continuidad en el nivel de clasificación desde el momento de registro de la declatoria hasta la fecha de la sentencia.

“5º. Niegánse las demás súplicas de la demanda.”

El *a quo* sustentó su decisión, afirmando que el plazo, tratándose de contratos estatales, no es sólo el periodo fijado para la ejecución, porque al finalizar éste las partes no quedan libradas de pleno derecho sino hasta que se extingan todas las obligaciones, lo cual se cumple sólo en la etapa de liquidación, porque es en ese momento cuando la administración valora el cumplimiento del contratista, de forma tal que si el contratista no ha satisfecho las prestaciones o las ha atendido tardíamente puede configurarse el fenómeno del incumplimiento contractual y, por ende, puede hacer uso de su prerrogativa sancionatoria declarando la caducidad.

Así mismo, indicó que no es cierto que la declaratoria de caducidad deba ser antecedida por la imposición de multas, comoquiera que es una facultad de la administración aplicar las sanciones establecidas en el contrato sin que se excluyan unas a otras o que sean entre ellas presupuesto de procedibilidad.

De otro lado, encontró acreditado que el contratista fue víctima de varios hurtos calificados de los equipos destinados a la ejecución de las obras, que si bien es verdad, no constituyen hechos imprevisibles, dada las condiciones de seguridad de Medellín, no es menos cierto que , éstos si incidieron en el retraso de las obras.

Esta situación fue dada a conocer de forma oportuna a la entidad demandada, sin que del acervo probatorio se desprenda que ésta haya tomado acción alguna tendiente a acudir a la autoridad para lograr la protección de las actividades que se venían desarrollando.

También halló probado que la modificación en el diseño DAL-102-423 (sic) ocasionó un retraso de 15 días, el cual fue aceptado por la demandada cuando dio respuesta al recurso de reposición interpuesto contra la resolución que declaró la caducidad.

Por los anteriores razonamientos, concluyó que la entidad demandada a través de la interventoría debió llegar a un acuerdo que permitiera al contratista una extensión del plazo. Sin embargo, la respuesta ofrecida a esta petición reiterada fue negativa. Como esta posibilidad se hallaba consagrada en la cláusula tercera del contrato la EPM incumplió.

De igual manera, se encontró demostrado que por la interventoría fueron adoptadas obras adicionales y extras, las cuales fueron debidamente reconocidas y pagadas por EPM; no obstante este obrar, fue incumplida la cláusula novena del negocio jurídico, pues ante esta situación no bastaba con reconocer los sobrecostos sino que además se debía autorizar la respectiva prórroga.

Por consiguiente, el tribunal realizó la liquidación final del contrato y ordenó pagar al contratista lo indebidamente retenido por concepto de reintegro faltante por aportar, el reajuste por anticipo proporcional a las obras no ejecutadas y el valor de la cláusula penal pecuniaria (10% del valor del contrato). A título de lucro cesante reconoció a favor de la Sociedad Vélez Mesa intereses al 12% anual, esto es al 1% mensual, desde la fecha en que la obligación se hizo exigible (5 de marzo de 1996) y sobre el saldo que fue estimado por el incumplimiento (\$44.996.056,65).

El tribunal no reconoció los perjuicios por lucro cesante que la demandante dice haber sufrido con la declaratoria de caducidad, toda vez que de las pruebas recaudadas no es posible concretar este daño. Sin embargo, si reconoce indemnización por pérdida de oportunidad, ya que la entidad demandante se vio privada de la posibilidad de participar en procesos licitatorios y de contratar con

entidades estatales, por ende, durante 5 años dejó de percibir utilidades por ese concepto.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN Y EL TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Lo interpuso el apoderado de la parte demandada el 13 de febrero de 2001⁸. En el escrito correspondiente señaló que las resoluciones cuya nulidad se pretende fueron expedidas con plena competencia, ya que sólo hasta el 20 de abril de 1995 la entidad expidió la resolución en virtud de la cual procede a liquidar unilateralmente el contrato 2/DJ-659/13.

En la cláusula tercera de la minuta del contrato se establece que EPM podrá ordenar los cambios que considere necesarios y se convendrá con el contratista los ajustes de plazo y/o precios que de ellos pueden desprenderse; por este motivo se acordó con el contratista los análisis de precios unitarios de las obras extras y se realizaron los convenios en compensación de la obra que no se realizó. Estos ítems fueron aceptados y ejecutados por la sociedad y pagados por la demandada, lo cual quiere decir que se entregaron las obras por el valor que previamente se había estipulado.

En cuanto a los planos de los proyectos, se anotó que éstos fueron entregados al contratista al iniciar la ejecución de las obras y éste los aceptó presentando una programación inicial con la inversión estimada. Aclaró que en el contrato está estipulado realizar obras extras y adicionales.

Adicionalmente sostuvo respecto de lo sucedió en cada uno de los proyectos ejecutados:

- Proyecto DAL-102-398. Es cierto que el contratista lo construyó parcialmente y efectivamente quedaron obras pendientes, pero por causas imputables única y exclusivamente a él.

⁸ Folios 233 y 241 del cuaderno principal.

En cuanto a los mayores volúmenes, aunque existió obra adicional, se debe tener en cuenta que se dio en compensación de la que no se ejecutó y en la parte en que se sobrepasó el 120% se reconoció un valor de \$7.021.780 incluyendo los reajustes.

- Proyecto DAL-102-424. Estaban contempladas desde un comienzo las obras extra, para lo cual el contratista había presentado los precios unitarios para su estudio, sin embargo, a solicitud de la misma sociedad este proyecto se sustituyó por el DAL-102-466.

- Proyecto DAL-102- 323. Es cierto que se suspendió por un rediseño para cubrir nuevas necesidades de la comunidad pero no estaba en la ruta crítica. Es decir, que este cambio no tenía porque significar ningún atraso para el contratista, con lo que no ameritaba una ampliación del plazo. Prueba de ello es que la obra se terminó a satisfacción.

- Proyecto DAL-102-435. No es cierto que la comunidad hubiera impedido su realización, se solicitó una suspensión por ser el mes de diciembre para realizar las fiestas en la calle y reiniciar actividades en el mes de enero. El contratista nunca las comenzó.

- Proyecto DAL-102-453. Se ejecutó en su totalidad, por lo que no es verdad que haya quedado alguna obra pendiente.

- Proyecto DAL-102-422. El contratista podía construir el 66%, pero sólo realizó el 17% por casusas que le son imputables directamente.

EPM ordenó al contratista ejecución de proyectos por \$202.131.000, equivalentes al 90% del valor original del contrato, sin tener en cuenta la sustitución de la obra extra del proyecto DAL 102-124 por un valor de \$90.000.000, que se cambió por el proyecto DAL - 102 - 466, por un valor de \$34.564.000 en el mismo barrio. Esta sustitución fue solicitada por el mismo contratista cuando ya se encontraba atrasado.

Por otra parte, los imprevistos calculados en el AIU son determinados y asumidos por el contratista cuando presenta su ofrecimiento, de allí que pueda afirmarse que

desde la formulación de la propuesta y la posterior adjudicación éste asumió el riesgo, siendo su responsabilidad el no incluir un porcentaje que lo cubriera suficientemente de los eventos que podían afectar la ejecución del contrato y que incidieran negativamente sobre el alea económica.

La inseguridad en Medellín es un hecho notorio y no se reduce a la zona de influencia de los trabajos, tal como lo reconoce el contratista al aportar copias de denuncias formuladas ante las autoridades competentes, con las que acredita el hurto de unos vehículos automotores en lugares diferentes a los de ejecución de las obras. De igual modo, el aumento de costo de los materiales está considerado en el contrato, en la fórmula de reajuste que hace parte del pliego.

Adujo que la diferencia que dejó de realizar el contratista entre lo ejecutado y lo entregado supera el 20%, comoquiera que en el dictamen pericial está probado que los proyectos entregados suman \$192.131.000 y no como afirma la sentencia \$166.870.050. Tampoco son 18 sino 17 los ítems que inicialmente no se realizarían, los cuales se compensaron en los convenios por obra extra y adicional.

Adicionalmente, no se puede comparar el valor del contrato inicial con el valor real de las obras incluyendo los reajustes, que es la compensación del valor de la moneda en el tiempo; por esta razón, para efectos de cotejar el valor de la obra entregada y la obra realizada, no se puede incluir el reajuste, dado que el contratista no podría realizar las mismas cantidades de obra después de terminar el plazo del contrato si se tiene en cuenta que el dinero se ha desvalorizado.

Frente a las aclaraciones de los peritos comentó:

- Los robos no fueron la causa del atraso, puesto que la tardanza ya venía presentándose desde el inicio del contrato.
- El atraso del proyecto DAL - 102 - 323 no requería ampliación del plazo porque no estaba en la ruta crítica del programa. Ni siquiera era necesaria una reprogramación por estar contemplada su terminación en el mes de diciembre de 1993, de allí que el contratista nunca haya solicitado ampliación. EPM reconoció el valor por los gastos de suspensión de obras no imputables al contratista en la liquidación, así como es importante tener en cuenta que se solicitó la ampliación

de un proyecto que nunca se empezó. Resulta claro que las obras no se proyectaron oportunamente.

Finalmente, manifestó su inconformidad con la liquidación del contrato realizada en la sentencia al considerar que incluyó para calcular las utilidades valores de obra que no se ejecutaron y no tuvo en cuenta que EPM incurrió en gastos de contratos adicionales con precios superiores a los del contrato 2/DJ-659/13, para realizar obras inconclusas o que se tuvieron que reconstruir por mal ejecutadas

Esta Corporación, en Auto del 16 de agosto de 2001, del Consejero ponente de aquél entonces⁹, resolvió admitir el recurso y notificar a las partes. El 5 de octubre del mismo año se corre traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión¹⁰. De este derecho hizo uso la sociedad actora¹¹ y la entidad demandada¹² reiterando los argumentos esgrimidos en la demanda y en la contestación. La sociedad demandante indicó sobre cada uno de los proyectos:

- Proyecto DAL - 102 - 398. Barrio Versalles. Se colocaron tuberías en cantidades no pactadas en el contrato. Esta circunstancia superó cualquier presupuesto contractual. El proyecto estaba construido parcialmente y EPM no lo sabía, lo que denota desorganización administrativa.

- Proyecto DAL - 102 - 424. Barrio Granizal. El proyecto no pertenecía en su mayor valor a los ítems del contrato. Para Enero 5 de 1994 (seis meses después de la fecha de iniciación) se estaba enviando la cotización de los trabajos extras para el proyecto que lo sustituiría, esto es, para el DAL-102-466 en la parte baja del Granizal, también obra extra.

- Proyecto DAL - 102 - 323 Aranjuez. Curioso el término ruta crítica utilizado por EPM el cual no se entiende. Los andenes constituyeron obra extra que se pagaron como quisieron; de hecho, la obra estuvo paralizada un mes mientras se rediseñaba.

⁹ Folios 246 del cuaderno principal.

¹⁰ Folio 248 del Cuaderno Principal.

¹¹ Folios 258 a 271 del Cuaderno Principal.

¹² Folios 249 a 257 del Cuaderno Principal.

- Proyecto DAL - 102 - 435. Barrio la Esperanza. No sólo se opuso la comunidad a su ejecución sino también un centro educativo del lugar, de lo cual quedó constancia. Cuando la obra intentó reiniciarse apareció un grupo miliciano armado exigiendo pago de dinero para “el sostenimiento de sus armas”, hecho del que fue testigo el inspector de EPM. Se llevó personal, retroexcavadora, volqueta y herramienta menor, sin que fuera reconocido costo alguno. En enero 24 se envía cotización de un nuevo rediseño con tubería 40 y 44”, del cual se dio respuesta en enero 8 cambiando unilateralmente los precios cotizados.

- Proyecto DAL - 102 - 453. Barrio El Pomar.

- Proyecto DAL - 102 - 422. Barrio Popular No. 2. El desvío propuesto por EPM exasperó a la comunidad y no se acondicionó para evitar que los vehículos que por allí transitaran se dañaran. La contratante decidió que debía ser el Municipio el que realizara los acondicionamientos del desvío y mientras tanto la comunidad cubrió las excavaciones, rompió tubos, entre otras cosas. Estos sucesos fueron informados. Adicionalmente, a las reuniones solicitadas por la comunidad la entidad no asistió. No se pagaron los daños causados a las obras por los ladrones de entibados triturados, arenas, etc., así como tampoco se canceló la obra realizada en ese frente.

Por último sostuvo: *“Puede ser cierto que se entregaron proyectos por valor cercano al valor contractual, lo que no es cierto es que dichos proyectos estuvieran entregados en agosto del 93 y si aún esto fuera cierto, los proyectos no correspondían con los pliegos del contrato como se expresó en el programa general de obras presentado el día 21 de diciembre de 1993. Las obras ejecutables, contractuales se valoraron en 135.1 millones de pesos. Este programa no fue rechazado ni reprobado por la interventoría.”*

El Ministerio Público rindió concepto el 25 de julio de 2002 en el que se solicitó se revocara la sentencia de primera instancia al no lograr el actor desvirtuar la legalidad de los actos administrativos acusados.

II- CONSIDERACIONES

Para la adopción de una decisión de fondo, la Sala procederá, en primer lugar a revisar lo relativo a su competencia (punto 1); luego, y en atención a la controversia que se plantea realizará un análisis sobre el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración cuando declara la caducidad de un contrato estatal (punto 2); posteriormente, hará una relación de los medios probatorios que obran en el expediente y de los hechos que éstos demuestran (punto 3); para finalmente dar respuesta a cada uno de los cargos formulados en la apelación (punto 4).

1- La competencia de la Sala para conocer del presente caso

El Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

Por su parte, la Sección tercera de esta Corporación es competente para conocer de los procesos que se desarrollen con ocasión de las acciones de controversias contractuales, en virtud de lo establecido en el numeral cuarto, del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 proferido por el Consejo de Estado.

No existen dudas entonces, sobre la competencia de esta Sección para proferir la presente sentencia.

2- Los límites de la potestad sancionadora de la Administración.

2.1. *La potestad sancionadora de la Administración: su justificación histórica y dogmática.*

La caducidad de los contratos ha sido enmarcada dentro de la potestad sancionadora¹³ que en la actualidad se reconoce a las administraciones públicas,

¹³ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la caducidad es la sanción más drástica que el contratante le puede imponer a su contratista. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 23 de 2012. M. P. Ruth Stella Correa.

de forma tal que se enmarca en el ámbito de las prerrogativas de poder que se otorga a las autoridades para la consecución de los intereses generales. Esta capacidad de imponer castigos como respuesta del ordenamiento jurídico ante una acción u omisión prevista como infracción no tuvo un reconocimiento pacífico en las democracias occidentales. Si bien es cierto que en los Estados de corte absolutista se concebía una estructuración conjunta del poder punitivo en el que en una misma autoridad se podían confundir competencias judiciales y administrativas, con el advenimiento del paradigma liberal se estableció como principio básico de organización la separación de poderes, lo cual conllevó que la capacidad de sancionar se trasladara preferentemente a los jueces. Como puede observarse se cuestiona al antiguo régimen en un aspecto trascendental: la confusión existente entre injustos “policiales” y “penales”, aspecto inconcebible con la ideología revolucionaria en la que se establece la necesidad de un monopolio judicial del poder de represión, de forma tal que a la administración se le confió en esta labor un papel secundario que se restringió en un principio a aspectos tributarios y disciplinarios¹⁴.

No obstante lo anterior, la realidad de cada ordenamiento jurídico y la lectura que se diera al principio de separación de poderes cambian los parámetros fijados por el ideario revolucionario y conducen al reconocimiento de potestad sancionadora en cabeza de las administraciones. Dos fenómenos son los generadores de esta transformación: 1. el paulatino crecimiento de las actividades administrativas y por ende el surgimiento de variados sectores administrativos¹⁵, y: 2. la consiguiente publicación del derecho, la irradiación del ámbito público en esferas que antes se consideraban privadas como es el caso de la propiedad o de las relaciones de trabajo. Estas mutaciones son el producto del proceso de consolidación del Estado Social de Derecho.

En efecto, las dos circunstancias mencionadas ubican a la sanción como un instrumento del denominado poder de policía administrativa, entendido éste, como la posibilidad que el ordenamiento jurídico reconoce a la autoridad administrativa de limitar derechos e intereses individuales para lograr la materialización de intereses y derechos colectivos. En otros términos, se trata de un cúmulo de competencias encaminadas al mantenimiento de las condiciones necesarias para

¹⁴ LOZANO, Blanca. “*Panorámica General de la Potestad Sancionadora de la Administración en Europa: Despenalización y Garantía.*” En: Revista de Administración Pública No. 121. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1990. Pág. 393 y ss.

¹⁵ *Ibidem*.

la coexistencia pacífica de los ciudadanos, las cuales se enmarcan de tiempo atrás en el concepto de orden público, cuyo alcance y contenido no es pétreo toda vez que depende del momento histórico en el que se acometa la labor de su definición¹⁶.

Este concepto de orden público se vio ampliado notablemente con la instauración de un Estado social en el que a la Administración se le confió un papel protagónico, pues al ser la rama del poder público más cercana al ciudadano le correspondió el acometimiento de actividades materiales, prestacionales y de utilización de prerrogativas de poder para perseguir la materialización del principio de igualdad, tarea que de acuerdo a la nueva filosofía imperante se lograba sólo si el poder público asumía obligaciones de hacer y abandonaba su papel de simple gendarme en el que su interferencia sólo era posible de modo excepcional¹⁷.

Así, la primera justificante de la potestad sancionadora de la Administración fue sin lugar a dudas práctica, originada en la fuerte presencia del Estado en la vida de los asociados a través del fenómeno intervencionista, pues la posibilidad de que el Estado actúe en diferentes frentes depende del reconocimiento de competencias coercitivas y correctivas¹⁸. La sanción entonces viene a constituir un complemento necesario de los reglamentos, permisos, autorizaciones y prohibiciones pues los sectores administrativos requieren no sólo de la existencia de micro ordenamientos jurídico-administrativos que los regulen de manera específica y que delimiten el halo competencial que corresponde a la administración, sino además de herramientas que garanticen la eficacia de las normas y, en caso de ser necesario, reaccionar ante comportamientos que precisamente vulneran la legalidad que los rige¹⁹.

La ubicación de las sanciones administrativas como instrumento de policía administrativa respondía al interrogante del cómo asegurar el mantenimiento de la legalidad en cada sector administrativo, no obstante, sólo se restringía a un argumento de eficacia administrativa que dejaba de lado la posición en que se

¹⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. "Algunas precisiones sobre el concepto de policía." En: Revista de Administración Pública No. No. 81. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1976. Pág. 35 y ss.

¹⁷ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Las Generaciones de Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004.

¹⁸ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Una Aproximación Dogmática. Bogotá, Legis. 2009. Pág. 122.

¹⁹ Esta relación entre potestad sancionadora y poder de policía administrativo ha sido puesta de presente en varias oportunidades por el juez constitucional. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 632 de 24 de agosto de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

encontraba el ciudadano investigado. Esto ocasionó que la justificación teórica fuera incompleta, pues en un primer momento generó la ausencia de las garantías que en el ámbito penal y judicial tenían los ciudadanos y que en aquel momento en el que el debido proceso se implementara en toda actuación administrativa se acudiera a instituciones propias de procedimientos administrativos en los que se debatían derechos subjetivos de los administrados sin que la decisión final acarrearla sanción, denotándose la ausencia de exigencias tales como la presunción de inocencia, la aplicación del principio de tipicidad, etc²⁰.

Las circunstancias descritas despertaron inicialmente el interés de la doctrina penal, la cual intentó ofrecer una construcción teórica para el evidente crecimiento de la potestad punitiva en manos de las administraciones, pretendiendo dar sustantividad a un fenómeno impuesto por la realidad. Así es bastante conocida la construcción elaborada por **JAMES GOLDSCHMIDT** en la que sostiene que las infracciones de policía no son sustancialmente diferentes a los delitos y a las faltas, el rasgo realmente distintivo es que en las primeras se prescinde de la conciencia de la antijuridicidad²¹. Así, dada la necesidad de establecer cual es el fundamento material del ilícito administrativo es necesario la creación de una nueva disciplina independiente (derecho penal administrativo) en el que se haga hincapié en los siguientes rasgos distintivos: 1. El injusto administrativo surge de la antijuridicidad administrativa; 2. Nace de una potestad penal reconocida a la administración, y; 3. Se concibe como una respuesta administrativa por la transgresión de una disposición. De allí que, el derecho penal administrativo como disciplina nueva deba ser una parte del derecho administrativo²². Así las cosas, exige la aplicación de principios especiales que deben operar con la técnica conceptual del derecho penal pero adaptándose a la naturaleza administrativa, lo cual de entrada admite por ejemplo la ausencia de distinción entre dolo y culpa, la aplicación de presunciones de culpa, etc²³.

El derecho penal administrativo posee los siguientes rasgos distintivos: 1. Sus normas son disposiciones administrativas expuestas en forma de preceptos legales, en los que la sanción constituye no una respuesta legal sino un efecto administrativo de la conducta descrita; 2. Lo que se sanciona es un derecho penal

²⁰ Cfr. NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, Editorial Tecnos. 2008. Pág. 94.

²¹ GOLDSCHMIDT, James. Derecho, Derecho Penal y Proceso I. Problemas Fundamentales del Derecho. Barcelona, Marcial Pons. Pág. 291.

²² *Ibidem*. Pág. 292 y 293.

²³ *Ibidem*. Pág. 295.

subjetivo de la administración, se trata de una respuesta de la autoridad administrativa mediante el uso de la coacción, de allí que mas que un derecho justicial se trate de la adopción de medidas administrativas cuestionables y controlables ante los estrados judiciales; 3. El delito administrativo es una infracción a una orden administrativa, al utilizarse la técnica de las normas en blanco, lo válido es que la contradicción sea respecto de preceptos administrativos y no de preceptos legales, y; 4. El derecho penal administrativo no puede concebirse separado de las competencias de la administración²⁴.

La doctrina administrativista también haría su propia construcción, admitiendo en principio la existencia de un derecho penal administrativo surgido de una realidad: la no exclusividad del poder punitivo en la rama judicial, destacando que lo importante es el reconocimiento de la capacidad de imponer la sanción mas que de ejecutarla, pues para esta última tarea la administración siempre ha estado habilitada. Se trata del reconocimiento de una mayor intromisión de la Administración en la vida del ciudadano, avalada por la libertad de configuración que tiene el legislador cuando decide que por la poca importancia de algunas materias el ilícito debe ser administrativo y no penal²⁵. De tal forma, la decisión de qué *“...materias penales convendrá atribuir a la competencia de los tribunales y cuales a las de las autoridades administrativas, es una cuestión que el derecho positivo puede responder siguiendo su propia inspiración. Porque la cuestión no pertenece a la ciencia jurídica, sino a la política jurídica, de modo que el problema que ha preocupado tanto a aquella cae, en realidad, fuera de su ámbito”*²⁶.

El proceso descrito va a mostrar un reflejo en la labor realizada por el legislador , quien aumenta la regulación administrativa y coloca el énfasis en la necesidad de contar con conocimientos técnicos para valorar el verdadero alcance de las infracciones administrativas. En otras ocasiones, se pretende regular una problemática no de contenido sino de practicidad, al reconocer la insuficiencia del aparato judicial para responder a todos y cada uno de los injustos previstos. Por consiguiente, es notable el proceso de despenalización y la reducción del papel del juez al conocimiento de aquellas conductas que resultan mas lesivas para el

²⁴ *Ibidem*. Pág. 401 a 408.

²⁵ MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. México D.F., Editora Nacional. 1980. Pág.

²⁶ *Ibidem*. Pág. 351.

orden social y que conllevan las sanciones mas gravosas (limitación de la libertad personal), apelando a un principio de *intervención mínima*²⁷.

Este proceso despenalizador atrajo el interés de la doctrina administrativista quien comenzó a preocuparse por dar sustantividad a la potestad sancionadora de la administración. Surgieron así las denominadas tesis cualitativas y cuantitativas. De acuerdo con la primera, entre ilícito penal e ilícito administrativo existen diferencias esenciales señalando principalmente que la infracción administrativa tiene un carácter artificial cuyo contenido se agota en la afectación de intereses administrativos, mientras que el delito supone la afectación de valores esenciales para el ordenamiento jurídico²⁸. Como puede observarse, esta teoría no se sustenta por sí sola, comoquiera que es fácilmente constatable que a través del derecho administrativo sancionador se protegen intereses que de ser afectados ocasionarían daños irreparables en la colectividad, solo basta en pensar en el incumplimiento de disposiciones ambientales, sanitarias, de construcción, etc.

Por su parte, la tesis cuantitativa señala que los ilícitos penales y administrativos comparten la misma naturaleza, su contenido material es semejante y tienen la misma estructura lógica, de forma tal que la diferencia estriba en que la capacidad punitiva del Estado se ve atenuada cuando recae en manos de la administración pública, de allí que autores como **CEREZO MIR** propongan la necesidad de aplicar los principios propios del derecho penal al ámbito administrativo²⁹.

La tesis de la identidad va a prevalecer y es la que en la actualidad se defiende, de forma tal que se parte de la idea de un supra-concepto de “ilícito” que no pertenece de manera exclusiva al derecho penal o al derecho administrativo sino a una disciplina mas general que comprende a estas dos ramas del derecho: el derecho punitivo comprendido dentro del derecho público estatal. De esta manera, la sustantividad del derecho administrativo sancionatorio no se halla en la necesidad de buscar una igualdad ontológica entre injusto penal e injusto administrativo sino en la determinación del régimen jurídico que a cada uno de ellos asigna el legislador. En otros términos, el ilícito administrativo es una construcción esencialmente normativa³⁰, de forma tal que es el legislador quien

²⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Parte General. Madrid, Editorial Tecnos. 2010. Pág. 678.

²⁸ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, Tecnos. 1996. Pág. 27.

²⁹ *Ibidem*. Pág. 28 y 29.

³⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 153 y 154.

determina la cercanía o distanciamiento entre los principios del derecho penal o del derecho administrativo sancionador, sin que esta afirmación desconozca que hay unos mínimos comunes establecidos constitucionalmente, que en el caso del ordenamiento jurídico colombiano se encuentran en el artículo 29 de la Constitución.

Así las cosas, las diferencias aun cuando formales hacen inevitable una construcción diferenciada del derecho administrativo sancionatorio. Por ello, cuando el legislador califica el ilícito de administrativo asume las siguientes decisiones: 1. Que las sanciones sean impuestas por una autoridad administrativa y no por un juez penal, con lo cual se varía la titularidad del poder punitivo y las construcciones de las mismas tienen que modularse si se tiene en cuenta la diversidad de autoridades administrativas y la estructura jerárquica y burocrática de las mismas; 2. El ejercicio de la potestad se somete de lleno a las instituciones propias del derecho administrativo, de forma tal que cualquier interacción con las construcciones realizadas por el derecho penal necesariamente deben ser moduladas, la razón es obvia: mientras el juez es un tercero cuyo papel principal es decidir de manera imparcial e independiente, asegurando el respeto de las garantías procesales de los ciudadanos; la administración, en cambio, es en algunas ocasiones la afectada con el comportamiento desplegado o la garante y gestora directa del interés colectivo afectado; 3. Las sanciones administrativas se imponen mediante actos administrativos una vez adelantados procedimientos de igual naturaleza no a través de sentencias luego de surtido un proceso. Aun cuando pueda afirmarse en la actualidad que estas dos clases de actuaciones presentan mas similitudes que diferencias, la verdad es que no se puede defender que las garantías que se exigen en uno y otro caso sean idénticas, toda vez que en nuestro ordenamiento se diferencian las leyes que regulan los procesos de aquellas que regulan las actuaciones administrativas, y; 4. Existe por regla general un ámbito que le es negado a la administración, comoquiera que sólo los jueces pueden sancionar con medidas que impliquen una privación de la libertad, las posibilidades de castigo de la administración en su mayoría se traducen en pago de multas o afectación de posiciones subjetivas favorables³¹.

Como ya tuvo oportunidad de señalarse, la unidad entre los dos regímenes la ofrece la consagración de principios constitucionales conjuntos para la actividad

³¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. IV. Madrid, Iustel. 2011. Pág. 947.

judicial y administrativa. En efecto, el artículo 29 de la Carta Política preceptúa que las garantías del debido proceso se aplican a toda actuación judicial o administrativa. Es verdad que a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español no existe una disposición que de manera expresa y exclusiva haga referencia a la potestad sancionadora de la Administración, sin embargo, tal como ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sección tercera de esta Corporación, los derechos que se desprenden del artículo antes mencionado son la justificación misma del poder punitivo del Estado, de forma tal que el ejercicio del “*ius puniendi*” se encuentra limitado por ellos y su ejercicio no se agota en la labor de los jueces penales sino que admite otras manifestaciones, entre las que se encuentran el derecho administrativo sancionatorio, el derecho disciplinario, el derecho contravencional y la pérdida de investidura³².

Al introducirse la potestad sancionadora de la administración junto con el derecho penal en un concepto único de *ius puniendi*, se debe aceptar que este supra concepto no pertenece a ninguna de las dos disciplinas mencionadas sino al derecho público por lo que es éste el que determina el alcance de la construcción jurídica, teórica y doctrinal que se haga en el derecho administrativo. Así las cosas, aun cuando los principios que se deben aplicar sean comunes ello no conlleva una aplicación inmediata y exacta de las teorías que han soportado la construcción del derecho penal desde los tiempos de Beccaria, cosa distinta es que sea inevitable, y como sostiene **NIETO GARCÍA**, incluso aconsejable acudir a la misma teniendo en cuenta que se trata de un trabajo consolidado por la experiencia, con un amplio desarrollo y con una evidente regulación encaminada a la protección de los derechos individuales de los ciudadanos, aspectos a los que han llegado de forma tardía aquellos que se han comenzado a preocupar por el poder sancionatorio de la autoridad administrativa³³.

Así las cosas, el derecho administrativo sancionador es un derecho en formación, de forma tal que las construcciones del derecho penal resultan útiles como punto de partida, pero su trasposición no es horizontal se deben matizar y deben adaptar a la praxis administrativa y especialmente responder a los intereses que las organizaciones administrativas gestionan.

³² Ver: Corte Constitucional. Sentencia C – 117 de 22 de febrero de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Cfr. También. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 23 de 2010. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 16.367.

³³ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 161.

En otros términos, principios como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son propios del derecho público por lo que las elaboraciones que se utilizan del derecho penal deben ser relativizadas para responder a principios como la eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía, consagrados en el artículo 209 de la constitución. Por consiguiente, en el ámbito administrativo la sanción no es un fin sino un instrumento adicional con el que se cuenta para la consecución de las competencias asignadas, de allí que el poder punitivo que le es confiado deba ser siempre el resultado de la ponderación de dos extremos: el respeto por las garantías sustanciales y procedimentales de los ciudadanos sobre los que la potestad recae y el que se constituya en una herramienta para el correcto ejercicio de las funciones; sin dicha ponderación no es posible explicar en el ámbito administrativo la facultad de imponer un castigo³⁴.

El anterior razonamiento se ve reflejado en la jurisprudencia constitucional, la cual respecto de la aplicación de los principios del derecho penal a otras manifestaciones del *ius puniendi* ha sostenido:

“Lo anterior no significa que los principios del derecho penal se apliquen exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en este campo se apliquen con rigor las garantías del debido proceso. En cambio otros derechos sancionadores no sólo afectan la libertad física u otros valores de tal entidad, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones que tienen determinados deberes especiales. En estos casos, la corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero operan con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal³⁵. “

Lo anterior resulta de vital importancia en el ordenamiento jurídico colombiano que se ha caracterizado por una actividad legislativa intensa en materia sancionadora, sin que ello haya implicado una sistematización de esta importante parcela del derecho administrativo. Son constantes las leyes sectoriales que se limitan a otorgar competencia punitiva a autoridades administrativas, a fijar un listado de infracciones y de sanciones sin que en la mayor parte de los supuestos se consagre el procedimiento a aplicar o las particularidades que los principios que se

³⁴ *Ibídem*.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 117 de 22 de febrero de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

desprenden del artículo 29 presentan al tener que matizarse con dichas regulaciones. Hasta antes de la ley 1437 de 2011³⁶ no existía una norma general que sirviera para llenar las lagunas que se presentaban en las normas sectoriales, de hecho, el anterior código contencioso administrativo no constituía una herramienta adecuada para acometer una labor de sistematización si se tiene en cuenta que las garantías del debido proceso en su mayoría se enmarcaban en actuaciones en las que se debatía un derecho subjetivo como consecuencia del ejercicio del derecho de petición en interés particular. Es así como, las únicas normas que hacían una referencia directa a la potestad sancionatoria eran los artículos 36 y 38 del anterior Código contencioso administrativo, limitando dos aspectos de la potestad: el tiempo en el que podía ejercerse, señalando una prescripción de 3 años contados a partir de la ocurrencia del hecho calificado como infracción administrativa y la aplicación del principio de proporcionalidad en el momento de imponer las sanciones; esto, sin contar con que muchas sanciones habían sido previstas en las leyes en sus topes mínimos y máximos sin que se regulara lo referente a los criterios para su adecuación (agravantes o atenuantes de la conducta).

Las circunstancias descritas son las que, al igual que ocurre en el derecho español³⁷, descargan en la jurisprudencia la labor de sistematización y construcción del derecho administrativo sancionatorio, que en esencia ha sido de creación pretoriana. Sin embargo, en esta tarea se debe ser cuidadoso y advertir que el alcance que se da a cada una de las instituciones propias del *ius puniendi* no se debe tomar como reglas generales aplicables a todos los ámbitos en los que se desenvuelve la Administración, pues la labor del juez es resolver casos concretos, razón por la cual la jurisprudencia debe leerse en el contexto del sector administrativo en el que se decide, pues el alcance de las disposiciones del artículo 29 de la constitución variará dependiendo de las finalidades encomendadas a la autoridad administrativa en cada uno de los ámbitos en los que se le otorga poder punitivo, de allí que la culpabilidad como principio rector

³⁶ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En el artículo 3 de esta codificación se señalan como principios del procedimiento administrativo sancionatorio la no reformatio in pejus, el non bin in ídem, el principio de legalidad de las faltas y las sanciones y la presunción de inocencia. A su vez, en los artículos 47 a 52 se establecen las reglas del procedimiento: la forma de iniciación de la actuación, las etapas en las que se divide el trámite administrativo, las referencias expresas de que las actuaciones sancionatorias contractuales se regirán por las normas especiales que regulen la materia, el contenido del acto administrativo que sanciona, los criterios de adecuación de la sanción, la posibilidad de imponer sanciones dentro del procedimiento cuando existe renuencia a suministrar documentos o información y el término de caducidad de la facultad sancionatoria.

³⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.*

tenga un alcance diferente en el disciplinario, en el ambiental y en el derecho de los contratos del Estado.

2.2. El reconocimiento de potestad sancionadora en el ámbito contractual: particularidad del derecho colombiano.

En primer lugar, debe señalarse que para la doctrina extranjera las consecuencias derivadas de los incumplimientos de los contratos celebrados con el Estado no son en principio sanciones de carácter administrativo, ello por el aspecto convencional que se diferencia claramente de la potestad genérica reconocida a la autoridad administrativa. No se trata en estricto sentido de una prerrogativa que comprenda a todos los ciudadanos y además no responde a situaciones fácticas consideradas infracciones, es decir, tipificadas por la ley. Se trata de un ámbito en el que se deben aplicar las reglas de la responsabilidad contractual (y en algún caso extracontractual) en las que no son traspolables las disposiciones y principios propios del derecho punitivo³⁸.

No obstante lo anterior, la construcción del tema en el derecho administrativo colombiano ha sido completamente distinto, y de tiempo atrás se ha venido configurando la posibilidad de reconocer potestad sancionadora a la administración contratante. Si bien es cierto que el Decreto 222 de 1983 no marcaba una diferencia tan clara como lo hace la ley 80 de 1993 entre terminación unilateral y caducidad, también es verdad que habilitaba a las distintas entidades para que impusieran castigos respecto del contratista incumplido. Con independencia de la determinación de cuales consecuencias tienen verdaderamente cariz sancionatorio (aspecto que desarrollará la sala en el siguiente aparte), es visible que el legislador en su libertad de configuración decidió regular conjuntamente con las instituciones propias de la responsabilidad contractual competencias de índole punitivo.

Así, el artículo 13 del Decreto 222 de 1983 preceptuó que el representante legal de las entidades administrativas podían dar por terminado los contratos y proceder a su liquidación sin que haya lugar al reconocimiento de indemnización alguna, en aquellos casos en los que se contravengan las prohibiciones establecidas en el estatuto contractual. Se utiliza el vocablo sanción para señalar

³⁸ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel. “Concepto de Sanción Administrativa”. En: Derecho Administrativo Sancionador. Valladolid, Lex Nova. 2010. Pág. 89. Ver también: Sentencia del Tribunal Supremo Español de enero 30 de 1988.

cual es la consecuencia jurídica respecto de un comportamiento previamente tipificado como infracción. Adicionalmente, el artículo 18 reconoce en cabeza de la administración el uso y ejercicio de prerrogativas exorbitantes cuando se celebran contratos administrativos. Así la entidad contratante tenía la posibilidad de interpretarlos, modificarlos y terminarlos unilateralmente. A estas cláusulas excepcionales no se les da en principio el calificativo de sanción administrativa, por lo que se justifican, en un poder de autotutela reconocido a la Administración comoquiera que se trata de una excepción a la lógica contractual entre particulares, pues éstos no pueden directamente hacer uso de las posibilidades mencionadas sino que deben acudir al aparato jurisdiccional.

El artículo 60 a su vez señaló que la caducidad era una cláusula que forzosamente debían contener los contratos administrativos, o lo que es igual ante la omisión de su inclusión en el negocio jurídico ésta se entendería incorporada *ope legis*. Tratándose de contratos de derecho privado, la caducidad se sometía a previo acuerdo entre las partes, de forma tal que debía ser estipulada expresamente para poder ser utilizada por la entidad contratante.

Por otro lado, el artículo 62 establecía como causales de declaratoria de caducidad de los contratos administrativos las siguientes: 1. La muerte del contratista, en aquellos casos en los que no se había establecido que la ejecución podía continuar con sus sucesores; 2. La incapacidad física permanente del contratista certificada por un médico legista; 3. La interdicción del contratista; la disolución de la persona jurídica del contratista; 4. La incapacidad financiera del contratista, y 5. Si a juicio de la entidad contratante, se había presentado un incumplimiento de las obligaciones del que se derivaran consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato, o que causaren perjuicios a la administración.

Entre los efectos que aparejaba la declaratoria de caducidad, se daba cierta libertad respecto de los mismos, a la autonomía de la voluntad, pues éstos en parte serían los que se pactaran en el contrato; no obstante, el legislador previó algunas consecuencias que podían operar como un límite a la libertad de disposición otorgada por el Estatuto, ya que en la resolución administrativa podía incluirse como consecuencias: la orden de hacer efectivas las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria; el carácter ejecutivo del acto administrativo, el cual prestaba mérito ejecutivo y habilitaba el uso de la jurisdicción coactiva para hacer

efectivas las obligaciones que de él mismo se derivaban, y; la generación de una inhabilidad para celebrar nuevos contratos con el Estado.

El artículo 63 del Decreto 222 de 1983 preceptuaba:

“DE LOS EFECTOS DE LA CADUCIDAD. En la cláusula de caducidad se establecerán los efectos y las prestaciones a que las partes quedan obligadas. En todo caso la Resolución que declare la caducidad, en cuanto ordene hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria, prestara mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva.”

Asimismo, el artículo 8 del Decreto 222 de 1983 señalaba:

“INHABILIDADES. No podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades a que se refiere este estatuto:

“(…) 2. Quienes por hechos de que fueron responsables dieron lugar a la declaratoria de caducidad por parte de cualquier entidad pública.”

Como se puede observar, de lo señalado hasta el momento puede afirmarse que en el decreto 222 de 1983 algunas de las causales de declaratoria de caducidad no constituían en estricto sentido un ilícito administrativo sino que se enmarcaban en supuestos de hecho objetivos (la muerte del contratista o su incapacidad permanente) que hacían imposible el cumplimiento del contrato y que, por tanto, facultaban a la entidad administrativa a darlo por finalizado como un remedio adecuado para lograr la materialización de la obra que se quería construir o el funcionamiento del servicio a garantizar. Al delimitar el contenido del *ius puniendi* reconocido al aparato administrativo en materia contractual se tiene que ser estricto, razón por la cual su aplicación debe ser una respuesta del ordenamiento jurídico a un comportamiento que pueda imputársele al contratista, y del cual sea factible derivarse su responsabilidad no sólo desde el ámbito contractual sino también desde el punitivo.

Este aspecto ya se había remarcado por la jurisprudencia colombiana en el año 1938, en un pronunciamiento de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. En esta providencia se diferencia la caducidad como sanción de las consecuencias derivadas de las cláusulas contractuales, de forma tal que ésta se constituye en un mecanismo estrictamente jurídico de derecho administrativo que se justifica cuando el contratista incurra en un incumplimiento de importancia. No se trata de una institución eminentemente comercial sino que también presenta una naturaleza legal. Por este motivo, se sostiene su calidad

bifronte, pues con independencia del contenido que a la caducidad pudieran dar las partes ésta encontraba una justificación directa en las competencias de inspección y acción tutelar que ejerce cada entidad pública para defender los intereses que le son confiados, de allí su unilateralidad y su carácter correctivo.

En la providencia en comento se dijo:

“(...) La caducidad es un medio estrictamente jurídico que el derecho administrativo concede a la entidad de derecho público, y que tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurra en un incumplimiento de importancia. Cuando la entidad administrativa considera prudente hacer uso de ese derecho, pone fin a la convención, sin que valga otro procedimiento que la derogatoria de la resolución de caducidad, o que ésta se anule por la autoridad competente cuando la nulidad se solicite dentro del término legal. Pero no puede el Gobierno aclarar su resolución en el sentido de que la caducidad sólo se refiere a la parte de la cláusula de un contrato cuando éste constituya una sola y única entidad. Proceder de otro modo es modificar el contrato, sino es que ese procedimiento constituye una novación. 8.- Cuando la Administración contrata como persona de derecho privado, sus actos son una ley para las partes; cuando celebra contratos, aunque tengan carácter administrativo, estos también envuelven una norma convencional, por lo que, en ese carácter, deben mantenerse rígidos e inflexibles, con excepción de las interpretaciones que con cierta amplitud les den las partes. La Administración tiene facultades discrecionales que emanan naturalmente de la inspección y acción tutelar que ejerce Para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiados, y en virtud de esas facultades ella puede unilateralmente obrar...”³⁹

La exposición de cómo el Decreto 222 concibió la filosofía del *ius puniendi* es pertinente para dar respuesta a los cargos formulados en el libelo demandatorio comoquiera que es precisamente este estatuto contractual el que rigió la relación comercial establecida entre EPM y la Sociedad Vélez Mesa. Esta conclusión se desprende del artículo 78 de la Ley 80 de 1993, en el que se dispone que *“los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente Ley, continuaran sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.”* De igual modo, el artículo 81, establece que las disposiciones contenidas en este cuerpo normativo entraron a regir a partir del 1º de enero de 1994⁴⁰.

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 2 de mayo de 1938. M. P. Eleuterio Serna.

⁴⁰ El primer inciso del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, señala que sólo entraron a regir a partir de la promulgación del Estatuto en Contratación Estatal las siguientes normas: el parágrafo del artículo 2 el cual comprendió dentro del concepto de entidad estatal a las cooperativas y asociaciones en las que participen las entidades territoriales (disposición derogada por el artículo

Teniendo en cuenta que el negocio jurídico objeto de la declaratoria de caducidad se celebró el 7 de junio de 1993⁴¹ y que su fecha de iniciación fue el 23 de agosto⁴² del mismo año, no le queda a la Sala la menor duda sobre la norma aplicable para la resolución del caso concreto, esto es, el Decreto 222 de 1983.

Por otro lado, la expedición de la Ley 80 de 1993 implicó un cambio en la cosmovisión de la actividad contractual de la Administración, toda vez que de un estatuto caracterizado por la excesiva reglamentación se pasó a uno de claro raigambre “principalista”. En consecuencia, la utilización de negocios jurídicos como competencia administrativa sólo es posible concebirla desde un criterio teleológico, de allí que el ejercicio de la potestad sancionadora se justifique a partir de ese momento de forma más clara con la labor de gestión de intereses públicos o colectivos encomendados a cada entidad estatal. Ya se había señalado que el poder punitivo que se reconoce a la autoridad administrativa sólo encuentra justificación si tiene una conexión directa con las funciones y responsabilidades asignadas en el ordenamiento jurídico, ya que la sanción no es un fin en si misma sino una herramienta adicional en manos del poder público. Ahora corresponde señalar que esta competencia se encamina a objetivos concretos: lograr el cumplimiento de los fines estatales, el asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con el Estado en la consecución de dichos fines⁴³. En definitiva, se pretende asegurar la correcta ejecución de los objetos contractuales, toda vez que los instrumentos bilaterales sólo encuentran su razón de ser cuando a través de ellos se satisfacen intereses generales⁴⁴.

32 de la Ley 1150 de 2007); literal i) numeral 1 y numeral 9 del artículo 24 en los que se señalaba que la escogencia del contratista para la producción de bienes y servicios para la defensa nacional debía hacerse por licitación (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) y la obligación de los jefes y unidades asesoras y ejecutoras de participar en los procesos de contratación; todas las normas relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8° del artículo 25 que señala que en virtud del principio de economía el acto de adjudicación y el contrato no se someterán a revisiones o aprobaciones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias y requisitos, diferentes de los previstos en el estatuto; el numeral 5° del artículo 32 que regula lo referente al encargo fiduciario y a la fiducia pública, y; los artículos 33 a 38 sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.

⁴¹ Copia del contrato obra en el expediente en los folios 5 a 8 del cuaderno 1.

⁴² Copia de constancia que obra en el folio 347 del Cuaderno 3.

⁴³ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

⁴⁴ Debe tenerse en cuenta que la Ley 80 establece un concepto amplio de servicio público en el numeral 3° del artículo 2. Esta disposición señala: “*Se denominan servicios públicos: los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección del Estado, así como de aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.*”

La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias, de allí que pueda predicarse que la caducidad es una forma de concretar el deber de dirección general de los contratos y la responsabilidad de control y vigilancia de la efectiva ejecución de las prestaciones. Por ello, el ordenamiento jurídico establece diferentes mecanismos encaminados a evitar la afectación o paralización de los servicios públicos, reconociendo al igual que lo hacía el anterior estatuto poderes unilaterales de interpretación y modificación de las cláusulas contractuales y de terminación de los negocios jurídicos⁴⁵. De igual manera, se establece una verdadera competencia de carácter punitivo cuando se consagra la caducidad.

La caducidad comparte con la interpretación, modificación y terminación unilateral su carácter de cláusula exorbitante, naturaleza jurídica que no se puede determinar de manera independiente y aislada. Lo exorbitante lo es, en relación con algo “normal”, debe encontrar un punto de referencia. En el caso que se estudia, la exorbitancia debe predicarse entonces, no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de las capacidades de un cocontratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común.

A este derecho (común), no le resultan ajenas, sin embargo, manifestaciones unilaterales con efectos jurídicos, bien sea como consecuencia de su contemplación legal, o del ejercicio de la autonomía de la voluntad. A título de ejemplo pueden citarse los derechos de un padre sobre el hijo y la posibilidad de ejercerlos a través de decisiones unilaterales en ejercicio de la patria potestad (artículo 288 del Código Civil), así como la posibilidad que detenta un mandante frente a su mandatario, con ocasión de la revocación del mandato.

Como se verifica, entonces, la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la administración pública en la ejecución de un contrato, no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues ésta debería significar una situación inviable en el derecho común. Esta situación implica un cuestionamiento y análisis más detallado de la esencia de lo exorbitante como concreción de una prerrogativa pública. Por este motivo, la Sala estima conveniente detenerse en ese aspecto, para efectos de ofrecer mayor claridad,

⁴⁵ Artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

como se dijo, al calificativo “exorbitancia” que justamente constituye la razón de ser de la consideración que con esta sentencia se ratifica.

Al análisis de la exorbitancia administrativa, le falta entonces, un elemento fundamental: el que ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad.

No obstante, la caducidad como prerrogativa exorbitante se diferencia en el estatuto de contratación estatal por ser también una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, circunstancia que la ubica en un plano diferente: aun cuando es un instrumento jurídico que se justifica en la responsabilidad de la administración en el control y vigilancia de la ejecución del contrato, se constituye en una herramienta extraordinaria, lo cual quiere señalar que responde a comportamientos que requieren de un análisis en el que se impute responsabilidad al contratista y que denoten tal gravedad que puedan llevar a la paralización del objeto contratado. Por este motivo el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 dispone.

“De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente lo dará por terminado y ordenara su liquidación.”

La distinción de las otras cláusulas excepcionales se evidencia de manera mucho mas clara en la ley 80 de 1993 al hacer este estatuto una separación diáfana de las causales de terminación unilateral de los contratos, comprendiendo muchos de los supuestos que en el Decreto 222 de 1983 se incluían en la caducidad y que no obedecían a comportamientos tipificados con estructura de infracción sino a circunstancias objetivas que afectaban la ejecución del objeto contratado. Por consiguiente en la actualidad la norma ofrece claridad respecto de la posibilidad de finalizar unilateralmente el contrato sin que ello implique un ejercicio del poder sancionatorio en los siguientes casos: 1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga (motivo de

conveniencia y oportunidad); 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 quiebra del contratista, y; 4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

El que la terminación unilateral no comparta con la caducidad la naturaleza de sanción administrativa no conlleva a inaplicación del debido proceso, toda vez que como ya tuvo oportunidad de precisar la Sala en otra ocasión esta garantía se extiende a toda actuación administrativa, cosa distinta es que no se activen aquellos principios y derechos que son propios del derecho punitivo y que se aplican sólo ante el ejercicio del *ius puniendi* del Estado⁴⁶. Así las cosas, la capacidad de castigo sólo es posible ante una infracción administrativa la cual consiste principalmente en *“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.”*

Es necesario advertir, que el ordenamiento jurídico colombiano también ha establecido el uso de la potestad sancionadora mediante la utilización de la declaratoria de caducidad de los contratos en variados supuestos que no están relacionados con el incumplimiento de las obligaciones pactadas, por lo que opera exclusivamente por ministerio de la ley y se extiende a todo tipo de negocio jurídico estatal. Estos supuestos se traducen en las siguientes infracciones: 1. acceder el contratista a peticiones o amenazas de grupos al margen de la ley⁴⁷; 2. Ser declarado el contratista responsable fiscalmente⁴⁸; 3. Ser condenado el contratista en acción de repetición⁴⁹, y; 4. Incumplir el contratista las obligaciones relativas al pago de aportes parafiscales⁵⁰.

De otra parte, la potestad sancionadora, al igual que ocurre con otras potestades reconocidas a la Administración, sólo se puede concebir bajo el postulado según el cual la actividad administrativa se halla supeditada al derecho. Es decir, no se trata de un poder aislado sino sometido en todo momento al principio de legalidad. Esta obviedad relaciona directamente la utilización de la caducidad con varias

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 23 de 2010. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 16.367

⁴⁷ Artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

⁴⁸ Artículo 60 de la Ley 610 de 2000.

⁴⁹ Artículo 17 de la ley 678 de 2001

⁵⁰ Parágrafo 2º del Artículo 1 de la Ley 828 de 2003.

disposiciones constitucionales: 1. El artículo 121 porque se trata de una competencia expresamente atribuida por la ley a la autoridad pública que conlleva una vinculación positiva con las normas superiores que sirven de soporte a las decisiones punitivas; 2. El artículo 122 ya que su ejercicio encuentra correspondencia en las competencias asignadas a los funcionarios, las cuales se materializan en el contenido funcional de los empleos públicos, y, 3. El artículo 6º en razón a que la autoridad al hacer uso de las facultades sancionatorias confiadas no puede omitir los condicionamientos que el ordenamiento jurídico impone para su ejercicio así como tampoco extralimitarse en las consecuencias a imponer.

Visto lo anterior, la potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción. Cada uno de estos aspectos, tratándose de caducidad de los contratos estatales, presentan las siguientes especificidades:

1. 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. Como se sostuvo líneas atrás, el Decreto 222 de 1983 reconoció la capacidad de imponer sanciones en varias de sus disposiciones, particularmente en los artículos 13 y 60. A su vez, la ley 80 de 1993 haría lo propio en el artículo 18.

Ahora bien, en el campo contractual la habilitación otorgada por el legislador puede hacerse de formas variadas: a. Imponiendo forzosamente la inclusión de la caducidad (otorgándole desde el plano contractual el carácter de cláusula esencial), y; b. condicionando su utilización a la existencia de un acuerdo de voluntades (otorgándole el carácter desde el plano contractual de cláusula accidental). De allí que el decreto 222 de 1983, en su artículo 60 señalara que en el caso de los contratos administrativos la inclusión de la cláusula fuera forzosa mientras que en los contratos de derecho privado resultaba necesario el acuerdo expreso de voluntades.

Similar tratamiento se dio en el último inciso del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el que se estipuló que la cláusula de caducidad es obligatoria en los contratos que tengan por objeto actividades que constituyan monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la prestación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. Por otra parte, en los contratos de suministro y prestación de servicios la posibilidad de utilización de este instrumento sancionatorio se supedita a pacto expreso de las partes, mientras que en los contratos restantes no se permite su estipulación.

Al respecto la jurisprudencia de la Corporación ha señalado:

“El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 reguló la posibilidad y forma de pactar las cláusulas exorbitantes en los diversos tipos contractuales, según los siguientes parámetros: en primer término, dispuso aquellos tipos de contratos en los cuales se entienden pactadas las diversas cláusulas excepcionales consagradas en la Ley, esto es aquellos en los cuales no se requiere de estipulación expresa para definir su existencia y ejercicio frente a la relación contractual. Así, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, éstas cláusulas pueden considerarse de la naturaleza del contrato, pues aun cuando no las contenga formalmente, se entienden pertenecerle (...) ...En segundo lugar, el artículo 14 regula aquellos contratos en los cuales la estipulación de la cláusula exorbitante resulta facultativa para las partes, esto es no obligada su inclusión en la relación negocial, pero los contratantes, si a bien lo tienen, las pueden pactar. Este tipo de cláusulas son denominadas en la norma civil - artículo 1501 del C.C. - como accidentales, pues a pesar de que no son de la esencia ni de la naturaleza del contrato, de forma expresa podrán estipularse (...) ...un tercer grupo que contempla la norma, lo constituye un grupo de tipos contractuales en los cuales está prohibida expresamente la inclusión de cláusulas excepcionales, por tanto, sumado a que la ley no obliga a su estipulación, las partes en ejercicio de su voluntad, tampoco podrán pactarlas...”⁵¹”

2. Corresponde de igual manera al legislador decidir si la administración ante el supuesto de hecho descrito en la ley puede optar válidamente por declarar o no la caducidad del contrato, o lo que es igual, si la competencia otorgada tiene carácter reglado o discrecional. En el Decreto 222 de 1983 a la autoridad administrativa se le reconoció la capacidad de determinar si ante un incumplimiento grave, la mejor medida a asumir era la finalización anticipada del negocio jurídico o la utilización de otros mecanismos conminatorios (la imposición

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 2011. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.735.

de sanciones) que puedan viabilizar la ejecución de lo pactado, de igual modo la Ley 80 otorgó capacidad de decisión a la entidad contratante al indicar en el artículo 18 que ésta puede abstenerse de declarar la caducidad siempre y cuando *“...adopte las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.”*

La anterior afirmación es ajustada al ordenamiento jurídico siempre y cuando se realice la siguiente salvedad: Si se constata el supuesto de hecho descrito en la norma y después de sopesar todas las posibilidades de actuación se llega a la conclusión de que las medidas de control e intervención con que se cuenta no garantizan la ejecución del objeto contratado o haciéndolo no resultan proporcionales al ser mayor el costo que el beneficio que se recibe con el mantenimiento del vínculo contractual, la declaratoria de caducidad deja de ser discrecional y se convierte en reglada y de no hacerse uso de ella los funcionarios incurrirían en las responsabilidades que son propias de su condición de servidores públicos por un actuar claramente omisivo.

3. Al igual que los derechos reconocidos a los ciudadanos, las potestades otorgadas a la Administración no son absolutas y por lo tanto deben ser limitadas para que su ejercicio no sea arbitrario. En el ámbito sancionatorio una de las garantías más importantes reconocidas al ciudadano, es precisamente la certeza sobre el carácter temporal del uso del poder punitivo del Estado. Se trata de un presupuesto de seguridad jurídica, ya que ante la inactividad del aparato administrativo el ordenamiento jurídico prevé una consecuencia: la pérdida de competencia para imponer el castigo e incluso para adelantar el procedimiento mismo. De igual forma, no se puede concebir un poder punitivo indefinido, pues por razones de orden público e interés general, no cumple función preventiva alguna la sanción que se impone en periodos de tiempo prolongados luego de que se ha cometido la infracción, lo cual se acompasa con el carácter mínimo de intervención del *ius puniendi*. Como ha señalado la doctrina: *“...se defiende la concepción según la cual la aplicación de la prescripción depende exclusivamente de la presencia de elementos objetivos de paralización del procedimiento y*

*transcurso del plazo legalmente establecido, con independencia y al margen de toda referencia a la conducta procesal del titular de la acción*⁵².”

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 arbitraria⁵³.

El decreto 222 de 1983 en el artículo 64 al regular lo referente al procedimiento para la declaratoria de caducidad no hizo mención expresa al límite temporal para el uso de dicha prerrogativa, sin embargo dos argumentos llevan a la jurisprudencia a sostener que esta terminación anticipada producto del poder sancionador de la administración se puede ejercer mientras el contratista se encuentre obligado a la ejecución del objeto contractual: 1. La reiteración de que el uso de otras cláusulas exorbitantes (modificación, interpretación y terminación unilateral) se debe realizar en el plazo estipulado para la ejecución del negocio jurídico, y; 2. El que la finalidad de la caducidad sea evidentemente evitar la paralización de la actividad encomendada al contratista. Igual razonamiento se desprende de lo regulado en la 80 de 1993, sobretudo si se tiene en cuenta que el artículo 18 señala que los hechos constitutivos de incumplimiento deben afectar de manera grave y directa el desarrollo del objeto contractual.

4. En un Estado que se precie de ser democrático las decisiones de la autoridad administrativa no pueden ser tomadas de plano y sin la participación previa de aquellos ciudadanos que pueden resultar afectados en sus situaciones jurídicas individuales, particulares y concretas. Por contera, la expedición de todo acto administrativo particular requiere del agotamiento de un procedimiento administrativo previo, entendido éste como el *iter* que debe recorrer la Administración para asegurar que sus decisiones sean justas y válidas. Se trata de una de las manifestaciones más importantes del debido proceso y del derecho que tienen todos los administrados a participar activamente en la asunción de aquellas

⁵² DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. Constitución y Derecho Sancionador Administrativo. Madrid, Marcial Pons. 1997. Pág. 294.

⁵³ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho... *Ob. Cit.* Pág. 1000.

determinaciones que puedan llegar a afectarlos. La concreción de estas garantías se materializa a través de los derechos de contradicción y defensa, de forma tal que se convierte en imperativo constitucional el escuchar a aquellas personas que pueden verse favorecidas o desfavorecidas con un pronunciamiento de la autoridad administrativa. Si esto es así en actuaciones en las que se debaten aspectos relacionados con la solicitud de autorizaciones, permisos o en general se depreca el reconocimiento de posiciones activas, con mayor razón en aquellos casos en los que se pretende imponer un castigo.

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no establecía el procedimiento para la declaratoria de caducidad, razón por la cual debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 77 del mismo cuerpo normativo, en el que se preceptuaba que los vacíos o lagunas que se presentaran para el adelantamiento de las actuaciones administrativas contractuales debía resolverse aplicando, en cuanto fueran compatibles, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa. Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que al ser el debido proceso un principio rector en materia sancionatoria era obligación de las autoridades aplicar un procedimiento mínimo que garantizara los derechos de contradicción y defensa, o lo que es igual, debía asegurar que la decisión estuviera precedida de audiencia del afectado.

A su vez, la jurisprudencia de la Corporación⁵⁴ indicó que los vacíos del procedimiento para la imposición de una sanción se debían llenar acudiendo al procedimiento administrativo general consagrado por el legislador, como consecuencia de ello no era competencia de la autoridad establecer las etapas en que esta clase de actuaciones se dividían, cosa distinta era la posibilidad de auto-organizarse internamente a efectos de tramitar el expediente respectivo. En esa oportunidad la Sala sostuvo:

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

“(...) La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero de 2010. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 36054

sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo⁵⁵.

“Esta Postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que pueden existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige los fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política...”⁵⁶” (Subraya fuera de texto)

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

No obstante, a la línea jurisprudencial expuesta debe sumarse la regulación hecha en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de forma tal que en la actualidad existe un cause procedimental para la declaratoria de caducidad. Aun así, no se debe dejar de lado que el nuevo código de procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurría con el decreto 01 de 1984, establece un procedimiento administrativo sancionatorio, que si bien es cierto constituye una actuación administrativa especial tiene un carácter general para aquellas autoridades que tienen encomendadas la competencia de imponer sanciones ante la ocurrencia de infracciones administrativas⁵⁷.

⁵⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003.

⁵⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 252 DE 1994. M. p. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, la Sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁷ Artículo 47 de la Ley 1437 de 2011. **“Procedimiento Administrativo Sancionatorio.** Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes administrativas especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta parte primera del Código. Los preceptos de este código se aplicarán también en lo no previsto por estas leyes....”

Lo anterior significa que, ante los vacíos o lagunas que se presenten en las actuaciones contractuales de carácter sancionatorio (en este caso la declaratoria de caducidad) la autoridad administrativa debe llenarlos, en primer lugar, con las disposiciones de la ley 1437 de 2011 que regulan lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 a 52) y, sólo en aquellos eventos en los que las lagunas sigan presentándose, acudir al procedimiento administrativo general consagrado en el mismo cuerpo normativo.

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. El mecanismo procesal para acceder a la justicia es el de solución de controversias contractuales, empero aun cuando se trate de una decisión relacionada con la ejecución del objeto negocial, la acción interpuesta se encamina a la obtención de la nulidad de la decisión por medio de la cual se declaró la caducidad. Por consiguiente, el éxito de las pretensiones depende en todo momento del aporte de las pruebas de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la ilegalidad.

De igual forma, la posibilidad de obtención de cualquier restablecimiento o indemnización reclamada está subordinada a que se desvirtué primero la presunción de legalidad propia de todas las decisiones administrativas, porque es precisamente la *“...ilegalidad del acto de caducidad del contrato, la que determina la responsabilidad de la Administración, en el entendido de que se evidencia el daño consistente en la lesión del derecho del contratista y la imputación jurídica del mismo a la entidad, por la violación de la ley y del contrato, en que incurre la entidad pública al proferir el acto sin sometimiento a éstos. Demostrados los elementos que determinan la responsabilidad, procede la indemnización plena de los perjuicios que se prueben en el proceso*⁵⁸.”

Así las cosas, los cargos formulados por el actor constituyen un límite para decidir, toda vez que, como ya ha reiterado la jurisprudencia de esta corporación en varias oportunidades, el control de legalidad que el juez contencioso administrativo realiza no es general sino particular y concreto. Es decir, el análisis que haga el operador jurídico sólo puede circunscribirse a los motivos de violación

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 22 de 2009. M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14389.

que se alegan en el proceso. La jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada, por ello, se afirma que quien decide, no puede de oficio señalar razones de contradicción entre la norma demandada y la supuestamente infringida; esta posibilidad sólo es permitida por el ordenamiento jurídico cuando se constata la afectación de un derecho fundamental.⁵⁹

Así, el concepto de la violación constituye la *causa petendi* en el proceso, motivo por el cual si esta Sala al intentar desentrañar si las razones esgrimidas por el demandante comprometen la legalidad de la resolución demandada, extiende su análisis a cada uno de los supuestos señalados como indispensables para que la potestad sancionadora no incurra en arbitrariedad, sería modificar dicha *causa petendi* al incorporar en el proceso razones no alegadas; en otras palabras, se estaría decidiendo por fuera de lo pedido (*“extra petita”*), porque son precisamente los argumentos traídos por el demandante al proceso los que *“determinan el marco de juzgamiento.”*⁶⁰

2.3. El concepto de sanción administrativa aplicado a la institución de la caducidad de los Contratos Estatales.

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 jurídica⁶¹, 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*.

⁵⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Sub-sección A. Sentencia de noviembre 16 de 2006. C. P. Ana Margarita Olaya Forero. Exp. 5688. C. P. Respecto de la posibilidad de flexibilización de la obligación de señalar el concepto de la violación en los casos en los que se comprometan derechos fundamentales se puede consultar: Corte Constitucional. Sentencia de Abril 7 de 1999. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de Abril 18 de 2002. C. P. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp. 6536.

⁶¹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 23 de 2012. M. P. Ruth Stella Correa. Exp. 20810

Por contera, el concepto de sanción administrativa del que hace parte la caducidad debe definirse en primer lugar por su objeto, toda vez que se trata de un “mal que impone la administración a un sujeto (en este caso contratista). Se está entonces frente a un mecanismo de carácter coercitivo, que implica la privación de un derecho o de un bien jurídico como respuesta a la realización de un comportamiento o conducta humana⁶². La reacción de la administración no es otra cosa distinta que una respuesta habilitada por el ordenamiento jurídico cuando se presenta un incumplimiento de una norma (incumplimiento que está tipificado como infracción administrativa) al incurrir en el desconocimiento de un deber, abusar de una situación subjetiva reconocida o incurrir en una prohibición.

La sanción y la infracción deben coexistir necesariamente, pues aun cuando hayan conductas prohibidas y consideradas ilegales si frente a éstas no se contempla una reacción que implique la disminución de un bien jurídico no pueden enmarcarse como ilícito administrativo⁶³. Así mismo, a las autoridades administrativas se les confía el uso de instrumentos cuya finalidad no es el “castigo - prevención” sino el restablecimiento del orden alterado, la reparación del daño causado o la utilización de la coacción para conseguir un fin deseado, caso en los cuales no puede jurídicamente hablarse de una pena, ya que el elemento que permite su identificación es precisamente su naturaleza represiva⁶⁴.

El concepto ofrecido se acompasa con el desarrollo que la doctrina ha realizado, al sostener que: *“El interés general se traduce, en un Estado de Derecho, en normas, que imponen límites a la actuación de todos los sujetos, privados y públicos. La contravención de tales límites por los sujetos destinatarios de las normas lleva aparejada con normalidad determinada consecuencia, que, en su caso, puede consistir en infligir un mal al infractor, es decir, en imponerle una sanción. Esta no es sino una específica técnica de protección o tutela de los correspondientes bienes jurídicos, precisados por la comunidad jurídica, en que se concreta el interés general, a través de la cual se persigue un control - represivo de forma inmediata, pero también preventivo de forma indirecta o por disuasión -*

⁶² UBEDA TARAJANO, Francisco. “Sanciones Disciplinarias de Derecho Público: Las Relaciones entre Ilícitos Administrativos y Penales en el Marco Constitucional.” En: Boletín No. 2033. Pág. 5.

⁶³ *Ibídem*.

⁶⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot. 2006. Pág. 578 a 580.

*de la vida social real para la eficacia del orden jurídico y la efectividad, por tanto, de los aludidos bienes jurídicos*⁶⁵.”

Retomando lo dicho hasta el momento, ha de sostenerse que la caducidad es una sanción administrativa porque se pueden identificar cada uno de los elementos de la definición ofrecida:

1. Se inflige un mal al contratista: La finalización anticipada del vínculo contractual sin que se tenga derecho a indemnización alguna, así como la generación de una inhabilidad para contratar por un término de 5 años a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad⁶⁶;
2. El mal dispensado es consecuencia de una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico: generar un incumplimiento de las obligaciones contractuales de tal envergadura que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, y;
3. Se priva al contratista de un bien jurídico consistente en alterar una posición de ventaja contractual: éste no sólo no puede finalizar el contrato sino que además no recibe indemnización por los perjuicios que la medida ocasione sobre su patrimonio. Adicionalmente, se afecta su derecho a participar en cualquier proceso selectivo y por supuesto a suscribir negocios jurídicos con entidad pública alguna.

No obstante lo anterior, en la resolución que declara la caducidad se prevén efectos adicionales a los indicados, razón por la cual resulta pertinente preguntarse si éstos también tienen el carácter de sanción administrativa. En el Decreto 222 de 1983 se señalaba en el artículo 23 que además de la inhabilidad prevista en el artículo 8º, en el acto administrativo se debían establecer las consecuencias que la medida adoptada producía y las prestaciones a que las partes se obligaban. Adicionalmente, en la misma decisión se debía ordenar hacer efectivas las multas y la cláusula penal y las garantías que se hubieren otorgado. El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 consagra iguales efectos al disponer: “...*La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión*

⁶⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. “*El Interés General o Público; Las Instituciones Generales para su Realización y, en su caso. Reajuste con el Interés Privado.*” En: Manual de Derecho Administrativo. Barcelona, Editorial Ariel. 1994. Pág. 306 y 307.

⁶⁶ Ver: artículos 8 y 18 de la Ley 80 de 1993. Para la época de los hechos resultaban aplicables los artículos 8 y 63 del Decreto 222 de 1983.

de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. (...) La declaratoria de caducidad será constitutiva de siniestro de incumplimiento.”

Lo primero que se debe señalar es que no resulta extraño a la actividad administrativa que una decisión de carácter sancionatorio vaya acompañada de medidas que no tienen tal naturaleza, aun cuando se trate de consecuencias jurídicas previstas para un mismo hecho generador⁶⁷. Por consiguiente, al ser el carácter afflictivo aquello que identifica el concepto de sanción, se trata de un criterio material y no formal de distinción, de modo tal que no resulta determinante que una decisión que incide sobre una posición activa de un ciudadano se encuentre incluida en el acto administrativo que impone un castigo, porque como se indicó lo importante en la identificación de su naturaleza jurídica es la finalidad que se persigue con su imposición. El concepto de Sanción no puede llegar a extenderse a todos y cada uno de los instrumentos con que cuenta la autoridad administrativa para el logro de los intereses colectivos, pues al tratarse de una manifestación propia del *ius puniendi* debe constituir la *ultima ratio*, por lo que no resulta apropiada su aplicación a cualquier disposición que implique la imposición de un gravamen. La creación de una categoría jurídica resulta de utilidad cuando permite la diferenciación, puesto que la excesiva homogenización le quita sustancialidad, la desnaturaliza haciéndole perder la utilidad para la cual fue creada.

Así, una sanción administrativa puede estar acompañada de:

a. Medidas tendientes a restablecer el orden jurídico alterado. En este supuesto la decisión de la administración se encamina a volver las cosas al estado anterior, como se encontraban antes de que la conducta ilícita fuera desplegada. Los ejemplos son abundantes en el ordenamiento jurídico colombiano, pues la multa en ámbitos como el urbanístico, el ambiental o el sanitario se ve acompañada de la orden de demolición de edificios o construcciones realizadas ilegalmente, el sellamiento de establecimientos que funcionan por fuera de las normas que regulan el sector o el decomiso de sustancias o especies poseídas en contravía de disposiciones legales y reglamentarias⁶⁸. Se trata en estricto sentido

⁶⁷ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel. “Concepto de Sanción Administrativa”... *Op. Cit.* Pág. 59.

⁶⁸ *Ibídem.* Pág. 67.

de una manifestación propia del poder de policía administrativa restablecedora de la legalidad⁶⁹.

En el ámbito contractual la declaratoria de caducidad lleva implícita la adopción de estas medidas. Así, la sola terminación del contrato sin incluir el efecto de la no indemnización (esto si es sanción), la toma de posesión de la obra por parte de la entidad y la declaratoria de siniestro para hacer efectivas las garantías o pólizas de cumplimiento, no son otra cosa distinta a instrumentos utilizado por la entidad contratante para evitar la paralización del objeto contratado o, en caso de que ésta se haya dado, reactivar su ejecución para finalizar la obra o prestar el servicio público de que se trate. Con estas decisiones no se persigue imponer un castigo sino llevar a feliz término el contrato.

b. Medidas tendientes a obtener una reparación de perjuicios. Se trata del reconocimiento que de tiempo atrás se ha hecho respecto de la infracción administrativa como hecho generador de un daño antijurídico, el cual puede derivarse de una relación contractual o extracontractual. De este modo, tradicionalmente se ha aceptado que la responsabilidad patrimonial es compatible con la responsabilidad punitiva y, en el ámbito administrativo se ha previsto que su declaratoria se realice al culminar el procedimiento administrativo como una de las principales consecuencias que se derivan de la imposición de la sanción, ya que la determinación de la ocurrencia de un ilícito administrativo conlleva a su vez la posibilidad de realizar una imputación de los perjuicios patrimoniales causados.

Al respecto la doctrina ha afirmado:

“La responsabilidad administrativa abarca, como la penal, la responsabilidad civil por las consecuencias dañosas del hecho infraccional. Así lo prescribe con carácter general la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común: <<las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo, a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que la efecto se determine...>>⁷⁰.”

⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 70 y 71.

⁷⁰ PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I. Parte General. Madrid, Marcial Pons. 1993. Pág. 493 y 494.

En la actualidad es constatable que en el ámbito administrativo la responsabilidad sancionatoria se confunde con la civil, sin embargo es preciso aclarar que para no conducir a equívocos es indispensable no dejar de lado que “...*aun cuando la responsabilidad indemnizatoria puede tener su origen en un ilícito administrativo o penal, dicha **responsabilidad no surge en tanto que la conducta ha sido constitutiva de alguno de tales ilícitos, sino porque dicha conducta es, así mismo, constitutiva de ilícito civil.***”⁷¹

En efecto, el concepto de ilícito no se restringe de manera exclusiva al ámbito punitivo, comoquiera que el legislador puede establecer consecuencias civiles para aquellos actos o hechos que contienen una declaración de voluntad y que producen efectos tales como la extinción o modificación de una relación jurídica, por consistir en la vulneración del derecho de otra persona, ante lo cual, el ordenamiento jurídico para recomponer la situación turbada impone responsabilidad a quien ha ocasionado el perjuicio. De forma tal que, la actuación (acción u omisión) es importante para el derecho privado toda vez que se traduce en un evento dañoso. Así la consecuencia natural no es un castigo sino el “...*nacimiento a favor del perjudicado de un derecho de crédito que se dirige a un resarcimiento...*”⁷². Por contera, hablar de sanción en el ámbito civil no conlleva el carácter punitivo al que se ha hecho referencia hasta el momento, simplemente el vocablo se utiliza para denotar cual es la consecuencia jurídica que el legislador ha previsto frente a un supuesto de hecho concreto.

De este modo, la responsabilidad patrimonial (civil) y la potestad punitiva aun cuando pueden presentarse en un mismo procedimiento administrativo son completamente diferenciables por la finalidad que cada una de ellas persigue. Mientras la reacción que el ordenamiento jurídico tiene frente a un ilícito administrativo es la de prevenir - castigar, al tratar de evitar la puesta en peligro de bienes jurídicos; el ilícito civil se estatuye como categoría para cumplir una finalidad esencialmente resarcitoria - compensatoria a través de medidas encaminadas no a la represión sino de eliminación de las consecuencias negativas o concediendo en favor de la víctima la respectiva indemnización de perjuicios⁷³.

⁷¹ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 49.

⁷² DE COSSIO, Alfonso. El Dolo en el Derecho Civil. Granada, Comares. 2004. Pág. 37 a 41.

⁷³ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 50.

La diferencia que realiza la Sala se encuentra avalada por la Corte Constitucional, a propósito del tema de la imposición de sanciones por infracciones ambientales. Al respecto la corporación ha sostenido.

*“(...) Al respecto, cabe anotar, inicialmente, que el régimen sancionatorio ambiental contenido en la Ley 1333 de 2009, hace referencia a tres tipos de medidas: las preventivas, las sancionatorias y las **compensatorias**. Tratándose de las medidas preventivas y compensatorias, se les ha querido atribuir a ellas, como se pretende ahora, la naturaleza de verdaderas medidas sancionatorias, y, por esta vía, imputarles el presunto desconocimiento de algunas garantías que conforman el debido proceso.*

*“Pues bien, recientemente esta corporación precisó **que la naturaleza jurídica de las medidas adoptadas en materia ambiental, lo determina la finalidad perseguida con las mismas, esto es, los objetivos y propósitos que con ellas se pretendan satisfacer, y no su gravedad o nivel de intensidad, ni tampoco las consecuencias que de ellas se pudieran derivar.***

“(...) Tratándose de las medidas compensatorias, ya se ha mencionado que a ellas se refieren los artículos 31 y 40 (parágrafo) de la Ley 1333 de 2009, cuando señalan que el infractor que ha sido objeto de una sanción por daño ambiental, debe también cumplir con “las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinentes establecer para compensar y restaurar el daño o el impacto causado con la infracción”. Aun cuando tales mandatos no consagran una definición clara y precisa de las medidas compensatorias, a partir de sus contenidos normativos se puede identificar cuál es su alcance y cuales los propósitos y objetivos que con ellas se persiguen.

*“8.7. Así, de acuerdo con tales disposiciones, por medidas compensatorias se entiende el **conjunto de acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, dirigidas a lograr la recuperación, rehabilitación o restauración de los sistemas ecológicos que han sido degradados, dañados o destruidos como consecuencia de una infracción ambiental, y que le corresponde adelantar al infractor una vez ha quedado establecida su responsabilidad. En ese sentido, las medidas compensatorias están enfocadas directamente a la protección de la naturaleza, en cuanto buscan el retorno de los recursos naturales o el ambiente a la situación previa al impacto ambiental, o en su defecto, a lograr que tales bienes o su entorno sean mejorados o recuperados sustancialmente.***

*“8.8. La interpretación que hace la Corte acerca de las medidas compensatorias, a partir de las normas de la Ley 1333 de 2009, coincide a su vez con el entendimiento que la doctrina especializada tiene de ellas, en el sentido de sostener que **[l]as medidas compensatorias en asuntos ambientales se han entendido como aquellas tareas que la administración asigna a quien genera un***

impacto ambiental con el fin de retribuir in natura por el efecto negativo generado⁷⁴.

*“8.9. Teniendo en cuenta el objetivo que persiguen, las medidas compensatorias se inscriben, entonces, dentro de los mecanismos que el sistema jurídico ambiental ha instituido en defensa de los derechos de la naturaleza. Sobre este particular, es bueno recordar que **el daño ambiental da lugar a la afectación de dos tipos de intereses: los personales y los naturales. Conforme con ello, el ordenamiento jurídico, al constituir los medios de defensa y garantía de los derechos, ha previsto la reparación a favor de las personas que puedan resultar afectadas en sus patrimonios y derechos (a través del resarcimiento propio de las acciones civiles-individuales y colectivas-), y la compensación o restauración para garantizar y asegurar los derechos de la naturaleza, concretamente, en relación con los derechos a mantener y regenerar sus ciclos vitales**”⁷⁵.*
(Subraya fuera de Texto).

En la contratación estatal colombiana, el incumplimiento grave en la ejecución de las obligaciones pactadas que amenacen con la paralización de la obra o el servicio que se quiere prestar o gestionar se puede analizar desde una doble perspectiva. De un lado es un ilícito administrativo que da lugar a la declaratoria de caducidad como ejercicio de la potestad sancionadora reconocida a la autoridad administrativa; de otro, constituye un ilícito civil que genera en cabeza del contratista el deber de responder por los perjuicios que su actuar le ocasionó a la Administración pública. Por este motivo, uno de los efectos que prevé el ordenamiento jurídico es precisamente el que la entidad administrativa pueda hacer efectiva de manera directa la denominada cláusula penal cuando ejerce su poder punitivo, sin que esto se traduzca en que no pueda hacerse efectiva de forma separada e independiente.

El Decreto 222 de 1983 regulaba, expresamente, lo concerniente a la cláusula penal pecuniaria en los contratos de la administración. En el artículo 72 disponía la obligación de las entidades estatales de pactarla y, además, confería a la autoridad la potestad de imponerlas directamente, luego de que se presentaran los requisitos legales que se exigían para ello. Este artículo, aplicable por cierto - al caso concreto, prescribía:

⁷⁴ Ver “Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental”, Universidad Externado de Colombia, primera edición, abril de 2010, Compiladores Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón, pág202.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 632 DE Agosto 24 de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

“Artículo 72. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la Cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. El calor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.” (Subraya fuera de texto.

De la norma transcrita se destacan tres aspectos: 1. La Ley imponía de forma obligatoria a las entidades estatales el pactar la cláusula penal pecuniaria, salvo en el caso del contrato de empréstito; 2. Se reconoce a la autoridad la capacidad de hacerla efectiva directamente, y; 3. Su imposición no podía hacerse sin que se adelantara un procedimiento administrativo en el que se asegurara la aplicación del principio de proporcionalidad⁷⁶.

En la actualidad la facultad de pactar cláusula penal, así como de hacerla efectiva directamente se encuentra establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que preceptúa:

“El debido proceso será principio en materia Sancionatoria. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de obligaciones a cargo del contratista, así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

“Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades Estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago incluyendo el de la jurisdicción coactiva. (Subraya fuera de texto)

Como se puede observar la legislación vigente mantiene la misma filosofía establecida en el Decreto 222 de 1983, diferenciándose en que ahora no es obligatorio pactar la cláusula penal sino que este es un aspecto que dependerá en todo momento del acuerdo de voluntades. De otro lado, la cláusula penal es una sanción civil que responde a un ilícito civil, de forma tal que no tiene una naturaleza de carácter punitivo, pues la finalidad que a través de ella se persigue

⁷⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Noviembre 13 de 2008. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 17009.

no es la de prevenir la afectación de un bien jurídico (la puesta en peligro) o la de castigar o reprimir un comportamiento sino la de asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, a través de la exigibilidad de una pena establecida en el acto jurídico negocial⁷⁷. Así las cosas, no se trata de nada diferente a que las partes estipulen *“el monto del resarcimiento para un caso futuro de incumplimiento o retardo, lo que en la práctica se traduce en que su voluntad se enderece a liquidar preventivamente el daño resarcible y en ello consiste precisamente la función reparadora de la pena pecuniaria. La importancia de incorporarla en el contrato, radica en que la parte beneficiaria queda eximida de tener que probar los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de la otra parte, teniendo sólo la carga de la prueba del daño efectivamente causado que no alcance a cubrir la pena⁷⁸.”* (Subraya fuera de texto).

Es cierto que en el ámbito del derecho contractual - administrativo el ordenamiento jurídico le reconoce a la entidad estatal la prerrogativa de hacer efectivamente la cláusula penal; no obstante, esta facultad no puede confundirse con el ejercicio de la potestad sancionadora pues a lo que alude en estricto sentido es al reconocimiento de un poder ejecutivo y ejecutorio en cabeza de la autoridad administrativa, o lo que es igual, a la competencia que ésta tiene de tomar una decisión y proceder a su ejecución en ámbitos en los que los particulares deberían acudir a la jurisdicción. De allí que al hablar de poder de auto-tutela administrativa se está denotando excepcionalidad frente a las relaciones que se establecen con los ciudadanos mientras que cuando se habla de *ius puniendi* de lo que se trata es de una relativización del principio de separación de poderes, toda vez que la excepcionalidad no se da respecto de los administrados sino del aparato jurisdiccional al reconocer que éste ya no tiene el monopolio del derecho punitivo del Estado.

c. Medidas tendientes a disuadir o a obtener el cumplimiento de una obligación. Es normal que los ordenamientos jurídicos reconozcan en cabeza de las autoridades administrativas el ejercicio de competencias que aun cuando son coercitivas no tienen carácter punitivo, las cuales traen su causa en el incumplimiento de alguna obligación **e intentan superar esta circunstancia**, de forma tal que a diferencia de la sanción no se parte de una infracción y no tienen

⁷⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. M. P. Alier Hernández Enríquez. Exp. 31941.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Septiembre 13 de 1999. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10264.

como finalidad imponer una pena que el culpable de la situación creada debe padecer⁷⁹. El incumplimiento existe pero no tiene la entidad suficiente para encuadrarse en el supuesto de hecho establecido en el artículo 18 de la ley 80 de 1993.

Por este motivo, hay que señalar que las medidas coercitivas son independientes de aquellas que pueden imponerse como sanción administrativa, de forma tal que más que adscribirse al *ius puniendi* del Estado lo hacen a la potestad ejecutora que tiene la administración, siendo aplicable en este sentido lo que en su momento desarrolló la Sala respecto de la Cláusula Penal.

En este ámbito se circunscriben las multas a que hace referencia el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Un aspecto diferenciador debe apuntarse: se aplican de manera separada a la caducidad del contrato, así pueden ser un antecedente que indique la gravedad del incumplimiento pero ello no quiere significar que se establezcan como un requisito de procedibilidad para ejercer la potestad punitiva confiada a la entidad estatal⁸⁰. Adicionalmente, debe señalarse que la jurisprudencia de la corporación ya ha establecido que la imposición de multas responde a un ejercicio de la autonomía de la voluntad, relativizando así el carácter de cláusula exorbitante. Esta circunstancia, sin lugar a dudas, hace más sencillo negarles el que sean una materialización del derecho punitivo y otorgarles un carácter exclusivamente negocial. Queda entonces, la facultad que las normas en contratación reconocen en cabeza de la administración para su imposición y cobro directo, siendo este aspecto el que constituye función administrativa al tratarse de un reconocimiento de ejecutividad y ejecutoriedad en cabeza de la autoridad. Al respecto esta sección ha afirmado⁸¹:

“De la tesis recogida y ratificada⁸² por la sentencia de 20 de octubre de 2005, pareciera derivarse, la comprensión de que se está en frente de una exorbitancia, por la verificación de una manifestación unilateral (imposición de la multa) de la administración (entidad pública contratante) que produce unos efectos jurídicos en un sujeto de

⁷⁹ PARADA, Ramón. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.*

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de Julio de 2008. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 21574.

⁸² Como se indicó, ha existido una uniformidad jurisprudencial, en la comprensión de la imposición unilateral de multas, como una exorbitancia administrativa. Sin embargo en algunas providencias, pareciera insinuarse la posibilidad de cuestionamiento, al menos, de la connotación exorbitante que detenta la imposición unilateral de multas. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera. Sentencias de 18 de marzo de 2004 y 14 de julio de 2005. Expedientes: 15936 y 14289 respectivamente.

derecho privado (contratista). ¿Cuáles efectos? Una merma patrimonial; toda vez que la administración contratante haría efectivo el monto de la multa, a través de la retención de unos dineros del saldo por pagar al contratista, o de la garantía por él presentada, o a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva.

“La naturaleza de algo exorbitante, no se puede determinar de manera independiente y aislada. Lo exorbitante lo es, en relación con algo “normal”, debe encontrar un punto de referencia. En el caso que se estudia, la exorbitancia debe predicarse entonces, no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de las capacidades de un cocontratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común.

“A este derecho (común), no le resultan ajenas, sin embargo, manifestaciones unilaterales con efectos jurídicos, bien sea como consecuencia de su contemplación legal, o del ejercicio de la autonomía de la voluntad. A título de ejemplo pueden citarse los derechos de un padre sobre el hijo y la posibilidad de ejercerlos a través de decisiones unilaterales en ejercicio de la patria potestad (artículo 288 del Código Civil), así como la posibilidad que detenta un mandante frente a su mandatario, con ocasión de la revocación del mandato.

“Como se verifica, entonces, la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la administración pública en la ejecución de un contrato, no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues esta debería significar una situación inviable en el derecho común. Esta situación, que ha sido advertida, de manera específica, para el caso que nos ocupa (imposición unilateral de multas), por algún sector de la doctrina⁸³, implica un cuestionamiento y análisis más detallado de la esencia de lo exorbitante como concreción de una prerrogativa pública. Por este motivo, la Sala estima conveniente detenerse en este aspecto, para efectos de ofrecer mayor claridad, como se dijo, al calificativo “exorbitancia” que justamente constituye la razón de ser de la consideración que con esta sentencia se ratifica.

“Al análisis de la exorbitancia administrativa, le falta entonces, un elemento fundamental: el que ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad.

⁸³ JOSÉ LUIS BENAVIDES estudia en detalle esta situación, para concluir, que no percibe en la imposición unilateral de multas por la entidad estatal contratante, una exorbitancia, habida cuenta que el derecho privado ofrece múltiples situaciones contractuales, en las que se presentan decisiones unilaterales de una de las partes, que tienen efectos jurídicos en la otra, y en general en la suerte del contrato. Esta posibilidad la sistematiza a través de tres grupos, (1) mandato legal, como en el caso del mandato civil o comercial; (2) esencia contemporánea de algunos contratos atípicos, y cita entre otros algunas hipótesis de los contratos de concesión privada, mercantil de distribución y franquicia; y (3) autonomía de la voluntad, en la que cita algunas manifestaciones jurisprudenciales que han reconocido este tipo de situaciones. ¿ Las multas son finalmente imposibles en el contrato estatal? En Revista de derecho del Estado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (en prensa).

“No basta entonces, se insiste, en la constatación de una manifestación unilateral que produzca efectos jurídicos; esta manifestación debe constituir la concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye únicamente a un sujeto público o a uno privado, en ejercicio de las funciones administrativas, en virtud de la relación de las específicas actividades de estos, con los fines del Estado.

“Esta consideración, conlleva a un análisis adicional, en el caso que ocupa a la Sala: ¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa?

“La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas.

“La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista.

“Se insiste en que esta posibilidad, debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado. Esta finalidad le ha servido en un caso similar, a la Corte Constitucional, para determinar la exorbitancia de una imposición de multas y la necesidad de la configuración legal de la misma⁸⁴.

“Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa.”

⁸⁴ Se trata de la imposibilidad de las empresas de servicios públicos domiciliarios de imponer multas a los usuarios por concepto de fraude. Ha sostenido el máximo tribunal de la Jurisdicción constitucional, que aunque la posibilidad de imponer multas se encuentre pactada en el contrato de servicios públicos, la inexistencia de una disposición legal que habilite a la empresa para ejercitar esa prerrogativa pública, hace inviable esa posibilidad. Como se observa, aquí lo que justificaría esa exorbitancia, sería el servicio prestado por la empresa y no su naturaleza pública o privada. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-720 de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

Ahora bien, no debe confundirse el carácter sancionatorio de una medida administrativa con el cauce procedimental que el legislador ha previsto para su imposición. Así las cosas, al tratarse de un ámbito conexo pero no identificable con el *ius puniendi* del Estado la ley habría podido optar por no extender las garantías propias del derecho punitivo sin que ello quiera significar una negación del debido proceso, pues toda decisión administrativa (sin importar su naturaleza) debe estar precedida de un trámite previo en el que se permita la audiencia y el ejercicio de contradicción y defensa de aquel cuya situación jurídica puede ser afectada; cosa distinta es la exigencia de presupuestos como tipicidad, antijuridicidad, etc.

No obstante lo anterior, en el Estatuto de Contratación Estatal, específicamente en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se optó por extender el procedimiento administrativo sancionatorio para poder aplicar medidas de diferente naturaleza (restauradoras, resarcitorias y conminatorias), por lo que se debe agotar idéntico trámite. Esta opción legislativa obedece en primer lugar, a la dependencia que tienen la declaratoria de siniestro, la efectividad de la cláusula penal, el cobro de multas con la medida de caducidad, toda vez que las primeras se consideran un efecto consustancial a la imposición de la sanción administrativa, tienen en ella su causa. Empero, este planteamiento no puede conducir a equívocos, comoquiera que la norma vigente es clara, y en aquellos casos en los que los instrumentos a que se ha hecho referencia se apliquen de manera independiente y separada, al no supeditarse a la existencia previa de la infracción administrativa contemplada en el artículo 18 de la Ley 80, deben someterse también a un procedimiento de cariz sancionatorio. Esta última circunstancia amerita una aclaración: al no ser una manifestación clara del poder punitivo del Estado los principios de éste ser analizados con sumo cuidado, e incluso en muchos casos será inevitable su inaplicación.

2.4. La teoría de la infracción administrativa aplicada a la institución de la caducidad de los contratos Estatales.

La imposición de una sanción administrativa amerita de la autoridad que realice una constatación de que el comportamiento en que incurrió quien es objeto de castigo es típico, antijurídico y culpable. Ya la Sala indicó líneas atrás que se trata de aplicar principios comunes al derecho público, por lo tanto no exclusivos del

derecho penal. Esta circunstancia permite del operador un trabajo hermenéutico adecuado para la sistematización del derecho administrativo sancionatorio, ya que en su labor debe tener en cuenta que el artículo 29 de la Constitución quiere otorgar garantías al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo confiado a las autoridades administrativas aspecto que debe conjugarse con los intereses generales que son confiados a los aparatos administrativos para su gestión, puesto que el castigo no deja de ser un instrumento adicional para garantizar la legalidad en un sector administrativo determinado.

Por consiguiente, la aplicación de los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son predicables de toda actuación sancionatoria confiada a la Administración; ahora bien, no se trata de una aplicación idéntica a la que realiza el derecho penal, en razón a que éstos deben modularse para acomodarse a las particularidades de la actuación administrativa. A su vez, la construcción general de una teoría de la infracción administrativa no implica desconocer que cada ámbito de la administración presenta especificidades que conllevan a la necesidad de un análisis sectorial de los mencionados principios. Bajo esta premisa la Sala abordará su estudio en el ámbito de los contratos del Estado.

a. 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*”⁸⁵.

La exigencia de “*Lex scripta*” ha sido considerada por la doctrina como una garantía de carácter formal, con ella se quiere delimitar cual debe ser la naturaleza o rango jerárquico de las normas que contengan la infracción administrativa y las sanciones a imponer. Sobre este aspecto, debe advertirse que a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal, en el derecho administrativo no se exige una

⁸⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 208 y ss.

reserva absoluta de ley sino una cobertura de carácter legal⁸⁶. Así, las cosas, todos los elementos que conforman la conducta reprochada no necesariamente deben haber sido previstos por el legislador, en atención a que el derecho administrativo admite una participación activa del reglamento en la definición del ilícito administrativo. Las razones de esta construcción son variadas y pueden resumirse así: 1. La distribución que constitucionalmente se permite del poder punitivo conlleva una inevitable adaptación en el campo administrativo; 2. En algunas materias el reglamento es inevitable por lo cambiante de la regulación o el carácter eminentemente técnico de la materia sobre la que recaen, y; 3. En el ámbito territorial dejar un espacio de desarrollo a las normas que emiten las corporaciones locales es una exigencia propia de la autonomía que les es reconocida a las entidades de este orden⁸⁷.

En consecuencia, la disposición constitucional en comento impone al legislador el deber legal de tipificar las infracciones, cosa distinta es que le otorga la posibilidad de decidir si él va a delimitar todos y cada uno de los elementos que conforman la infracción administrativa o si por el contrario parte de esta tarea se va encomendar a la autoridad administrativa. Así las cosas, la prohibición que se desprende de la Carta política es la de que sea el reglamento quien de forma exclusiva defina en que consiste el comportamiento que de presentarse ameritaría sanción, pues este obrar si conllevaría una usurpación de las funciones que corresponde a la rama legislativa⁸⁸. Esta interpretación es armónica con el artículo 113 de la norma fundamental, toda vez que en Colombia la construcción del modelo de Estado se ha hecho sobre el principio de colaboración armónica entre los diferentes poderes públicos.

Así las cosas, el legislador puede optar por regular todos y cada uno de los elementos de la infracción administrativa excluyendo de este modo la posibilidad de intervención del reglamento. De igual modo, podría elegir ocuparse sólo de delimitar los elementos sustanciales, es decir, determinar en que consiste la acción u omisión prohibida, limitándose a lo esencial y por medio de la técnica de la norma de remisión o tipo en blanco dar entrada a las normas administrativas,

⁸⁶ Cfr. PERELLO DOMENECH, Isabel. *"Derecho Administrativo Sancionador y jurisprudencia Constitucional."* En: Jueces para la Democracia No. 22. 1994. Pág. 76 y ss.

⁸⁷ DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. *Constitución y Derecho...* Ob. Cit. Pág. 228.

⁸⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo...* Ob. Cit. Pág. 260.

sin que éstas replacen la tarea encomendada a la ley ya que su función es la de complementar, completar y precisar la descripción no la de reemplazarla⁸⁹.

De tal forma que, en el segundo de los eventos señalados, jamás la Ley puede ser un cheque en blanco para el ejecutivo, comoquiera que es al legislador a quien corresponde delimitar el sujeto activo (el quien puede imponer el castigo), el sujeto pasivo (sobre quien recae) y el verbo rector (la conducta que se considera contraria a la legalidad administrativa), quedando a la norma administrativa los elementos denominados por los penalistas normativos y descriptivos. Si el límite expuesto no se respeta operaría una verdadera deslegalización, una renuncia de la rama legislativa no permitida constitucionalmente, lo cual resulta no admisible en un sistema jurídico en el que la potestad reglamentaria se somete a un estricto principio de jerarquía normativa⁹⁰.

La aplicación de la garantía de “*Lex scripta*” al ámbito de la Contratación Estatal se puede enmarcar en lo descrito previamente. Tratándose de caducidad administrativa, el legislador optó por un desarrollo completo de la infracción administrativa, ya que señaló que la sanción se impondría cuando el contratista *incurriera en hechos constitutivos de incumplimiento que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.*” De forma tal que se reguló la totalidad de los elementos del tipo administrativo: el sujeto activo (la entidad contratante); el sujeto pasivo (el contratista incumplido), el verbo rector (incurrir en hechos constitutivos de incumplimiento), y; elementos descriptivos y normativos (el incumplimiento debe ser grave, incidir en la ejecución directa del contrato y evidenciar que puede conducir a su paralización).

Por contera, la posibilidad de precisión por parte de normas administrativas no se puede reconducir en estricto sentido a la técnica de las normas en blanco, pues en este supuesto se trata no de completar la descripción realizada por el legislador sino de precisarla para comprenderla mejor. De este modo, la posibilidad de actuación de la autoridad administrativa debe someterse a los principios de competencia (sólo quien esté habilitado por el legislador puede acometer esta tarea) y de necesidad de forma tal que no agregue ni quite nada a aquello que ha

⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 262 y 263.

⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 268 y 269.

regulado la ley, ya que de lo contrario incurriría en una extralimitación⁹¹. Con estos límites es necesario agregar una particularidad propia del ámbito contractual, toda vez que al tratarse de un sector de actividad en el que el principio de legalidad se debe conjugar con el de autonomía de la voluntad, aquello que en otras manifestaciones sancionatorias realiza de manera exclusiva el reglamento aquí puede ser desarrollado en el pliego de condiciones y en el clausulado contractual.

Esta interpretación también podía predicarse de lo dispuesto en los artículos 62 y 63 del Decreto 222 de 1983, puesto que la primera de estas normas señala como supuesto de caducidad “...*si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o causen perjuicios a la entidad*”. Como puede observarse, la infracción no es sustancialmente diferente a la consagrada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y aunque no se haga referencia al carácter grave del incumplimiento el mismo se desprende de la redacción de la norma.

Adicionalmente, la segunda disposición preceptúa que “...*en la cláusula de caducidad se establecerán los efectos que las mismas producen y las prestaciones a que las partes quedan obligadas*.” Este precepto constituye una verdadera habilitación para que mediante acuerdo de voluntades se precisen que clase de comportamientos consideran las partes son de tal envergadura que ameriten el ejercicio de la potestad sancionadora. Sin embargo, como no se trata de una norma en blanco sino de una labor de precisión, la labor realizada no puede variar lo dispuesto por la ley sino simplemente señalar que incumplimientos son de tal envergadura que pueden conducir a la paralización del contrato, siendo un listado no cerrado sino abierto, toda vez que en la ejecución del negocio jurídico pueden darse conductas no previstas por las partes y la regulación contractual que éstas hicieron no puede llevar a la conclusión de que se exceptuara el ejercicio de la potestad sancionadora, cosa distinta es que la autoridad en estos casos tenga un deber de motivación mayor que se sustenta en la labor de subsunción a la que está obligada.

Por otra parte, la exigencia de “*Lex previa*” es una garantía de carácter “*absoluto*” toda vez que su alcance no difiere en el ámbito administrativo (tampoco en materia

⁹¹ Respecto de los criterios de competencia y necesidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria se puede consultar: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de **Febrero de 2011**. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 32733.

de contratación estatal) de aquel otorgado en el derecho penal. Se trata de una materialización concreta del principio de seguridad jurídica al referirse de manera específica a la necesidad de que el comportamiento considerado como infracción y la sanción a imponer estén predeterminadas, o lo que es igual, la imposibilidad de ejercer potestad sancionadora alguna si no existe una norma que con antelación a la comisión de la conducta señale que ésta constituye un ilícito administrativo. En consecuencia, se trata del establecimiento de un mandato: las disposiciones sancionatorias no pueden aplicarse de manera restrictiva, salvo en aquellos supuestos en los que de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución la aplicación de la ley posterior sea más favorable⁹².

La última exigencia es la referente a la necesidad de una “*lex certa*”, se trata también de una garantía de orden sustancial consistente en que el contenido de la infracción debe ser lo suficientemente claro y preciso para que aquel a quien va dirigida comprenda en que consiste la infracción administrativa. Es cierto que en el derecho administrativo sancionatorio se permite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que en la labor de subsunción que realiza el operador deben ser concretados; no obstante, la existencia de los mismos no implica discrecionalidad de la administración para decidir el contenido del ilícito, porque como muy bien lo ha sostenido la doctrina, dichos conceptos indeterminados admiten sólo una solución posible, de tal manera que no existe una libertad de elección por parte de la autoridad. Por contera, es inconstitucional (si se trata de la ley) o ilegal (si se trata del desarrollo reglamentario) expresiones vagas que le otorguen al ente sancionatorio la posibilidad de decidir cual es el contenido del comportamiento prohibido, esto no sólo genera inseguridad jurídica sino que a todas luces es contrario al principio de igualdad⁹³.

De la exigencia de “*lex certa*” se desprende un mandato dirigido al operador administrativo de forma tal que la determinación de la infracción y la posibilidad de sancionar se encuentra supeditada a una labor que evite que la decisión asumida no sea vaga e imprecisa, de allí que deba: “1. *Hacer una apreciación real de los supuestos facticos y si éstos no existen la sanción impuesta es claramente contraria al ordenamiento jurídico*; 2. *Que los hechos sean por éste calificados jurídicamente: quien aplica la norma debe llevar a cabo un trabajo de adecuación en el que se demuestre que el comportamiento adelantado se enmarca en aquello*

⁹² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo... Ob. Cit. Pág. 683.

⁹³ *Ibidem*.

que se encuentra descrito en la norma (método de subsunción); 3. Que cualquier apreciación jurídica que se haga sea posterior a la valoración conjunta de todas y cada una de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que resulten indispensables para llegar a una decisión ajustada a derecho.” La actividad que debe adelantar en ente sancionatorio en materia contractual, requiere traducirse en una adecuada motivación del acto administrativo que refleje la labor de subsunción a que se ha hecho referencia, porque de no hacerlo la presunción de legalidad de la decisión puede verse desvirtuada en sede judicial.

b. La conducta objeto de sanción administrativa debe ser antijurídica.

El segundo presupuesto para imponer una sanción administrativa es que el comportamiento además de ser típico sea antijurídico. En la construcción tradicional del derecho penal se ha exigido que la conducta no sólo contradiga el ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal) sino que además dicha acción u omisión lesione de manera efectiva un bien jurídico o por lo menos lo coloque en peligro (*antijuridicidad material*). Esta construcción constituye el punto de partida para la delimitación de este presupuesto en el derecho administrativo sancionatorio, sin embargo como ocurre con otras instituciones y principios es inevitable que sea objeto de matización y por ende presente una sustantividad propia⁹⁴.

Siempre se ha sostenido que el derecho penal reprocha el resultado, incluso en los denominados delitos de peligro, comoquiera que se requiere una puesta efectiva en riesgo del bien jurídico objeto de protección. Esta situación no se presenta en el ámbito administrativo en el que por regla general la “...*esencia de la infracción radica en el incumplimiento de la norma*⁹⁵”, de allí que se sostenga que el reproche recae sobre “*la mera conducta*”. En derecho sancionatorio, interesa la potencialidad del comportamiento, toda vez que el principal interés a proteger es el cumplimiento de la legalidad, de forma tal que tiene sustancialidad (*antijuridicidad formal y material*) “*la violación de un precepto que se establece en interés colectivo, porque lo que se sanciona es precisamente el desconocimiento*

⁹⁴ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Pág. 595.

⁹⁵ *Ibídem*.

*de deberes genéricos impuestos en los diferentes sectores de actividad de la administración*⁹⁶.”

Así las cosas, el derecho administrativo sancionador se caracteriza por la exigencia de puesta en peligro de los bienes jurídicos siendo excepcional el requerimiento de la lesión efectiva. Cosa distinta, es que el peligro del cual se habla pueda ser concreto (se pide en la norma la efectiva generación de un riesgo) o abstracto; en el último caso, el carácter preventivo de la potestad punitiva confiada a la administración conduce a una construcción no concebible en derecho penal: *cobran importancia conductas que “...si consideradas singularmente pueden no ser perjudiciales, en el supuesto en el que se generalicen afectarían con toda probabilidad el bien jurídico protegido, lesionándolo*⁹⁷. “

Por esta razón la doctrina ha afirmado: *“...Se diferencia, además, el delito de la contravención [ilícito administrativo] en sus efectos jurídicos, pues el primero termina con la violación de un bien jurídico, y en la contravención con la posibilidad del peligro de violarse el bien jurídico. En el delito hay un daño real, en la contravención un daño potencial, indeterminado*⁹⁸. ”

Lo anterior no quiere significar que el legislador en el momento de establecer la infracción no pueda acercarse a una construcción similar a la realizada en el ámbito penal, toda vez que en su libertad de configuración puede exigir dentro de la descripción del tipo el acaecimiento de un resultado concreto, de forma tal que la antijuridicidad sólo se presente en estos supuesto si se da una lesión efectiva del bien jurídico que se pretende proteger⁹⁹. Es el caso de la declaratoria de caducidad en la que tanto el decreto 222 de 1983 (norma aplicable al caso en concreto) y la ley 80 de 1993 (norma vigente en la actualidad) exigen la presencia de un incumplimiento grave que pueda conducir a la paralización del contrato o a la generación de perjuicios para la entidad. No basta cualquier omisión en la ejecución del objeto contratado, los preceptos mencionados exigen que la conducta desplegada por el contratista sea de tal intensidad que pueda

⁹⁶ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Tomo IV. El Poder de Policía. Limitaciones Impuestas a la Propiedad Privada en Interés Público. Administración Fiscal. Buenos Aires, Depalma. 1956. Pág. 69.

⁹⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho... *Ob. Cit.* Pág. 972.

⁹⁸ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 70.

⁹⁹ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 597.

comprometer la realización de la obra encargada o detener la normal gestión de una actividad de servicio público.

Se debe recordar que el incumplimiento contractual cuando se dan los presupuestos de la declaratoria de caducidad además de generar un ilícito administrativo genera un ilícito civil que tiene consecuencias patrimoniales y no punitivas, pero respecto del cual también se exige el elemento antijuridicidad, de allí que la Sala cuando ha abordado el tema de la responsabilidad civil extracontractual haya sostenido¹⁰⁰:

“La antijuridicidad¹⁰¹ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”¹⁰², “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”¹⁰³, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño¹⁰⁴.

“En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero¹⁰⁵, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

“Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vázquez Ferreyra, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 18 de Julio de 2012. M. P. Enrique Gil Botero.

¹⁰¹ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

¹⁰² BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

¹⁰³ Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>>... Ob. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, Ob. Cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 50.

¹⁰⁴ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. Cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschntzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

¹⁰⁵ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

*orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos*¹⁰⁶

b. La conducta objeto de sanción administrativa debe ser culpable.

El artículo 29 de la constitución política preceptúa que “...*Nadie podrá ser juzgado sino conforme al acto que se le imputa*” y que toda persona “*se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable.*” Como puede observarse tratándose del ejercicio del *ius puniendi* el derecho al fundamental al debido proceso exige no sólo que se presente el comportamiento descrito en el ordenamiento jurídico como infracción y que se ponga en peligro (concreto o abstracto) o se lesione un bien jurídico sino además que dicha acción y omisión sea imputable, por lo cual la autoridad sancionatoria debe realizar un juicio de reproche (salvo contadas excepciones) que consiste no sólo en constatar la ocurrencia material de un hecho sino también en cerciorarse que ésta presente el elemento subjetivo del tipo, es decir acometer la labor de comprobar si quien realizó la conducta tenía conocimiento de su obrar ilegal (aspecto intelctivo) y si buscaba o podía prevenir el resultado generado (aspecto volitivo).¹⁰⁷

Así las cosas, en términos generales, la culpa *se constituye en el factor exclusivo de atribución en el ámbito sancionatorio*¹⁰⁸. Por contera, la posibilidad de declarar responsabilidad depende en todo momento de la necesaria realización de un juicio de reprochabilidad que implica que sólo actúa culpablemente aquella persona que de acuerdo con el ordenamiento jurídico podía proceder de otra manera; por consiguiente, luego de este juicio genérico de culpabilidad si procede aplicar técnicas concretas para su determinación (imputación propiamente dicha) precisando (de acuerdo con el injusto) si el comportamiento se realizó a título de dolo o culpa¹⁰⁹.

En el ordenamiento jurídico colombiano se establece una regla general de proscripción de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionatorio, de forma tal que sólo el legislador de manera expresa puede excepcionar de este principio sometiéndose, en caso de ser objeto de control

¹⁰⁶ Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

¹⁰⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T – 330 de mayo 4 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 589 a 591.

¹⁰⁹ DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. Constitución y Derecho... *Ob. Cit.* Pág. 287

constitucional, a un juicio de razonabilidad suficiente, pues sólo las particularidades del sector administrativo de que se trate pueden justificar la no exigencia de culpabilidad a efectos de declarar la responsabilidad¹¹⁰. Así las cosas, la no previsión expresa por parte de la ley del elemento subjetivo del ilícito no habilita a la administración para que castigue sin analizar la culpabilidad. A la autoridad administrativa no le está confiada esta tarea, razón por la cual ante la ausencia de regulación debe aplicar lo dispuesto por el artículo 29, y ahora con la ley 1437 de 2011 el artículo 3.1 que preceptúa: “...*En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, **de presunción de inocencia**, de no reformatio in pejus y non bis in idem.*”

En consecuencia, salvo disposición expresa en contrario, al operador administrativo corresponde constatar la existencia del elemento culpabilidad y para ello debe acreditar tres componentes: 1. La imputabilidad, toda vez que debe establecer que el sujeto pasivo del poder punitivo tiene la capacidad de responder; 2. La relación psíquica entre el administrado sobre el que recae la sanción y el hecho descrito como infracción administrativa. En otros términos debe establecer la intención y determinar si se actuó a título de dolo o culpa, y; 3. La no existencia de supuestos facticos que excluyan la responsabilidad¹¹¹.

Dicho lo anterior, debe señalarse que la exigencia de culpabilidad tiene como manifestación en el derecho administrativo sancionatorio el principio de *personalidad de las sanciones*, mediante el cual se impone un límite al ius puniendi del Estado comoquiera que la responsabilidad derivada del *ilícito administrativo* no puede extenderse a un sujeto distinto del infractor, llegar a una conclusión distinta supondría suprimir la exigencia de dolo o culpa en la realización del supuesto de hecho prohibido en la norma. Esta es la razón por la cual, la muerte del infractor ocasiona inmediatamente la cesación de la actuación punitiva dado que no se trata de obligaciones patrimoniales que se hagan extensibles a los herederos como si ocurre por ejemplo con las obligaciones estrictamente patrimoniales. Por consiguiente, los efectos sancionatorios de la declaratoria de caducidad sólo pueden recaer sobre un sujeto: el contratista incumplido¹¹².

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 690 de diciembre 5 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹¹ GOLDSCHMIDT, James. Derecho, Derecho Penal y... *Ob. Cit.* Pág. 575.

¹¹² DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 58 y ss.

De otro lado, la mera intención no es suficiente para la imposición de una sanción administrativa, al igual que ocurre en el derecho penal, en el derecho administrativo sancionador no se castiga la personalidad sino que es indispensable examinar el grado de culpabilidad del sujeto, estableciendo una regla según la cual debe responderse exclusivamente por los hechos (acciones u omisiones), porque si no hay conducta desplegada no es posible la labor de subsunción de la cual se habló líneas atrás¹¹³. Así las cosas, el contratista pudo haber manifestado su intención de paralizar las obras, sin embargo al no desplegar comportamientos dirigidos a la paralización del objeto contratado no es posible la atribución de responsabilidad alguna.

Asimismo, el principio de culpabilidad se encuentra estrechamente ligado al principio de presunción de inocencia, de forma tal que se impone, por regla general, en cabeza de la autoridad administrativa la carga de probar cada uno de los elementos que conforman la infracción, es decir, los hechos imputados y el grado de culpabilidad con el cual se actuó. Este aspecto debe verse perfectamente reflejado en el elemento motivación del acto administrativo que impone la sanción a través del análisis conjunto de los diferentes medios probatorios que se hayan aportado o recaudado en el procedimiento¹¹⁴. En este aspecto es importante señalar, que al ser el dolo y la culpa conceptos que en su demostración implican un análisis de la psiquis del sujeto, es completamente aceptado por el derecho punitivo que su prueba se haga mediante indicios, es decir que de supuestos facticos conocidos se pueda constatar la existencia de hechos desconocidos¹¹⁵.

La presunción de inocencia va acompañada de otra garantía: *“el in dubio pro administrado”*, toda vez que si el Estado no cumple con la carga probatoria que le corresponde y existen dudas razonables respecto de la responsabilidad de quien esta siendo objeto de investigación, la única respuesta posible es la exoneración.

No obstante lo anterior, es indispensable señalar que los principios de presunción de inocencia y de *“in dubio pro administrado”*, admiten modulaciones en derecho administrativo sancionatorio que incluso podría conducir a su no aplicación, es

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ *Ibidem.*

decir procedimientos administrativos sancionatorios en los que se parte de la regla inversa: *se presume la culpabilidad, de forma tal que la carga de la prueba se desplaza al presunto infractor y para que éste no sea declarado responsable debe demostrar durante la actuación administrativa que actuó diligentemente o que el acaecimiento de los hechos se dio por una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero)*. No se trata de un régimen de responsabilidad objetiva sino de una reasignación de la carga probatoria, la responsabilidad sigue siendo subjetiva porque como se desprende de lo afirmado existe la posibilidad de exoneración comprobando un comportamiento ajustado al deber objetivo de cuidado¹¹⁶.

Es necesario indicar que la posibilidad de excepcionar el principio de presunción de inocencia sólo corresponde en nuestro sistema al legislador, quien en el momento de regular las particularidades de los diferentes procedimientos administrativos sancionadores, debe hacer un juicio constitucional de razón suficiente para delimitar aquellos supuestos en los que la inversión de la carga de la prueba se justifica al servir de instrumento de protección de intereses colectivos y, por ende, evitar que la infracción desemboque en daños irreversibles o en motivos relacionados con el correcto obrar de la administración pública y el cumplimiento de deberes impuestos a los ciudadanos. En el primer caso encontramos el supuesto del procedimiento sancionatorio ambiental desarrollado en el artículo 5º de la ley 1333 de 2009 y en el segundo la regulación realizada en el procedimiento sancionatorio tributario¹¹⁷.

Por contera, el no pronunciamiento expreso por parte del legislador no habilita a la administración para excepcionar la aplicación del principio de presunción de inocencia, pues su imperatividad se desprende del artículo 29 constitucional y ahora del artículo 3.1 de la Ley 1437 que como ya ha tenido oportunidad de señalar la Sala en esta sentencia, consagra el procedimiento administrativo sancionatorio general, lo cual conlleva que ante una omisión de la ley sectorial, a la autoridad administrativa no le queda otro camino distinto a llenar las lagunas existentes con las disposiciones consagradas de forma general para el ejercicio de potestad punitiva. Así las cosas, en materia contractual al no existir una norma que se ocupe de la garantía a la que se está haciendo referencia, se impone al

¹¹⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 595 del 27 de julio de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 637 de Mayo 31 de 2000. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

operador la carga de demostrar los elementos de la infracción pues, se insiste, a éste no le es permitido crear excepciones no previstas en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, la culpabilidad comprende un principio de atribuibilidad, es decir que debe constatarse que los hechos se cometieron a título de dolo o culpa¹¹⁸. En principio podría pensarse que se trata de una aplicación idéntica a la realizada en el derecho penal, no obstante, al igual que ocurre con los restantes componentes de la infracción (tipicidad y antijuridicidad) es necesario compatibilizar la garantía reconocida en cabeza del ciudadano con el interés público o colectivo que gestiona el aparato administrativo, ecuación que sólo puede conducir a una matización de la construcción penalista y a la identificación de reglas claras que aporten sustantividad al derecho administrativo sancionatorio.

La primera diferencia sustancial que debe apuntarse es la “*inexigibilidad del dolo*” en el derecho administrativo sancionatorio. No se está afirmando que un actuar doloso no tenga consecuencias en el plano administrativo, lo que se quiere señalar es que a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal este grado de culpabilidad no constituye la regla general, alrededor de él no se construye la responsabilidad punitiva en sede administrativa. En otras palabras, en el derecho penal se exige la comisión de conductas a título doloso, es decir se requiere en la mayoría de los supuestos que se constate en el proceso judicial que el sujeto conocía la conducta que realizaba, tenía conciencia de antijuridicidad y adelantó acciones (o incurrió en omisiones) para obtener el resultado prohibido. Esta construcción conlleva a que la culpa ocupe un lugar secundario, toda vez que sólo se responde por este grado de culpabilidad cuando el legislador lo prevé así expresamente a través de la estructuración de tipos penales concretos (por ejemplo, el peculado culposo)¹¹⁹.

En el derecho administrativo sancionador la relación expuesta se invierte al ser la culpa el centro alrededor del cual gravita su construcción. Así las cosas, se responde en primer lugar por la falta al deber objetivo de cuidado y el dolo, en caso de constatarse, se desplaza al momento en el que la autoridad realiza la labor de adecuación de la sanción; es decir, que su presencia y constatación hace mas gravoso el castigo a imponer¹²⁰, de allí que la doctrina sostenga: “...la acción

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 595 y ss.

imprudente constituye el punto de partida originario de las prohibiciones jurídico - administrativas, la realización dolosa del hecho es un hecho derivado que presupone que aquel no se cometió de forma imprudente. Hasta el punto de que en este ámbito punitivo se incrimina la imprudencia en toda su extensión, esto es, desde la culpa levísima hasta la imprudencia temeraria¹²¹.”

No obstante lo anterior, al igual que ocurre con la antijuridicidad, el legislador en su libertad de configuración puede disponer de forma expresa la presencia de dolo en la descripción contenida en la infracción, es el caso de los tipos administrativos que contienen expresiones tales como: *“el que con el propósito”, “el que persiguiendo”, “el que con la intención”,* etc. En estos supuestos, como puede observarse la inclusión del máximo grado de culpabilidad es taxativa por lo cual la posible declaratoria de responsabilidad dependerá en todo momento de su constatación en el procedimiento administrativo excluyéndose así cualquier posibilidad de análisis de la culpa.¹²²

Al ser la culpa el centro gravitacional de la construcción del elemento subjetivo del ilícito administrativo, se puede concluir que la declaratoria de responsabilidad sancionatoria se obtiene como regla general de la constatación de la violación del deber objetivo de cuidado, de allí que aquello que mas se castiga sean comportamientos imprudentes (acciones positivas que implican sobrepasar el contenido de las obligaciones contenidas en la legalidad administrativa. Se trata de extralimitaciones), negligentes (contrarios a la diligencia que se demanda en cada caso concreto a través de un dejar hacer o del incumplimiento de alguna de las obligaciones que sirven de limite a su actuar) o imperitos (desconocimiento de las normas y reglas que rigen la actividad y profesión en la que se desenvuelve el individuo)¹²³.

En consecuencia, la infracción administrativa no solo puede concebirse como una *“acción psíquicamente determinada y valorada moralmente, sino de relevancia social estimable. Por lo que a los factores psicológicos y éticos de su genética, hay que añadir los de matriz sociológico... (...) En la culpa son perfectamente visibles tales factores exógenos, tantas veces decisivos en la materia, sobre todo en las concepciones normativas de culpabilidad que son consecuencia en lo jurídico¹²⁴.”*

¹²¹ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 128.

¹²² RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 595 y ss.

¹²³ Cfr. GIL BOTERO, Enrique. La Responsabilidad Médica Derivada de los Actos Administrativos en el Sector Salud. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2012. Pág. 93 y ss.

¹²⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Derecho Penal de la Culpa. Imprudencia. Barcelona, Editorial Boch. Pág. 128 y ss.

Así, se exige que el individuo se comporte en sociedad de una manera ajustada a derecho y que tenga un obrar diligente, de forma tal que cuando se realiza una conducta imprudente, imperita o negligente ésta debe reprocharse por que no solo denota el carácter asocial del sujeto sino porque además coloca en entredicho exigencias que son acuerdos mínimos para la vida colectiva¹²⁵. Esto último es determinante, pues lo temerario o descuidado cambia según las circunstancias históricas y técnicas de una sociedad, de forma tal que la forma en como se aprecia la velocidad al manejar no es la misma a como se hacia cuando el automóvil apenas hacia su aparición.

Las exigencias mínimas en el ámbito de lo administrativo se concretan en la estipulación de deberes y en el establecimiento de prohibiciones, de allí que el comportamiento culposo conlleve el incumplimiento de un contenido obligacional¹²⁶ que, en la mayor parte de los supuestos, se desprende de normas generales (leyes, reglamentos y actos administrativos generales), de decisiones administrativas individuales, particulares y concretas (el contenido de una licencia) o de acuerdos de voluntades; en este último supuesto se enmarca el derecho contractual colombiano, porque finalmente la declaratoria de caducidad se presenta cuando se incumple el contenido prestacional del negocio jurídico, conducta reprochable por ser éste el instrumento del que se vale la Administración para la consecución de bienes e intereses colectivos. Es cierto que tradicionalmente se ha dicho que por regla general el contratista es un particular colaborador de la administración, no obstante las contraprestaciones a que se obliga tienen incidencia en lo colectivo, su correcta ejecución es la materialización misma del principio de solidaridad que rige su actuar al estar éste estrechamente vinculado a la materialización de competencias administrativas.

La culpa entonces, supone la “*inobservancia del cuidado debido*” mediante un actuar desidioso o imprevisor; sin embargo, el incumplimiento de dicho deber objetivo puede ser categorizado o clasificado en varias especies teniendo en cuenta la intensidad de la conducta; de allí que se hable de imprudencia temeraria (culpa lata o supina), culpa simple o leve y culpa levísima¹²⁷.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 141 y ss.

Así las cosas, para realizar un estudio adecuado del elemento subjetivo del ilícito se debe acudir a las construcciones propias del derecho civil, pues el análisis de esta forma de comportamiento resulta insuficiente al acudir al derecho penal si se advierte que allí sólo tiene importancia la llamada imprudencia temeraria teniendo por irrelevantes los restantes grados de culpa, cosa que no ocurre en el derecho administrativo sancionatorio en los que éstos deben ser tenidos en cuenta para la determinación de la gravedad de la sanción¹²⁸. Para realizar esta tarea se utilizan baremos o cánones de comparación objetivos que hacen referencia a la diligencia que de forma abstracta se le exige a una persona en una determinada situación¹²⁹.

Tratándose de la culpa grave el baremo utilizado es “*la persona menos diligente*”¹³⁰ comoquiera que se trata de un comportamiento que no utilizarían en el manejo de los negocios ni siquiera los individuos más negligentes o de poca prudencia¹³¹. Al igual que ocurre en derecho civil, en el ámbito sancionatorio este es el comportamiento que denota mayor gravedad y ello se debe ver reflejado en el momento en el que el operador adecua la sanción. A su vez, en la culpa leve o simple el baremo utilizado es “*el buen padre de familia - la persona diligente*”¹³² al tratarse de un descuido leve o ligero es la falta al deber de cuidado que los hombres emplearían ordinariamente en sus propios negocios, se opone por tanto al cuidado mediano¹³³. Por último, en la culpa levísima el baremo utilizado es “*la persona más diligente*”¹³⁴, comoquiera que se traduce en una falta del esmerado empeño que debe emplear un hombre en sus negocios mas importantes¹³⁵.

Es necesario advertir que el operador en cada sector administrativo debe cerciorarse de cual fue la opción desarrollada por el legislador en su libertad de configuración, toda vez que en la conformación de cada procedimiento administrativo sancionatorio especial éste puede optar: 1. Establecer como principio aplicable a todas las infracciones o en la regulación de ilícitos concretos la exigencia del máximo grado de culpa, o lo que es igual, establecer que la conducta prohibida sólo puede materializarse cuando se presente una impudencia temeraria; 2. Establecer como principio aplicable a todas las infracciones o en la

¹²⁸ *Ibídem*.

¹²⁹ *Ibídem*.

¹³⁰ *Ibídem*.

¹³¹ Artículo 63 del Código Civil.

¹³² DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 141 y ss

¹³³ Artículo 63 del Código Civil.

¹³⁴ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 141 y ss

¹³⁵ Artículo 63 del Código Civil.

regulación de ilícitos administrativos concretos que la conducta prohibida se materializa con la sola inobservancia de la norma. En este supuesto, no se trata del establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo sino de la exigencia del deber de máxima diligencia pues en algunas oportunidades se pide una obligación superior de conocimiento y comprensión de las normas que regulan un sector administrativo, especialmente en aquellas actividades que conllevan la generación de riesgos para la sociedad¹³⁶, y, 3. No establecer un baremo concreto de medición y permitirle al operador en la labor de adecuación e imposición de la sanción la utilización de una técnica “*numerus apertus*”.

Así, en los dos primeros supuestos debe existir un pronunciamiento expreso del legislador que de darse conlleva diferentes consecuencias: 1. Si exige imprudencia temeraria los restantes grados de culpa se excluyen del momento en el que se realiza la adecuación de la sanción y sólo podría agravarla la constatación de que en el obrar existió dolo, y; 2. Si lo que se exige es la mera inobservancia existe la posibilidad de agravar la sanción si se constata no sólo la presencia de dolo sino también de culpa leve y de culpa grave.

En el tercer supuesto, el silencio de la ley conlleva que la autoridad asuma una técnica de “*numerus apertus*” en la adecuación de la sanción¹³⁷, pues se le confía la labor, en cada caso concreto, de determinar el grado de diligencia exigible (dependiendo de la actividad desarrollada, los conocimientos y preparación requeridos, la obligación de dominar la información sobre un sector de actividad dado el riesgo que se genera, etc.) y establecer si éste fue o no respetado¹³⁸. La posibilidad de agravar la consecuencia siempre será posible si se constata el dolo (recuérdese lo que se dijo de su carácter inexigible) o de que el baremo utilizado no sea el del “*hombre más imprudente*” porque al tratarse de una ignorancia supina, de un comportamiento que amerita el menor cuidado, se excluyen los restantes criterios de medición de la diligencia y la respuesta debe ser de las mas gravosas.

En materia contractual el artículo 63 del Decreto 222 de 1983 (igual alcance tiene en la actualidad el artículo 18 de la Ley 80 de 1993) señala como causal de declaratoria de caducidad, el *incurrir en un incumplimiento de las obligaciones que*

¹³⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo... Ob. Cit.

¹³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 181 de marzo 12 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³⁸ *Ibidem*.

*hagan imposible la ejecución de contratos o causen perjuicios a la entidad. Como puede observarse, el legislador no hizo mención de alguno de los grados de culpa, por lo que ante este silencio debe entenderse que debe aplicarse la técnica del *numerus apertus*.*

Por último, la Sala debe hacer una precisión: el análisis de la clase culpa y su relación con la magnitud del incumplimiento, es un aspecto respecto del cual ni el operador administrativo ni el juez pueden establecer reglas generales, comoquiera que es del caso en concreto y especialmente, del análisis de las prestaciones a que las partes se obligaron, que puede deducirse con exactitud el nivel de diligencia requerido y el impacto que su ausencia tendría sobre el objeto contratado. Así, aun cuando resulte evidente que la culpa grave tiene mayor potencialidad de impedir el normal desarrollo de las prestaciones pactadas, en algunas ocasiones esta circunstancia se presenta con la “mera inobservancia” de normas jurídicas o técnicas, supuesto en el cual la máxima responsabilidad se exige por incurrir en culpa levísima. Así por ejemplo, la construcción de una infraestructura puede verse detenida al no ser lo suficientemente cuidadoso en la aplicación de las reglas propias de la ingeniería civil.

3. Los medios probatorios aportados y los hechos probados en el proceso.

Lo primero que advierte la Sala es que en el proceso fueron aportados algunos documentos en copia simple por la parte demandante y por la parte demandada, circunstancia que, *prima facie*, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el auto de pruebas y que, por consiguiente, respecto de la misma se surtió el principio de contradicción.

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C., normas cuyo sentido literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 252. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento

público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

“El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

“1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.

“2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

“3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella.

“4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

“5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274.

“Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, el contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, recibos, bonos y títulos de inversión en establecimientos de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, contratos de cuentas corrientes bancarias, extractos del movimiento de éstas y de cuentas con aquellos establecimientos, recibos de consignación y comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimientos, y los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por estas, títulos valores, certificados y títulos de almacenes generales de depósito, y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción.

“Inciso modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.

“Se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 488, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.

“Los memoriales presentados para que formen parte del expediente se presumirán auténticos salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a apoderados judiciales que, en todo caso, requerirán de presentación personal o autenticación.” (Negrillas y subrayado adicionales).

“
.....

“ARTÍCULO 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 117 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

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

*“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”
(Negrillas del original).*

Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente:

“ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.”

De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011¹³⁹.

Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–.

En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento.

Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción.

En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la

¹³⁹ “ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” (Se destaca).

administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

La confianza, en el sentido filosófico y sociológico, ha sido delimitada en los siguientes términos:

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.

“Este punto de partida puede considerarse como referencia, como una afirmación incontrovertiblemente verdadera. Cada día ponemos nuestra confianza en la naturaleza del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana. En este nivel que es el más básico, la confianza (Zutrauen) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas, aunque no es un componente intencional (y, por lo tanto, variable) de la experiencia.

“En segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones. Por medio de este método uno llega a las máximas éticas o a la ley natural...”¹⁴⁰ (Negritillas del original).

En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

No obstante lo anterior, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A.

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas “Confianza”, Ed. Anthropos, Ciudad de México, 2005, Pág. 5 y 6.

En efecto, el artículo 16 del Decreto 1736, estableció:

“ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. Corrijase el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

"Artículo 626.

***"A partir de la promulgación de esta ley quedan derogados:** artículos 126, 128, la expresión "y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes" del 129, 130, 133, la expresión "practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130" del 134, las expresiones "y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130" y "sin tales formalidades" del 136 y 202 del Código Civil; artículos 9° y 21 del Decreto 2651 de 1991; los artículos 8° inciso 2° parte final, 209 A y 209 B de la Ley 270 de 1996; el artículo 148 de la Ley 446 de 1998; 211 y 544 del Código de Procedimiento Civil; el numeral 1 del artículo 19 y la expresión "por sorteo público" del artículo 67 inciso 1° de la Ley 1116 de 2006; el inciso 2° del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008; la expresión "que requerirá presentación personal" del artículo 71, **el inciso 1° del artículo 215** y el inciso 2° del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011; la expresión "No se requerirá actuar por intermedio de abogado" del artículo 58 numeral 4, el literal e) del numeral 5 del artículo 58 y el numeral 8 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; el artículo 34 del Decreto-ley 19 de 2012; y, cualquier norma que sea contraria a las que entran en vigencia a partir de la promulgación de esta ley.,*

"(...)"

Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1° de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada¹⁴¹.

¹⁴¹ **Artículo 627. Vigencia.**

"La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:

"1. Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012. Los artículos 24, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.

"2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley.

"3. El Consejo Superior de la Judicatura dispondrá lo necesario para que los expedientes de procesos o asuntos en los que no se haya producido actuación alguna en los últimos dos (2) años anteriores a la promulgación de este código, no sean registrados dentro del inventario de procesos en trámite. En consecuencia, estos procesos o asuntos no podrán, en ningún caso, ser considerados para efectos de análisis de carga de trabajo, o congestión judicial.

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes:

“Artículo 243. Distintas clases de documentos.

“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

“Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

“Artículo 244. Documento auténtico.

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

“Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

“También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus

“4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 6 y párrafo, 32 numeral 5 y párrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 párrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).

“5. A partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013) corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de las licencias provisionales y temporales previstas en el Decreto 196 de 1971, así como la aprobación para la constitución de consultorios jurídicos prevista en el artículo 30 de dicho Decreto.

“6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país.

contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

“Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

“La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

“Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

“Artículo 245. Aportación de documentos.

Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

“Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

“Artículo 246. Valor probatorio de las copias.

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

“Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

“(...)” (Negritas y subrayado del original).

Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en

copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–.

En el caso *sub examine*, cada parte pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la contraparte, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar

—de modo significativo e injustificado— el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que esta Subsección ha privilegiado en pluralidad de decisiones¹⁴².

¹⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 1999-01250. Oportunidad en la que se precisó: **“De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso.**

“En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda.” (Negrillas adicionales).

De igual forma, se pueden consultar la sentencia de 7 de marzo de 2011, exp. 20171, M.P. Enrique Gil Botero, oportunidad en la que se precisó: “Lo primero que advierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, *prima facie*, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción.

Por consiguiente, la Sala valorará los documentos allegados por las partes en copia simple. Así las cosas, con los medios probatorios aportados al proceso se demostró:

1. Se probó la calidad en que el demandante actuaba en el proceso. Al expediente se allegó el certificado de existencia y representación de la Sociedad Vélez Mesa y CIA LTDA¹⁴³.

2. En Enero de 1993 las Empresas Públicas de Medellín abrieron un proceso de licitación con el objeto de seleccionar los contratistas para reponer las redes y obras accesorias de alcantarillado en el Valle de Aburrá. Las obras fueron divididas en 4 zonas de trabajo. En el acto administrativo se especificó que la entidad contratante no realizaría ningún reconocimiento y visita a los lugares de trabajo, correspondiéndole a los proponentes antes de elevar las propuestas ir a los lugares en los que se desarrollaría el contrato, para informarse completamente de todas las condiciones topográficas, climatológicas, de acceso, de suministro, de transporte de materiales y de todas aquellas que pudieran afectar la ejecución de las labores, su costo o duración.

De igual modo, se estableció que la suma recibida por el contratista por concepto de anticipo no tendría que ser reintegrada a la Administración, salvo en aquel

“En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de las sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

“En el caso *sub examine*, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.

“Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

“El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215 determina que se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que con la anterior o la nueva regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso.”

¹⁴³ Folios 45 y 46 del Cuaderno 1.

supuesto en el que no se ejecutara total o parcialmente el contrato, caso en el cual se debería ampliar la cuantía de la garantía de correcta inversión y oportuno reintegro del anticipo, en una suma igual a la del reajuste. Se señaló también que el plazo de ejecución de las obras sería de 240 días solares, los cuales se comenzarían a contar a partir de la fecha en la cual la interventoría diera la orden de iniciación de los trabajos.

Se estipuló que la aprobación del programa de trabajo y de las reprogramaciones no exoneraría al contratista del cumplimiento de las obligaciones contraídas, por lo cual éste debía entregar la obra oportunamente y de forma satisfactoria aunque para ello tuviera que utilizar recursos adicionales a los previstos inicialmente y trabajar en horas nocturnas, dominicales y festivos. Así mismo, se señaló que los costos directos o indirectos de la modificación del programa no causarían reconocimiento alguno por parte de EPM.

Se estipuló que al contratista correspondería la ubicación de las obras, siguiendo los detalles indicados por los planos y libretas suministrados por EPM, estableciendo que el costo de estas medidas, así como el valor de las modificaciones a las estructuras que fuera necesario ejecutar, demoler o remplazar debido a la diferencia de los alineamientos y cotas serían por cuenta de éste. El valor del contrato se estimó en \$222.241.960.00

Al proceso se aportó el pliego de condiciones y especificaciones de la Licitación Pública Nacional 1757-AN, proferido en Medellín en el mes de enero de 1993¹⁴⁴. En dicho documento se estableció:

“1.1. OBJETO DE LA LICITACIÓN. LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en desarrollo del programa Plan Bienal 1993 - 1995, se encuentran interesadas en recibir propuestas para la reposición de redes y obras accesorias de alcantarillado en las diferentes zonas atendidas por las EMPRESAS en el Valle de Aburrá. Las obras se han dividido en cuatro obras de trabajo así:

“Grupo 1: Comprende la reposición de redes y obras accesorias de alcantarillado en las comunas 1, 3 y 4 del Municipio de Medellín...

“1.5.3. Reconocimiento de la zona y visita al sitio de las obras. Las Empresas Públicas no realizarán visita a los diferentes sitios de las obras, con un funcionario de las Empresas, sin embargo, el proponente antes de presentar su propuesta tiene la obligación de visitar el sitio de

¹⁴⁴ Folios 99 y ss. del Cuaderno 2.

las obras y sus alrededores e informarse completamente de todas las condiciones topográficas, climatológicas, de acceso, de suministro y de transporte de materiales y sobre todas las demás condiciones que pueden afectar el trabajo, su costo o duración...

“El hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones.

“1.5.7. Anticipo y reajuste del anticipo. LAS EMPRESAS concederán a EL CONTRATISTA que resulte favorecido con la adjudicación de la presente licitación un anticipo, cuya cuantía es del veinte por ciento (20%) del valor estimado del contrato para ayudarlo a efectuar los primeros desembolsos que le demande la ejecución del contrato.

“Las empresas harán un reajuste al valor del anticipo por el tiempo que transcurra entre el día de cierre de la licitación y la fecha en que el contratista reciba dicho anticipo y será del uno con ocho por ciento (1.8%) del valor del anticipo, por cada mes y proporcionalmente por fracción de mes que transcurra entre las dos fechas antes mencionadas.

“Se deberá tener en cuenta que este 1.8% mensual no es acumulable sino constante, es decir, que si entre el cierre de la licitación y la entrega del anticipo transcurren 5 meses por ejemplo, el reajuste aplicable será: $1.8\% \times 5 \text{ meses} = 9\%$.

“El valor del anticipo se entregara a EL (sic) CONTRATISTA mediante la formulación de la cuenta respectiva dentro de los treinta (30) días siguientes a la legalización y perfeccionamiento del contrato y previo el otorgamiento de la garantía de correcta inversión y oportuna amortización de éste.

“EL CONTRATISTA reintegrará a LAS EMPRESAS el anticipo, descontando de cada acta de obra ejecutada la misma proporción porcentual que se utilizó para fijar su cuantía.

“igualmente se tendrá en cuenta que la suma que se entregue como reajuste del anticipo no tiene que ser reintegrada por EL CONTRATISTA, salvo el caso en que éste no ejecute total o parcialmente el contrato por alguna circunstancia, pero éste está en la obligación de ampliar la cuantía de la garantía de correcta inversión y oportuno reintegro del anticipo, en una suma igual a la de reajuste.”

“1.5.8. Plazo. El proponente deberá tener en cuenta que el plazo estimado para la ejecución de las obras para cualquiera de los grupos 1, 2, 3 o 4, será de doscientos cuarenta (240) días comunes o solares contados a partir de la fecha en la cual la interventoría de la orden de iniciación de los trabajos, en los cuales EL CONTRATISTA se compromete a entregar la obra completamente terminada...

“2.3. PROGRAMA DE TRABAJO. EL CONTRATISTA deberá presentar, dentro de los treinta (30) días comunes o solares siguientes a la fecha de adjudicación del contrato por parte de las Empresas, un programa de trabajo para la aprobación por LAS EMPRESAS. Este

programa deberá ser preparado por el método de la ruta crítica (CPM) y presentarse indispensablemente en forma de un diagrama de precedencias y en un diagrama GANTT, indicando la Ruta Crítica. Los diagramas de barras mostrarán la programación que se le dará a los recursos más importantes de la obra (mano de obra, equipo, material, etc) y además, indicarán el flujo de las inversiones mensuales, compatible con el programa valorado con los precios unitarios estipulados en el contrato. Es entendido que el plazo de iniciación de las obras comenzará a contar a partir de la orden de iniciación, pero las obras sólo podrán iniciarse a partir del día de aprobación por escrito, por parte de LAS EMPRESAS del respectivo programa de trabajo.

“Cuando de las necesidades de reposición de redes de alcantarillado o de construcción o reconstrucción de obras accesorias para éstas, surgidas para LAS EMPRESAS, se derive que es necesario incrementar los recursos por parte del CONTRATISTA, el interventor le ordenará a éste que una reprogramación en la que se ajustará la inversión a efectuar para un periodo determinado.

“El interventor podrá, al momento de la presentación del programa de trabajo o posteriormente, durante la realización de las obras, solicitar al CONTRATISTA una o varias reprogramaciones que se ajustarán al plazo vigente del contrato...

“(...) El contratista debe mantener actualizado el programa de trabajo durante el tiempo de ejecución del contrato.

“Las ordenes de reprogramación se darán por el simple atraso en la ejecución de las obras y EL CONTRATISTA tendrá un plazo máximo de ocho (8) días comunes o solares para su presentación; a partir de la fecha en la cual el interventor dé la orden de reprogramación al CONTRATISTA, se le suspenderán las obras y el plazo le seguirá corriendo. Las obras podrán reiniciarse al momento de recibir por escrito la aceptación por parte de las EMPRESAS, de la nueva programación...

“(...) La aprobación que el constructor de al programa de construcción y a las reprogramaciones no exonera al CONTRATISTA de las obligaciones contraídas de acuerdo con el contrato; en consecuencia, deberá entregar la obra oportunamente y en forma satisfactoria aunque para ello tenga necesidad de utilizar un número mayor o diferente de equipos a los programados, lo mismo que personal adicional, trabajar en horas nocturnas, dominicales y festivos o reprogramar algunas o todas las actividades.

“Los costos directos o indirectos que implique para EL CONTRATISTA las modificaciones al programa de trabajo, no causarán reconocimiento alguno en los costos del contrato por parte de LAS EMPRESAS a EL CONTRATISTA.”

“2.5. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO. El valor estimado de este contrato es el que resulte de multiplicar las cantidades de obra indicadas en el formulario de la propuesta por los precios unitarios allí estipulados. Los precios unitarios pactados estará sujetos a reajuste en el tiempo.

“EL CONTRATISTA ejecutará, por tanto, las obras previstas hasta la suma indicada, pero ésta puede aumentarse o disminuirse habida cuenta que las cantidades de obra son estimativos aproximados del trabajo previsto usados para comparar las propuestas.

“2.10. PERSONAL DEL CONTRATISTA. (...) EL CONTRATISTA dispondrá en cada frente de trabajo de personal de dirección idóneo, con grado de ingeniero, tecnólogo o estudios afines al cargo que desempeña....

“2.11. PREVENCIÓN DE ACCIDENTES, NORMAS DE SEGURIDAD Y REDUCCIÓN DEL IMPACTO COMUNITARIO. (...) Para que los trabajos se ejecuten con la mayor limpieza posible, con el fin de no perjudicar al público en general, EL CONTRATISTA se compromete a mantener el personal y los vehículos necesarios para que el retiro de los escombros se haga en forma permanente. También se compromete a mantener en el sitio de obras escobas y regaderas con el fin de mantener limpias las zonas de circulación peatonales y vehiculares.

“El contratista contará durante la ejecución del contrato, con un centro de acopio para materiales y allí almacenará todos aquellos que no sean para utilización durante el día laboral en curso. No se aceptarán depósitos y acumulación de materiales, bien sea para utilizar en obra o escombros, en las zonas delimitadas para las labores.

“Todos los trabajos se ejecutarán considerando que se debe producir el mínimo de molestias al público. Para ello el CONTRATISTA empleará el equipo necesario, delimitará el sitio de las obras adecuadamente, mantendrá éstas en las mejores condiciones higiénicas y dotadas de los sistemas de seguridad que requieran, evitará interrumpir o perjudicar el tránsito vehicular o peatonal sin causa justificada y practicar roturas innecesarias en el pavimento...

“(...) El contratista se compromete a mantener por su cuenta, permanentemente, celadores en la obra, los cuales se encargarán de vigilar los avisos de peligro y los bienes de LAS EMPRESAS que tengan conexión con la obra.

“2.19. TRAZADO Y DISPOSICIÓN DE LAS OBRAS. El contratista localizará las obras por su cuenta, siguiendo los detalles indicados en los planos y libretas suministrados por LAS EMPRESAS bajo la supervisión del interventor. Durante la construcción, el contratista deberá verificar periódicamente las medidas y cotas para ajustarse al proyecto. El costo de estas medidas, así como el costo de las modificaciones a las estructuras que sea necesario ejecutar, demoler o reemplazar debido a las diferencias de alineamientos o cotas, serán por cuenta del CONTRATISTA.

“2.28. OBRAS DE INMEDIATA EJECUCIÓN. Cuando a juicio de la Interventoría, se requiere la inmediata ejecución de una obra, EL CONTRATISTA procederá previa orden escrita a realizar los trabajos solicitados, los cuales deben ejecutarse en forma continua durante el tiempo diurno o nocturno en días hábiles, dominicales o festivos hasta quedar totalmente terminada.

“2.29. LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. 2.29.1. Casos en los que procede la liquidación. (...) 2.29.1.1. Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declare la caducidad.

“2.29.2. Personas que pueden efectuar la liquidación. (...) Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por las EMPRESAS, la cual se expedirá mediante resolución motivada, que estará sujeta a los recursos ordinarios por vía gubernativa.

“(...) SECCIÓN 5.

MINUTA DEL CONTRATO. (...) SEXTA: Obras para construir, su cantidad, precios y fórmula de reajuste. EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar todos los trabajos y obras necesarios para la correcta construcción, eficiente utilización y estabilidad de la obra contratada de acuerdo con lo establecido en los documentos del contrato. Entre aquellos trabajos se incluyen los que figuran en la lista de cantidades y precios presentada por EL CONTRATISTA en su propuesta, las obras adicionales que se pagarán a los precios allí consignados y las obras extras que se pagarán según lo establecido en la cláusula séptima. Las partes contratantes declaran que con la aplicación de tales precios LAS EMPRESAS pagan al CONTRATISTA todos los costos directos e indirectos que demande la ejecución de los trabajos en la forma establecida en los documentos del contrato, los imprevistos, la utilidad, la administración, etc. EL CONTRATISTA acepta que las cantidades de obra indicadas en el formulario de la propuesta son aproximadas y por lo tanto pueden aumentar o disminuir durante el desarrollo del contrato. Los precios consignados en la lista de cantidades y precios anexa a este contrato se aplicarán durante la vigencia del contrato y sólo admiten variaciones de acuerdo con el sistema de reajustes expresado mediante la fórmula allí indicada. Esta fórmula de reajuste se aplicará a los valores mensuales de las obras ejecutadas durante el plazo de construcción previsto en este contrato; las obras ejecutadas con posterioridad al vencimiento de dicho plazo serán reajustadas aplicando la fórmula de reajuste con base en el valor que tengan los índices en el mes de vencimiento de dicho plazo, sin embargo, LAS EMPRESAS, previa autorización de su Junta directiva, podrán ampliar el plazo de ejecución descongelando los índices de la fórmula de reajuste. Los precios correspondientes a las obras extras para el caso que no se llegue a un acuerdo sobre el precio, no estarán sometidos a reajuste, ni las obras previas según precios convenidos a menos que así se haya estipulado en el convenio adicional correspondiente. **SEPTIMA: Obras ordinarias, adicionales y extras.** Son obras ordinarias aquellas cuya descripción figura en la lista de cantidades y precios presentada por el CONTRATISTA en su propuesta y cuyas cantidades no excedan las allí previstas. Son obras adicionales aquellas cuya descripción figura en la lista de cantidades y precios pero cuyas cantidades ejecutadas exceden las allí previstas. Son obras extras aquellas que no figuran en la lista de cantidades y precios y que siendo o no de la naturaleza de la obra contratada su ejecución se requiere para cumplir el objeto de este contrato. Las obras ordinarias y adicionales se pagarán a los precios establecidos en la lista de cantidades y precios presentada por EL CONTRATISTA en su propuesta. Las obras extras se pagarán a los

precios acordados previamente y deberán ser ordenadas por escrito por la interventoría(...)

*“(...) **DECIMA PRIMERA: Medida y pago.** Cada mes calendario se medirá conjuntamente entre EL CONTRATISTA y la interventoría, la obra realizada, la cual se hará constar, en actas firmadas por ambas partes. En cada una de dichas actas, se harán constar para el caso de obras ordinarias y adicionales, e número del ítem, su descripción, su precio unitario, la cantidad de obra ejecutada desde la medida anterior y el valor de ésta, utilizando para el efecto las unidades de medida y los precios con que figuran para cada ítem en la lista de cantidades y precios incluida por el contratista en su propuesta; las obras extras con los precios unitarios que las partes convengan. (...) Igualmente, cada mes calendario se calculará para las obras ejecutadas el reajuste correspondiente cuyo cálculo y valor se hará constar en actas firmadas por EL CONTRATISTA y el interventor. (...) Dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la firma de las actas por parte del CONTRATISTA y de la interventoría y previa presentación de cada cuenta con el lleno de los requisitos de rigor, LAS EMPRESAS pagaran las sumas que resultaren a favor del CONTRATISTA, previa deducción de las sumas correspondientes a: la amortización del anticipo, impuestos, suministros por parte de LAS EMPRESAS, el pago de multas a que hubiere lugar, etc.*

*“(...) **DECIMA TERCERA: Personal, materiales, equipos y herramientas.** a) Personal: EL CONTRATISTA se obliga a mantener en el lugar de los trabajos en forma permanente y como mínimo un ingeniero o arquitecto graduado y matriculado... (...) Dicho ingeniero tendrá a su cargo la dirección de la obra y representará al CONTRATISTA con amplias facultades para obrar y resolver los problemas que se presenten. EL CONTRATISTA se obliga además a mantener y a ocupar en las obras personal capacitado y experimentado en los trabajos que se le encomiende con el fin de que las obras se ejecuten en forma técnica, y se terminen dentro del plazo acordado en este contrato. (...) b) Material: EL CONTRATISTA se compromete a conseguir oportunamente todos los materiales que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente.*

*“(...) **VIGESIMA PRIMERA: Multas.** (...) La aplicación de las multas se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas para el procedimiento gubernativo y su aplicación se entenderá sin perjuicio de que, en el caso de mediar las causales establecidas en el contrato, LAS EMPRESAS puedan declarar su caducidad y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria...*

*“**VIGESIMA SEGUNDA: Caducidad.** Las EMPRESAS podrán declarar la caducidad del contrato por cualquiera de las siguientes causas: (...) d) si a juicio de las EMPRESAS, del incumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o les causan perjuicios. (...) f) Si EL CONTRATISTA no da principio a los trabajo dentro de los diez (10) días siguientes a la orden de iniciación dada por la interventoría o si en cualquier momento las suspende sin causa justificada. (...) j) Cuando por culpa imputable al CONTRATISTA los trabajos no progresaren en*

*forma satisfactoria para las EMPRESAS, no se ajusten al programa de trabajo acordado o no se terminen dentro de los plazos establecidos en dicho programa. (...) La declaratoria de caducidad será proferida por las EMPRESAS mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se han decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria, si es del caso. La resolución que declare la caducidad se notificará personalmente al CONTRATISTA...(...) Declarada la caducidad, LAS EMPRESAS ocuparán las obras en el estado en que se encuentren y podrán emplear todos los materiales adquiridos por el CONTRATISTA. Igualmente tendrá derecho a retener todo el equipo, herramientas y demás enseres y elementos empleados por el CONTRATISTA en la construcción y al uso de los mismos hasta la terminación de los trabajos. (...) **PARÁGRAFO 2:** Para los efectos de la determinación de la causal j) de caducidad, se tomará como base el programa detallado de trabajo inicialmente presentado por el CONTRATISTA y aprobado por la Interventoría. Si para cualquier momento del programa la diferencia entre el total acumulado de la obra programada inicialmente y el total de la obra ejecutada, valorados ambos con los precios del contrato, llegare a ser mayor del veinte por ciento (20%) del valor estimado de este contrato, LAS EMPRESAS podrán declarar la caducidad.*

*“**VIGESIMA TERCERA: Cláusula Penal Pecuniaria.** En caso de declararse la caducidad de este contrato o el incumplimiento del CONTRATISTA, LAS EMPRESAS cobrarán al CONTRATISTA en calidad de Cláusula Penal Pecuniaria una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor estimado en el contrato, la cual es considerada como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a LAS EMPRESAS. El valor de esta pena pecuniaria se tomará directamente de cualquier suma que se adeude al CONTRATISTA, si la hay, o de la garantía de cumplimiento del contrato...”*

3. El contrato fue adjudicado el 19 de abril de 1993 a la Sociedad Vélez Mesa. Este hecho se encuentra demostrado con la comunicación del 28 de abril de 1993¹⁴⁵.

4. El Contrato 2/DJ-659/13 celebrado entre EPM y la Sociedad Vélez Mesa y Cia Ltda, tuvo por objeto la Reposición de redes y obras accesorias de alcantarillado en el Valle de Aburrá, de manera específica las obras correspondientes al grupo 1, el cual comprendía las comunas 1, 3 y 4 del municipio de Medellín. Este negocio fue firmado por el contratista el 7 de junio de 1993¹⁴⁶.

En el negocio jurídico se estableció:

¹⁴⁵ Folio 78 del Cuaderno 3. También se aportó la comunicación de 29 de abril en la que se deja también constancia de la fecha de adjudicación del contrato. Folio 82 del Cuaderno 3.

¹⁴⁶ Folios 5 a 8 del Cuaderno 1.

“PRIMERA: Objeto del contrato. LAS EMPRESAS encargan a EL CONTRATISTA y éste se obliga a ejecutar para aquellas, ciñéndose a los documentos del contrato, lo estipulado en la licitación pública nacional 1757-AN para la reposición de redes y obras accesorias de alcantarillado en el Valle de Aburrá. GRUPO 1: comprende las comunas 1, 3 y 4 del Municipio de Medellín. SEGUNDA: Plazo del contrato. El CONTRATISTA se obliga a iniciar los trabajos dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha que le fije la interventoría, por escrito, como día de iniciación del contrato y se obliga a ejecutar la obra contratada en un plazo de doscientos cuarenta (240) días comunes o solares contados a partir de la fecha de iniciación indicada por la interventoría. TERCERA: Valor del Contrato. El valor estimado de este contrato es de doscientos veintidós millones doscientos cuarenta y un mil novecientos sesenta pesos m.l. (\$222.241.960.00), valor que resulta de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios que aparecen en la lista de cantidades y precios unitarios presentada por EL CONTRATISTA en su propuesta, precios reajustables según la fórmula de reajuste establecida en el pliego de condiciones.”

5. La fecha de iniciación del contrato fue el 23 de agosto de 1993, sin embargo sólo hasta el día 31 del mismo mes el contratista hizo el replanteamiento de las redes y comenzó a ejecutar las obras. Al proceso se aportó documento en el que se dejó constancia de los anteriores hechos.¹⁴⁷.

6. Desde enero de 1993 hasta septiembre de 1994, se formularon diferentes denuncias ante inspector de policía por el hurto de varios elementos de trabajo, entre ellos herramientas, una volqueta, instrumentos de medición, etc. No obstante, no se prueba que los hechos generalizados de violencia se presentaran sistemáticamente en los lugares en los que se ejecutaron las obras, comoquiera que o no se especifica de forma concreta el lugar en el que ocurrieron, o éstos se presentaron en lugares distintos a los del frente de trabajo (sucesos ocurrieron en el municipio de Bello y otros mientras los vehículos se encontraban desplazándose). Solo algunas denuncias hacen referencia con exactitud al barrio Manrique el Pomar.

- Denuncia formulada por ROGELIO ALBERTO HINCAPIE RUIZ el 22 de enero de 1993¹⁴⁸. (No se especifica con exactitud el lugar en el que ocurrieron los hechos)

“En el día de hoy aproximadamente a las 7 y 10 de la mañana llegó el camión con el personal y se cuadró al pie de la oficina, cuando llegaron seis personas y nos intimidaron con arma de fuego y luego nos juntaron y nos metieron en un baño, luego sacaron tres de los trabajadores y

¹⁴⁷ Folio 347 del Cuaderno 3.

¹⁴⁸ Folio 20 del Cuaderno 1.

procedieron a montar todos los artículos en el carro, luego de haber montado todo se fueron y nos dejaron encerrados. PREGUNTADO: Díganos bajo la gravedad de juramento que fue lo que les hurtaron. RESPONDIÓ: Tres canguros marca Robín S 10, series WR 7010, Motor Nro 932506. WR. 1019, Motor Nro 932504 y WR 7040, Motor Nro. 1037183, dos computadores, con sus respectivas pantallas, teclados y discos duros y dos estabilizadores de voltaje y dos impresoras, una maquina de escribir, una nevera marca Abba, un Wiche pequeño, un teléfono, una calculadora, una motobomba eléctrica, una cámara fotográfica, una caja de herramienta la cual contenía, dos martillos, cuatro palancas, cuatro alicates, cuatro llaves de expansión, dos flexómetros(sic), dos cuchillos, un barreno, una chicharra, una cizalla, tres rodillos, dos almadanas, una chaqueta de cuero y material eléctrico varios avaluado (sic) en DOS MILLOSNES OCHOCIENTOS PESOS M.L.”

- Denuncia formulada por el señor MIGUEL ÁNGEL OSPINA el 17 de septiembre de 1993¹⁴⁹. (No se especifica el lugar en el que ocurrieron los hechos)

“Estábamos trabajando en ese momento cuando llegaron tres tipos, uno con un revolver y uno con una navaja, nos dijeron que nos quedáramos quietos y se llevaron una calculadora FX-802, me preguntaron si tenía plata y les dije que no, cogieron el aparato y salieron a la carrera y que me quedara quieto ahí o si no que me disparaban y listo; salieron a pie hacia el costado oriental; me baje para donde estaban el resto de los compañeros y les comenté que me habían atracado. (...) En Manrique en la calle 76 con carr. 43. PREGUNTA/ Diga al despacho que le robaron los sujetos? RESPUESTA/ Un nivel de presión marca KERM, matriculado con GKO(sic) Nro. 288694, que vale unos setecientos mil más o menos...”

- Denuncia formulada por NEPOMUCENO ANGARITA MOLINA el 30 de noviembre de 1993¹⁵⁰. (Hechos ocurridos en el Barrio Manrique el Pomar)

“(...) Estábamos nosotros trabajando, pisando una tierra, nosotros vimos que venían dos clientes a la carrera, cuando los vimos a ellos creímos que venían de alguna parte, pero se nos pegaron fue a nosotros, uno me puso un revolver en la cabeza, y otro compañero mío NELSON ENRIQUE CASTAÑO me recibió en ese momento el canguro o compactador, y a él esos muchachos obligaron (sic) a llevar el aparato a un carro, amarillo, no vimos las placas, a los otros compañeros les hicieron dar la espalda, y se fueron. PREGUNTADO: En qué dirección ocurrió el hecho? CONTESTO: Carrera 43x calle 76, Manrique el Pomar...”

¹⁴⁹ Folio 21 del Cuaderno 1.

¹⁵⁰ Folio 22 del Cuaderno 1.

- Denuncia formulada por ROGELIO ALBERTO HINCAPIE RUIZ el 4 de diciembre de 1993¹⁵¹. (Hechos ocurridos en la calle 55 No. 36-5)

“(…) Al llegar en horas de la mañana en la Calle 55 nro. 36-5, encontramos que todas las cerraduras estaban violentadas. Pasamos a hacer el inventario de las cosas faltantes que consistían en las siguientes: dos computadores marca DTK 486, avaluados cada uno de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000.), una impresora Exsomp (sic) 1050, avaluada en CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000), una impresora Exsomp (sic) 850, avaluada en TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000), una maquina de escribir marca Brother eléctrica, avaluada en SESENTA MIL PESOS (\$60.000), un FAX marca Brother, ref. 600, avaluado en SETECIENTOS MIL PESOS (\$700.000), un equipo de soldadura, no sé la marca, avaluado en TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000), dos canguros marca Waker, avaluado cada uno en un MILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.850.000), dos calculadoras eléctricas marca Casio, avaluadas las dos en NOVENTA MIL PESOS (\$90.000), un árbol de navidad que vale SESENTA CINCO MIL PESOS (\$65.000), se llevaron varios diskets (sic) con información de la compañía, valor incalculable, un carriel de lona avaluado en CUARENTA MIL PESOS (\$40.000)”

- Denuncia presentada por GUILLERMO DE JESÚS BOTERO RIVERA el 12 de enero de 1994¹⁵². (Hechos ocurridos en el Municipio de Bello)

“(…) El día de ayer, a eso de las dos de la tarde, me encontraba haciendo una nivelación de alcantarillado en la Avenida 36BB con Diagonal 42EC del Barrio la Camila del Municipio de Bello (Ant.) cuando de repente llegaron cuatro sujetos que se movilizaban en dos motos, una RX-100 Yamaha y la otra Kawasaki color roja, no fue posible apuntar las placas porque los sujetos las tapaban con capuchas, de la moto Kawasaki se bajo uno de los dos sujetos apadrinado por el que guiaba la moto y éste tenía un arma de fuego me encañonó(sic) y nos hizo correr a todos hacia atrás y cogió un Nivel marca JENA, color amarillo, referencia NI-050, Nro. 467909, avaluado en la suma de ochocientos mil pesos aproximadamente, igualmente se llevaron el trípode de madera armado, al parecer estos sujetos estuvieron un lote baldío que existe en la parte atrás de la Cárcel Nacional Bellavista, luego que los sujetos tenían en su poder el aparato salieron en las motos hacia Machado…”

- Denuncia presentada por JAVIER CHAVARRIA TABAREZ el 31 de enero de 1994¹⁵³. (Robo de vehículo mientras se desplazaba en lugar diferente al de los frentes de trabajo)

¹⁵¹ Folio 22A del Cuaderno 1.

¹⁵² Folio 23 del Cuaderno 1.

¹⁵³ Folio 24 del Cuaderno 1.

“(…) Mi presencia en este despacho es con el fin de formular denuncia, por el delito de hurto del vehículo camión trescientos brasileiro (sic), modelo 70, color blanco hueso, carrocería negra, de placas LADO 36, propiedad de la Firma VELEZ MESA, hechos ocurridos el día de hoy a las seis de la tarde, cuando venía por la iglesia de San Vicente, nos abordaron dos clientes en una moto nos apuntaban con un revolver y nos hicieron bajar del vehículo, nos hicieron caminar hacia abajo, para coger hacia la minorista, mientras se llevaron el carro con rumbo desconocido.”

- Denuncia formulada por ELKIN HERNAN LÓPEZ CALLE el 2 de marzo de 1994¹⁵⁴. (Robo de vehículo mientras se desplazaba en lugar diferente al de los frentes de trabajo)

“(…) hoy a eso de las 9 y 30 de la mañana en la avenida del río llegando al puente de Mico cuando venía en la volqueta se me arrimó una moto de color negra manejada por dos tipos y me dijeron que parara después de amenazarme con un revolver y cuando paré se bajo uno de los (sic) de la moto y cogió el carro, me bajaron y pusieron una correa en los ojos y subieron al carro y me hicieron agachar y me tuvieron en una manga toda la mañana hasta ahora que me trajeron y me dejaron en los lados del jardín botánico y allí me hicieron bajar y ellos siguieron con el carro…”

- 7. Las empresas públicas de Medellín expidieron las ordenes de pago durante el tiempo de ejecución del contrato a favor de la Sociedad Vélez Mesa, en las que no sólo se reconoció el valor de la obra ejecutada sino también lo referente a los reajustes provisionales del contrato.

- Orden de pago No. 672517, de julio 29 de 1993, por un valor de \$44'448.392. Correspondiente al valor del anticipo del contrato¹⁵⁵.

- Orden de pago No. 684140, de octubre 1 de 1993, por un valor de \$5'279.941. Correspondiente al valor del reajuste del anticipo del contrato¹⁵⁶.

- Orden de pago No. 684166, de octubre 19 de 1993, por una suma de \$13'090.226.22. Correspondiente al valor de la obra ejecutada y a reajustes provisionales del contrato¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Folio 26 del Cuaderno 1.

¹⁵⁵ Folio 329 del Cuaderno 3.

¹⁵⁶ Folio 331 del Cuaderno 3.

¹⁵⁷ Folio 339 del Cuaderno 3. Se aportó también la relación de obra ejecutada y el cálculo de los reajustes. Este documento se encuentra firmado por el contratista. Folios 338 a 347 del Cuaderno 3.

- Orden de pago No. 684210, de noviembre 16 de 1993, por la suma \$15'834.327.14. Correspondiente al valor de la obra ejecutada y los reajustes provisionales del contrato¹⁵⁸.

- Orden de pago No. 684265, de diciembre 13 de 1993, por la suma de \$12'105.398.84. Correspondiente al valor de la obra ejecutada y los reajustes provisionales del contrato¹⁵⁹.

- Orden de pago No. 701634, de enero 21 de 1994, por la suma de 15'619.221.55. Correspondiente al valor de la obra ejecutada y los reajustes provisionales del contrato¹⁶⁰.

- Orden de pago No. 701670, de marzo 15 de 1994, por la suma de \$17'572.826.62. Correspondiente al valor de la obra ejecutada y los reajustes provisionales del contrato¹⁶¹.

- Orden de pago No. 680088, de abril 15 de 1994, por la suma de \$1'307.000.76. Correspondiente al valor de la obra ejecutada y los reajustes provisionales del contrato¹⁶².

8. El 13 de diciembre de 1993, EPM dejó constancia del daño ocasionado por el contratista a la red de acueducto en uno de los frentes de trabajo. El valor de la avería fue de \$30.451¹⁶³.

9. Entre diciembre de 1993 y enero de 1994 el contratista entregó a EPM los programas de trabajo.¹⁶⁴ En prácticamente todos los frentes se señalan plazos de ejecución que coinciden con el inicialmente previsto en el contrato.

¹⁵⁸ Folio 348 del Cuaderno 3. Se aportó también la relación de obra ejecutada y el cálculo de los reajustes. Este documento se encuentra firmado por el contratista. Folios 349 a 358 del Cuaderno 3.

¹⁵⁹ Folio 361 del Cuaderno 3. Se aportó también la relación de obra ejecutada y el cálculo de los reajustes. Este documento se encuentra firmado por el contratista.

¹⁶⁰ Folio 374 del Cuaderno 3.

¹⁶¹ Folio 387 del Cuaderno 3. Se aportó también la relación de obra ejecutada y el cálculo de los reajustes. Este documento se encuentra firmado por el contratista. Folio 390 a 399 del Cuaderno 3.

¹⁶² Folio 401 del Cuaderno 3.

¹⁶³ Folio 400 del Cuaderno 3.

¹⁶⁴ Folios 428 a 444 del Cuaderno 3.

- DAL -102- 453. Barrio el Pomar. Fecha de inicio: 22 de noviembre de 1993. Duración: 42 días solares.

- DAL - 102 - 422. Barrio Popular. Fecha de inicio: 11 de enero de 1994. Duración: 61 días solares. Finalizaba el 14 de marzo de 1994, pero el contratista presentó un nuevo programa en el que la realización de las obras se extendía hasta el 19 de abril.

- DAL 102 - 435. La Esperanza. Fecha de inicio: 3 de enero de 1994. Duración: 31 días solares.

- DAL - 102 - 323. Aranjuez. Fecha de inicio: 23 de agosto de 1993. Duración: 21 días solares.

- DAL - 102 - 398. Versailles. Fecha de inicio: agosto 25. Duración: 77 días solares.

- DAL - 102 - 424. Granizal. Según programa las obras debían finalizar en marzo de 1994.

- Comunicación elevada por el contratista a EPM el 24 de enero de 1994, presentando a consideración de la entidad el análisis de precios unitarios que corresponden al frente de trabajo DAL-102-435 (Barrio la Esperanza). Y se envía copia de nuevo programa de trabajo.

10. El 16 de febrero de 1994 se suscribe el acta de modificación bilateral No. 1 al contrato No. 2/DJ-659-13¹⁶⁵. Se consigna que se requieren obras extras por un valor de \$1.321.855. sin que la ejecución de las mismas requiera ampliación del plazo inicialmente señalado.

“PRIMERA: Objeto. Para la correcta ejecución de las obras objeto del contrato, se hace necesario ejecutar la obra extra descrita en el anexo de esta acta, a los precios que allí se detallan. ***SEGUNDA: Valor.*** El valor de la obra extra asciende a la suma de un millón trescientos veintiún mil ochocientos cincuenta y cinco pesos m.l. (\$1'321.855.00). ***TERCERA: Plazo.*** La ejecución de la obra extra no requiere ampliación de plazo.”

¹⁶⁵ Folio 10 del Cuaderno 2. Se allego anexo en el que se hace una relación las obras y precios que se requieren para la ejecución de la obra extra pactada. Folio 11 y 12 del cuaderno 2.

11. Durante la ejecución del contrato, en los diferentes informes mensuales realizados por la interventoría se dejó constancia sistemática de los incumplimientos del contratista, principalmente de la existencia de atrasos. Así mismo se consignó que salvo en una ocasión los suministros se hicieron a tiempo y se entregaron los planos necesarios para la construcción.

- Informe de septiembre de 1993, en el que deja constancia que el contratista no estaba cumpliendo con lo pactado, que existían atrasos en las obras que son recuperables, que no se habían presentado reclamaciones por parte de VELEZ MESA, que los suministros se hicieron a tiempo y que se procedió a la entrega de todos los planos para la construcción¹⁶⁶.

- Informe de octubre de 1993, en el que se deja constancia que el contratista está cumpliendo con el programa de trabajo, la existencia de atrasos recuperables, la no realización de reclamos por parte de la sociedad Vélez Mesa, la constancia de que los suministros se han hecho a tiempo y la falta de entrega de planos para la realización de la construcción¹⁶⁷.

- Informe de Noviembre de 1993, en el que se dejó constancia del incumplimiento del contratista, de la existencia de atrasos recuperables, de la ausencia de reclamaciones por parte de la Sociedad Vélez Mesa, de la realización a tiempo de los suministros y de la entrega de todos los planos de la construcción¹⁶⁸.

- Informe de Diciembre del 93, en que se dejó constancia del no cumplimiento con el programa de trabajo, la existencia de atrasos no recuperables, la no presentación de reclamaciones por parte del contratista, el cumplimiento a tiempo de los suministros y la entrega de todos los planos para la construcción¹⁶⁹.

- Informe de Enero del 94, en que se dejó constancia del incumplimiento del programa de trabajo, la existencia de atrasos recuperables, la no presentación de reclamaciones por parte del contratista, la realización a tiempo de los suministros y la entrega de todos los planos para la construcción¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Folio 339 del Cuaderno 3.

¹⁶⁷ Folio 360 del Cuaderno 3.

¹⁶⁸ Folio 373 del Cuaderno 3.

¹⁶⁹ Folio 376 del Cuaderno 3.

¹⁷⁰ Folio 389 del Cuaderno 3.

- Informe de febrero del 94, en que se dejó constancia del incumplimiento del programa de trabajo, la existencia de atrasos no recuperables, la presentación de reclamos por parte del contratista, la no realización de los suministros en el tiempo estipulado y la entrega de todos los planos para la construcción¹⁷¹.

- Informe de marzo del 94, en el que se dejó constancia del incumplimiento del programa de trabajo, la existencia de atrasos no recuperables, la presentación de reclamos por parte del contratista, la no realización de suministros en el tiempo y la entrega de todos los planos para la construcción¹⁷².

12. El 29 de marzo de 1994, EPM en comunicación dirigida al contratista señala que si bien es cierto que en la zona de ejecución del contrato se han presentado problemas de inseguridad, los atrasos no se deben a los mismos sino a la insuficiencia de recursos y a la ausencia de un ingeniero encargado.

Comunicación No. 478640¹⁷³, en la que se señala:

“(...)1. Con relación a los trabajos de los proyectos DAL-102-398, DAL-102-422 y DAL-102-424, estamos de acuerdo con que en la zona se han presentado problemas de inseguridad que los pueden afectado, pero también es cierto que de acuerdo con los informes diarios de la interventoría en los frentes de trabajo los recursos han sido insuficientes, sumado a una ausencia del ingeniero en el lugar de los trabajos por lo que representa un rendimiento muy lento y bajo.”

13. El 4 de abril de 1994 EPM en Comunicación No. 479366, coloca de presente la suspensión de la obra en los proyectos DAL-102-435, DAL-102-398, DAL-102-422, sin causa justificada o por causas imputables al contratista y le informa a la Sociedad Vélez Mesa que este comportamiento es causal de caducidad del contrato¹⁷⁴.

14. El 7 de abril de 1994 se suscribe Acta de modificación bilateral No. 2 al Contrato No. 2/DJ-659/13¹⁷⁵, pactándose la ejecución de obra extra por un valor de \$7.702.310, valor que fue compensado en la misma cuantía con la obra que no se

¹⁷¹ Folio 403 del Cuaderno 3.

¹⁷² Folio 417 del Cuaderno 3.

¹⁷³ Folio 2 del Cuaderno 2. Con esta comunicación se anexa una relación del personal que trabajó en la obra en los meses de febrero, marzo de 1994.

¹⁷⁴ Folio 30 del Cuaderno 1.

¹⁷⁵ Folios 17 a 19 del Cuaderno 1.

ejecutó y que se referenció en el anexo aportado también al proceso. Se señaló la necesidad de ampliación del plazo previsto inicialmente.

En dicho documento se consignó:

“PRIMERA: Obra extra. Para la terminación de la obra prevista en el contrato, es necesaria la ejecución de la obra extra que se describe en el anexo de esta acta, a los precios allí indicados y sometidos a fórmula de reajuste, contemplada en la cláusula sexta del contrato. **PARÁGRAFO:** Los precios acordados para obra extra incluyen todos los gastos necesarios para la correcta ejecución de la obra así como la administración, las utilidades y los imprevistos. **SEGUNDA: PLAZO.** Para la ejecución de la obra extra descrita en el anexo se requiere ampliar el plazo contractual previsto, lo que será objeto de otra acta de modificación. **TERCERA: Valor de la obra extra.** El valor de la obra extra asciende a la suma de siete millones setecientos dos mil trescientos pesos m.l. (\$7'702.310.00), el que se compensa en la misma cuantía con la obra contractual que no se ejecutará, y que se describe en el anexo, razón por la cual no hay lugar al pago del impuesto de timbre, ni a la ampliación de las garantías. **CUARTA: Exoneración de responsabilidades.** El CONTRATISTA declara que no hará reclamación a las EMPRESAS por lo pactado en esta acta, que acepta la sustitución de la obra excluida por la obra extra que se ejecutará y manifiesta que por este hecho no habrá ninguna indemnización por parte de las empresas.”

En el anexo se indica que el valor contractual de la obra que no se realizará es de \$7'712.310.

15. El 7 de abril de 1994 EPM comunica (oficio No. 480645) al contratista que en vista del incumplimiento y de los perjuicios que se causaron a la comunidad, la entidad se vio obligada a realizar trabajos de empalmar el sumidero al MH-374 localizado en la calle 198ª con carrera 46 (barrio popular) y el muñeco de la tubería de Ø2” PVC de acueducto, y el empalme de la tubería de concreto Ø16” al MH en la calle 110ª con carrera 38 del barrio Granizal, por medio de otros contratistas¹⁷⁶.

16. El 11 de abril de 1994 la Sociedad Vélez Mesa dirigió comunicación a EPM solicitando ratificar la ampliación del plazo de las obras en 30 días. Como razones adicionales de la petición elevada señala: a. la variación y suspensión del proyecto DAL-102-398 de Aranjuez en un término de 15 días, y; b. la escases de los

¹⁷⁶ Folio 32 del Cuaderno 1.

materiales requeridos en la obra tales como tuberías de concreto y los materiales de playa, hecho que afectó la ejecución contrato desde diciembre de 1993¹⁷⁷.

17. El 13 de abril de 1994 la Sociedad Vélez Mesa dirigió comunicación a EPM en la que señaló como razones de paralización del contrato: a. la inseguridad; b. para la realización de las obras, el contratista no recibió el plano de cotización o proyectos específicos a realizar. Sólo se mencionan las comunas en las cuales se realizaran los proyectos y por tal razón no existió el reconocimiento de las condiciones topográficas; c. De los proyectos entregados se realizaron de forma casi completa los Nro. 398^a, 453, 323^a y en forma parcial el 398^a. El proyecto DAL-102-424 en alto porcentaje corresponde a obra extra pactada, y el proyecto DAL-102-435 no se adelantó porque la comunidad impidió su ejecución en 1993 y luego presentó problemas de ejecución. Finalmente, aduce las razones por las cuales sostiene que se presentó una ruptura en el equilibrio económico del contrato¹⁷⁸.

18. Durante la ejecución del contrato la Interventoría rindió los siguientes informes visuales¹⁷⁹:

- Proyecto DAL-102-422 (Barrio Popular): Se inició excavación en Enero 31/94, en febrero 12/94 fueron suspendidas por el contratista. Se dejó parte de la brecha abierta y se ocasionó un perjuicio a la comunidad por no tener la tubería oportunamente.

- Proyecto DAL - 102 - 453 (Barrio el Pomar). Se dejó constancia de que no se cumplió con la obligación de remoción de los escombros.

- Proyecto DAL - 102 - 398 (Versalles). Obra que se abandonó generándose encausamiento de un caño. No se colocaron tapas, fueron cubiertas con piedras y madera por la comunidad. Por encima de la labor realizada pasa el agua de una quebrada. También faltó reconstruir pavimento. No se removieron escombros.

- Proyecto DAL - 102 - 424 (Barrio Granizal). No se recogieron escombros. No se repavimentó. Parte de la tubería fue abandonada por el contratista. Se

¹⁷⁷ Folio 34 del Cuaderno 1.

¹⁷⁸ Folios 36 a 41 del Cuaderno 1.

¹⁷⁹ Folios 26 a 98 del Cuaderno 1.

suspendieron las excavaciones. Rotura innecesaria de pavimento. Se presentó obstrucción de alcantarillado

19. El 19 de abril de 1994 EPM profirió la Resolución No. 25854, declarando la caducidad del contrato celebrado con la Sociedad Vélez Mesa¹⁸⁰.

En la parte motiva se señaló:

“(...) 3. Que inicialmente el Contratista presentó el programa de construcción de las obras, el cual fue aprobado por la interventoría, considerando los siguientes proyectos dentro del objeto del contrato:

“DAL-102-398, DAL-102-422, DAL-102-424, DAL-102-453, DAL-102-323 y DAL-102-435.

“4. Que como consecuencia de los retrasos en que incurrió el contratista, las Empresas le solicitaron reprogramar la ejecución de las obras, solicitud que no atendió.

“5. Que a pesar de habérselo ordenado la interventoría, el contratista no inició los proyectos DAL-102-466 y DAL-102-490 y suspendió los trabajos en los proyectos DAL-102-435, DAL-102-453 y DAL-102-398, sin causa justificada, provocando prejuicios a la comunidad.

*“6. Que los trabajos no progresan en forma satisfactoria para las Empresas y no se ajustan al programa de trabajo acordado, **lo cual es imputable al Contratista por falta de personal y suministro oportuno de recursos en los frentes de trabajo, entrega de programación a tiempo e incumplimiento de las metas físicas de los proyectos adjudicados.***

“7. Que el contratista se ha negado persistentemente a atender las ordenes dadas por la interventoría sobre el impacto comunitario, tal como se indica en los oficios radicados con los números 473474, 472364 y 477101 y varias boletas de interventoría.

*“8. Que al 8 de abril de 1994, **el contratista había ejecutado obras por el valor de CIENTO SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y TRES MIL DOSCIENTOS VEINTIDOS PESOS CON 50/100 M/L \$107'733.222.50), equivalente al cincuenta y tres punto cinco por ciento (53.5%) de la obra que podía ejecutar según los proyectos autorizados por la interventoría, en un término de doscientos veintinueve (229) días, que representan el noventa y cinco por ciento (95%) del plazo contractual.***

“9. Que en la misma fecha, el valor de la obra faltante por ejecutar de acuerdo con los proyectos ordenados al contratista ascendía a NOVENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/L. (\$93'200.000.00), suma que incluye el proyecto DAL-102-466 por valor de TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$34'500.000.00),

¹⁸⁰ Folios 2 a 4 del Cuaderno 1.

aproximadamente, el cual requería de una ampliación de plazo, la misma que no fue posible pactar, por cuanto el contratista no presentó la reprogramación de las obras solicitada por la interventoría, ni dio inicio a su ejecución.

“10. Que el contratista, mediante oficio No. 465539 manifestó haber perdido el control y manejo de las obras y que se encuentra en incapacidad para continuar cumpliendo el objeto del contrato. “

En la parte resolutive se dispuso:

“Artículo 1. Declarar la caducidad del contrato 2/DJ-659-13, celebrado entre las Empresas y la firma VELEZ MESA Y CIA LTDA, para la reposición de redes y obras accesorias de alcantarillado grupo I, comunas 1, 3 y 4 de Medellín.

“(…) Artículo 3. Se ordena liquidar el contrato, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada y, si fuere necesario, las garantías de cumplimiento, anticipo y pago de salarios y prestaciones sociales, otorgadas por la Compañía FENIX DE COLOMBIA S.A., y adelantar las acciones judiciales que sean del caso para cobrar la totalidad de los perjuicios sufridos por las Empresas con el incumplimiento.”

20. El 21 de abril de 1994 la Sociedad Vélez Mesa elevó comunicación a EMP, en la que hizo referencia a las variaciones de 18 ítems de la obra ejecutada los cuales superan el 120% de la cantidad pactada individualmente. En opinión del contratista muchos ítems tenían un valor de \$17.285.731 esto es el 7.78% en el contrato original y para la fecha en lo que va de ejecutado presentan un valor de \$37.953.449 esto es el 36.66% del valor de obra ejecutado o también el 17.12% del valor contractual. Afirma que el objeto pactado fue modificado por la entidad contratante, comoquiera que la mayor parte de lo realizado no ha sido la reposición sino la construcción de nuevas redes¹⁸¹.

21. El 21 de abril de 1994 la sociedad contratante dirigió comunicación a EPM, en la que se solicitó la liquidación de obra para la ejecución de acta No. 7 acordada desde el 26 de marzo del mismo año¹⁸².

22. El 26 de mayo de 1994 EPM profirió la Resolución No. 27008 , declarando la urgencia manifiesta con el objetivo de iniciar inmediatamente las obras tendientes a tapar las brechas existentes y a terminar las obras iniciadas para evitar que se causen perjuicios a la comunidad.

¹⁸¹ Folios 27 a 29 del Cuaderno 1.

¹⁸² Folio 44 del Cuaderno 1.

En la parte motiva de la resolución se señaló:

“(…) Que teniendo en cuenta que el contratista ha disminuido notablemente el personal, el quipo y suministro de material necesarios para la construcción de las obras, desde el día 16 de marzo de 1994, dejando de ejecutar obras con notorios perjuicios para los usuarios, las empresas tramitan actualmente la declaratoria de caducidad del contrato.

“Que en lugar de ejecución de las obras, concretamente en los proyectos DAL 102 398, DAL 102 422 y DAL 102 424, existen escombros sin retirar y brechas efectuadas por el contratista que han desestabilizado los terrenos aledaños ofreciendo grave peligro para los peatones y el tránsito vehicular, así como obras inconclusas que pueden causar accidentes e inundaciones.

“Que de acuerdo con lo dispuesto en los numerales anteriores, se hace necesario iniciar inmediatamente, las obras tendientes a tapar las brechas existentes y terminar las obras iniciadas con el fin de evitar que se causen perjuicios a la comunidad”

23. El 23 de septiembre de 1994 EPM profirió la Resolución No. 30576, resolviendo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 25854 de 19 de abril de 1994¹⁸³. En dicho acto administrativo negó la solicitud de revocatoria hecha por el contratista. La notificación personal se realizó el 6 de octubre de 1994.

En la parte motiva se señaló:

“(…) a) La resolución por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato, fue expedida el 19 de abril del presente año, dentro del plazo pactado para la ejecución de su objeto. El hecho de haber sido notificada por fuera del mismo, no genera la ineficacia del acto administrativo, pues debe tenerse en cuenta que las notificaciones no son actos administrativos que produzcan efectos jurídicos, sino condiciones procesales para informar o dar noticia a los afectados de los que haya sido resuelto por la administración. En este sentido el acto fue notificado con el cumplimiento de los requisitos de ley y en consecuencia, no existen dudas en cuanto a su validez y eficacia.

“b) Las Empresas, al declarar la caducidad del contrato, dispusieron su terminación por las causales establecidas en el pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública nacional 1757-AN y que por estimarlas tipificadas fueron transcritas en el numeral 11 de la resolución impugnada.

¹⁸³ Folios 5 a 14 del Cuaderno 1.

“En estos términos, la Administración procedió de conformidad con las facultades exorbitantes emanadas del contrato; dentro de los límites que el mismo le imponía: la presencia de las causales invocadas y la expedición del acto administrativo en debida forma. Por ello resulta inadmisibles lo argumentado por los recurrentes, en el sentido de condicionar una potestad emanada del contrato y de la ley, al agotamiento de las etapas previas, como eran la imposición de multas.

“c) Todos los proyectos entregados al contratista para su ejecución, tienen como objeto la reposición de redes de alcantarillado, puesto que serían desarrollados en sectores de la ciudad donde existía, al momento de su adjudicación, este tipo de infraestructura de servicios públicos.

“La longitud total de las redes construidas por el contratista, de acuerdo con la medición realizada por las partes, asciende a 1.307 metros, cifra sustancialmente inferior a la que menciona el contratista en su recurso.

“En cuanto a la presunta modificación del objeto del contrato, alegada por el Contratista, tenemos lo siguiente en cuanto a los proyectos que lo constituyen:

*“**Proyecto DAL-102-398, Barrio Versalles.** Se construyó parcialmente y las cantidades de obra de algunos ítemes(sic), excedieron las previstas originalmente, quedando obra pendiente por suspensión de los trabajos.*

*“**Proyecto DAL-102-424, Barrio Granizal.** La obra extra se substituyó por el **Proyecto DAÑ-102-466** y se dejó de ejecutar el cuarenta y ocho punto cuatro por ciento (48.4%) de la obra contractual por valor de DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$17'500.000.00).*

*“**Proyecto DAL-102-323, Barrio Aranjuez.** Se produjo una suspensión de los trabajos durante quince (15) días por rediseño. Sin embargo se logró construir.*

*“**Proyecto DAL-102.435, Barrio la Esperanza.** Por solicitud de la comunidad, la iniciación de este proyecto fue aplazada hasta el 3 de enero de 1994. Según el programa de trabajo adelantado por el contratista, se debió ejecutar en treinta y un (31) días y sin embargo, no fue construido sin causa que los justificara.*

*“**Proyecto DAL-102-453, Barrio el Pomar.** Efectivamente se construyó.*

*“**Proyecto DAL-102-422, Barrio Popular.** Sólo se realizó el diecisiete por ciento (17%), cuando el contratista podía ejecutar hasta el sesenta y seis por ciento (66%), pero suspendió los trabajos antes de terminar el plazo contractual. El porcentaje restante estaba condicionado por una decisión de la Secretaría de obras públicas del municipio.*

*“**Los proyectos DAL-102-466 y DAL-109-490,** ni siquiera fueron iniciados por parte del contratista.*

“Se observa, entonces, que en algunos puntos las Empresas coinciden de manera parcial, con lo expuesto por el Contratista, pero no es cierto que el objeto del contrato haya sido modificado.

“Adicionalmente, el Contratista manifiesta haber solicitado la reprogramación de las obras, mediante algunas comunicaciones que menciona el recurso. Al respecto, se anota, que la solicitud de reprogramación de dichas actividades, corresponde a las Empresas por intermedio de la Interventoría y, además, varios de los oficios relacionados como contentivos de dichas peticiones, en realidad fueron remitidos por la entidad contratante, describiendo los atrasos en la ejecución de los proyectos, o sea que no eran solicitudes de reprogramación como lo afirma el contratista.

“Las Empresas solicitaron reprogramar las obras atrasadas, mediante comunicaciones 475443, 474650 y 478876, entre otras, las mismas que no fueron atendidas por el contratista.

*“En síntesis, al contratista se le entregaron proyectos para ejecutar, por una cuantía equivalente al noventa por ciento (90%) del valor original del contrato y en cuanto al **Proyecto DAL-102-466**, debe tenerse en cuenta que el 21 de diciembre de 1993, se le solicitó que confirmara si estaba en capacidad de ejecutarlo, para la presentación de la reprogramación y definición de los precios unitarios de la obra extra requerida, a lo que manifestó que podía dar inicio a los trabajos el 7 de febrero del año en curso; en comunicación No. 461475, solicitó que ese proyecto se considerara como obra sustitutiva de la extra del **Proyecto DAL-102-424**, agradeciendo el beneficio que le representaba. Con oficio No. 472109, las Empresas autorizaron la iniciación del proyecto y posteriormente, se legalizó la obra extra en el acta de modificación bilateral N0. 2 al contrato.*

“Carece de razón el contratista cuando pretende acreditar la disminución en el valor real del contrato y consecuente con ello, no es aplicable el concepto emitido por el Consejo de Estado, en el fallo que hace referencia a la teoría del hecho de la Administración.

*“d) El objeto de la licitación pública nacional no. 1757-AN, lo constituía la reposición de redes y obras de alcantarillado en las diferentes zonas atendidas por las Empresas en el Valle de Aburrá, y el grupo I, adjudicado a la sociedad **VELEZ MESA Y CIA LTDA.**, comprende obras en las comunas 1,3 y 4 del Municipio de Medellín.*

“En el mencionado proceso licitatorio, no se previó la entrega de planos de construcción y el entonces proponente no los exigió para efectos de presentación de la oferta; además, el pliego de condiciones y especificaciones, estableció en su numeral 1.5.3., que las empresas no realizarían visitas de los diferentes sitios de las obras con funcionarios de ellas, lo que significa que constituía obligación a cargo de los interesados en la adjudicación del contrato, visitar el sitio de las obras y sus alrededores, para informarse completamente de todas las condiciones topográficas, climatológicas, de acceso, de suministro y transporte de materiales, al igual que las condiciones de seguridad de la zona y las demás que pudieran influir o afectar los trabajos, sus costos y duración de los mismos, para determinar los precios unitarios y

calcular el porcentaje de administración, imprevistos y utilidades (A.I.U) que los afectaría durante la ejecución del contrato...

“(...) Las Empresas, en diferentes comunicaciones aceptan que en la zona se presentaron problemas de inseguridad, pero hicieron constar que los incumplimientos se debieron a la carencia de materiales, equipos y programación y control de los trabajos, mas que a la inseguridad....

“(...) La inseguridad en Medellín es un hecho notorio y no se reduce a las zonas de influencia de los trabajos, tal como lo reconoce el Contratista al presentar copias de las denuncias formuladas ante la autoridad competente, con las que acredita el hurto de unos vehículos automotores en lugares diferentes a los de la ejecución de las obras....

“(...) Mencionan también los recurrentes, la causación de extracostos como figura constitutiva de una circunstancia imprevista y atribuye la demora en la orden de inicio, la causa de su tipificación, desconociendo que por expresa disposición de la normatividad vigente al momento de su adjudicación, el contrato y por tanto la orden de inicio, fueron sometidos al dispendioso trámite que para su perfeccionamiento ella exigía y por tanto, el tiempo transcurrido entre los mencionados eventos, no es imputable a las empresas.

*“e) En el capítulo que denomina como SUSTENTACIÓN TÉCNICA, el Contratista hace nuevamente referencia a lo expuesto por la Entidad en los distintos considerandos de la resolución impugnada, y en este sentido, se estima necesario señalar, que las Empresas le ordenaron la ejecución de proyectos por DOSCIENTOS DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL PESOS M/L (202'131.000.00), equivalentes al 90% de la valor original del contrato, suma que no incluye el valor de la obra del **proyecto DAL-102-424, Barrio Granizal**, la que tenía un valor aproximado de NOVENTA MILLONES DE PESOS (\$90'000.000.00) y cuya ejecución se resolvió no ordenar por considerar que el contratista carecía de los recursos suficientes para darle cumplimiento.*

“(...) la interventoría solicitó persistentemente al contratista, tomar las medidas necesarias para que cesaran los incumplimientos en el programa de trabajo y en las normas de impacto comunitario, que por su magnitud y los perjuicios causados a los usuarios, dio lugar a que éstos taparan algunas brechas e impidieran la continuidad de las obras, hasta que el contratista dispusiera de los recursos necesarios y se adecuaran algunas vías de tránsito de vehículos.

“Considerando el valor de las obras entregadas y programadas y si se disminuye el de las que no fue posible ejecutar por la presión directa de los habitantes de los sectores afectados, se concluye que no tuvo la posibilidad de realizar obras por el valor aproximadamente (sic) CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES DE PESOS M/L (\$192'000.000.00), y si se compara esta valor con el de lo ejecutado hasta el mes de marzo de 1994, por la suma de CIENTO NUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL PESOS M/L (109'708.000.00), se advierte la magnitud de los incumplimientos...”

24. El 20 de abril de 1995 EPM profirió la Resolución No. 37993, liquidando el contrato 2/DJ-659-13¹⁸⁴, resultando un saldo a favor de la entidad de \$16.560.498.49.

En este acto administrativo se resolvió:

“Artículo 1º. Liquidar Unilateralmente el contrato 2/DJ-659-13, celebrado entre LAS EMPRESAS y la firma VÉLEZ MESA Y CÍA LTDA., cuyo objeto es la reposición de redes y obras accesorias de alcantarillado, grupo 1, en las comunas 1, 3 y 4 del municipio de Medellín, en la siguiente forma:

“c. Valor total del contrato. El valor pactado en el contrato fue de doscientos veintidós millones doscientos cuarenta y un mil novecientos sesenta pesos m.l. (\$222.241.960.00). No obstante, como éste no se ejecutó en su totalidad ascendió a la suma de ciento treinta y seis millones doscientos cuarenta y cinco mil trescientos setenta y un pesos con 70/100 m.l. (136’245.371.70), incluidos los reajustes y obra extra ejecutada, la cual se discrimina así:

“Obra contractual ejecutada y pagada:	
\$107’248.541.26	
“Obra contractual por pagar:	\$4’080.734.93
“Obra extra por pagar (convenio No. 1)	
\$1’085.671.19	
“Obra extra por pagar (Convenio No. 2)	
\$642.464.14	
“Obra no reajutable pendiente por liquidar	
\$15’432.242.64	
“Corrección por liquidación de obra en enero/94	
\$206.776.40	
“Reajustes pagados (incluyendo el reajuste del anticipo)	
\$15’432.242.64	
“Reajuste por pagar (definitivos desde septiembre/93 hasta abril/94)	\$5’116.341.80
“Valor por suspensión de la obra (incluye reajustes)	
\$1’375.806.76	
“TOTAL	\$136.245.371.72

“d. Sumas a cargo de cada una de las partes.

“Sumas adeudadas por las Empresas al contratista:

“Realizada la liquidación de las obras ejecutadas por el Contratista hasta el 19 de abril de 1994, resultan las siguientes sumas a su favor:

“Obra contractual reajutable (acta 8 de abril/94)	
\$4’080734.93	

¹⁸⁴ Folios 140 a 142 del Cuaderno 1.

"Obra extra reajutable (acta 7ª marzo/94)
 \$1'728.135.33
 "Obra extra no reajutable
 "Corrección por obra contractual realizada en enero
 \$206.776.40
 "Reajustes definitivos desde el acta 1 hasta el acta 8
 \$5'116.341.80
 "Valor por gastos de Suspensión de obra (incluye reajuste)
 \$1'375.806.76

"TOTAL **\$13.564.587.82**

"Menos:
 "Menor valor del contrato por I.P.S. derogado (1%)
 \$135.646.00
 "Retención en la fuente (1%) \$134.289.00
"TOTAL **\$269.935.00**

"VALOR TOTAL A CARGO DE LAS EMPRESAS
\$13.294.652.82

"Sumas adeudadas por el Contratista a las Empresas:

"Reintegro del anticipo faltante por amortizar:
 \$5.048.358.07
 "Reintegro por reajuste del anticipo proporcional
 a las obras no ejecutadas \$2'582.597.24
 "Cláusula penal pecuniaria (10% del valor del contrato)
 \$22.224.196.00

"VALOR TOTAL A CARGO DEL CONTRATISTA
\$29'855.151.31

"e. Compensación de cuentas. Restando de las sumas adeudadas por el contratista a las Empresas, veinte nueve millones ochocientos cincuenta y cinco mil ciento cincuenta y un pesos con 31/100 (\$29'855.151.31), las que éstas le adeudan al mismo, trece millones doscientos noventa y cuatro mil seiscientos cincuenta y dos con 82/100 (\$13.294.652.82), resulta un saldo a favor de la entidad de dieciséis millones quinientos sesenta mil cuatrocientos noventa y ocho pesos con 49/100 (\$16'560.498.49)...".

25. El 21 de julio de 1995 EPME envió comunicación 571799 al contratista en la que se dejó constancia de los incumplimientos contractuales y se niega la reclamación hecha por la Sociedad Vélez Mesa. En dicho documento se señaló:

"a. Los costos de la desobstrucción del alcantarillado en el tramo 214B - 214D del proyecto DAL - 102 - 398A- serán reconocidos al contratista teniendo en cuenta que la causa de la obstrucción fue el desbordamiento del caño agua negra que constituyó una fuerza mayor para el contratista.

“En cuanto a la carta 467428, le ratificamos lo expresado en el oficio 485252 sobre las razones para el no pago de las roturas de pavimento inconclusas realizadas, por cuanto la actividad no se completó y con la rotura se causó grandes daños en la vía. Y en cuanto a la rotura que se realizó en el Barrio la Esperanza, las empresas tuvo que recoger los escombros y reparchar de nuevo la brecha para no causar incomodidades con la comunidad en vista de que el contratista al romper la vía solo ocasionó perjuicios en ese frente. Y con respecto a los demás puntos tratados en su carta, le comentamos que los pagos solicitados se incluyeron en la liquidación final del contrato del asunto.

“b. En cuanto al pago de transporte de los 8 tubos de ø18” para instalarlos en la zanja que excavó el contratista en el tramo 30-40 en el Barrio El Popular como una obra de inmediata ejecución con el fin de minimizar el impacto a la comunidad, le ratificamos que no es procedente ya que el contratista debió contemplar en su programa el suministro oportuno de la tubería antes de realizar la excavación y su argumento de no encontrar tubería en el mercado no lo exime de responsabilidad.

“c. En relación con las observaciones planteadas en su carta de Diciembre 29 de 1994 radicada con el No. 526340^a, sobre la liquidación de las obras hecha entre el Contratista y la Interventoría a través de varias reuniones celebradas, le reiteramos que esas observaciones ya fueron atendidas.

“Es de anotar que la mayoría de estas observaciones habían sido consideradas en dicha liquidación de acuerdo con lo discutido con el Contratista, de lo cual se informó en las comunicaciones Nros. 494345, 494344, 496234, 496233, 497440, 502780, 502779, 513987, 515808 y 517821, entre otras.

“d. Sobre la reparación efectuada en el Barrio Aranjuez, correspondió a una domiciliaria, la cual todavía no se había entregado y por lo tanto es responsabilidad del Contratista entregar la obra construida, funcionando y en perfecto estado.

“e. En relación con su carta No. 467428 de marzo 17 de 1994, le ratificamos lo expresado en nuestro oficio No. 485252 sobre la construcción del muro de contención y otros trabajos ordenados por la interventora, en el sentido de que su pago fue incluido en varias actas de obra ejecutada y de liquidación del contrato.”

26. El 23 de enero de 1996 se firmó convenio de transacción al Contrato 2/DJ-659/13, en el que se reconoce al contratista el pago de los sobrecostos por la ejecución de obra adicional, cuyas cantidades superan un 120%. De igual manera se aporta anexo en el que se realiza una relación de cada uno de los ítems y de los valores que soportan el acuerdo realizado¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Folios 15 y 16 del Cuaderno 1.

En dicho convenio se pactó:

“PRIMERA: Antecedentes. El Contratista solicitó el pago de los sobrecostos en que incurrió en la ejecución de obra adicional cuyas cantidades superan en mas del ciento veinte por ciento (120%), las cantidades originales del contrato. **SEGUNDA: Objeto.** Estudiadas las razones expuestas por el contratista para sustentar su reclamación, las Empresas consideran que hay lugar al reconocimiento de parte de lo reclamado, por tanto acuerdan pagarle los sobrecostos para los ítemes que se indican en el anexo a este convenio, de acuerdo con los precios unitario y las cantidades de obra allí indicadas. Los precios unitarios pactados estarán sujetos al reajuste establecido en el contrato. **TERCERA: Reconocimiento.** Las Empresas acuerdan con el contratista reconocerle, a título de transacción, los mayores costos en que incurrió, de conformidad con lo anotado en las cláusulas anteriores. El valor total de los mismos, asciende a la suma de siete millones veintiún mil setecientos ochenta pesos m.l. (\$7'021.780.00), el cual incluye los reajustes contractuales. El pago respectivo se hará efectivo tan pronto se perfeccionen el presente convenio y se cumplan los trámites pertinentes. (...) **QUINTA: Responsabilidades.** En virtud de la transacción contenida en este convenio y mediante el cual se hace el reconocimiento económico por la reclamación presentada por el contratista, este declara que con el pago de la suma antes indicada se da por indemnizado de los perjuicios, que son objeto de esta transacción. Por tanto, declara que las Empresas quedan a paz y salvo con él por todos los perjuicios que pudiere haber sufrido y los extra costos en que haya incurrido durante la ejecución de las obras objeto del presente contrato.”

27. El 5 de marzo de 1996 EPM expidió la Resolución No. 51509, resolviendo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 37993 de 1995. En la parte resolutive se ordenó que el saldo a favor de la entidad no ascendía a \$16.560.489.49 sino a \$8.519.181.24.

"Artículo 1o. Modificar los literales d y e del artículo 1o de la resolución 37993 del 20 de abril de 1995, en el sentido de que las sumas adeudadas por la Empresa al contratista ascienden a veintiún millones trescientos treinta y cinco mil novecientos setenta pesos con siete centavos m.l. (\$21.335.970.07), y no a trece millones doscientos noventa y cuatro mil seiscientos cincuenta y dos pesos con ochenta y dos centavos m.l. (\$13'294.652.82), como se indico en el literal d. del citado artículo; y que una vez efectuada la compensación de cuentas, el saldo a favor de las empresas es de ocho millones quinientos diecinueve mil ciento ochenta y un pesos con veinticuatro centavos m.l. (\$8.519.181.24) y no de dieciséis millones quinientos sesenta mil cutrocientos noventa y ocho pesos con cuarenta y nueve centavos m.l. (\$16'560.498,49)' como se hizo constar en el literal e. del mismo artículo.

"Artículo 2o. Confirmar en los demás términos la resolución 37993 del 20 de abril de 1995 (...)"

28. El 7 de mayo de 1997 se practicó en el proceso dictamen pericial ¹⁸⁶ del que se extrajeron las siguientes conclusiones:

- El contrato tenía un valor nominal convenido de \$222'241.960.00.
- Si se toma como valor real del contrato de las obras cuya ejecución ordenó la EPM al contratista, calculado dicho valor a los precios unitarios acordados, este fue por la suma de \$202'131.000.00.
- Todos los proyectos le fueron entregados y ordenados al contratista el día 4 de agosto de 1993, menos el DAL-102-466 que le fue entregado el día 21 de diciembre de 1993 y el DAL-102-490 que le fue entregado el día 28 de febrero de 1994.
- Con respecto al Proyecto DAL-012-422 del barrio Popular se tiene lo siguiente: para ejecutar la labor correspondiente a la carrera 46 entre calles 108 y 109 era indispensable cerrar este tramo al tránsito vehicular y que se habilitara para ello la carrera 45 entre las mismas calles, habilitación que le correspondía al Municipio. EPM estimó que la labor que no pudo realizar el contratista equivalió a \$10'.000.000. Los peritos acogen esta suma, y por consiguiente el valor de obra que el contratista debía ejecutar es de \$192.131.000.
- De acuerdo con las actas de liquidación el contratista ejecutó obra por valor de \$114.320.980.
- El porcentaje de la obra ejecutada es del 59,50%.
- **Como las obras se ejecutaron con cinco años de anterioridad a la práctica del dictamen, no es posible verificar las causas de los retrasos en la ejecución.**

¹⁸⁶ Folio 132 a 138 del Cuaderno 1.

Del dictamen pericial rendido no es posible a la Sala concluir cuales son las causas que originaron los atrasos y por consiguiente el incumplimiento que dio lugar a la declaratoria de caducidad.

29. El 29 de junio de 1998 se rindió aclaración al dictamen pericial presentado¹⁸⁷.

En el escrito se señaló:

- El robo de equipos y materiales, propiciado por la inseguridad en las zonas donde se ejecutaba el contrato, **fue una de las causas del retraso en que incurrió el contratista.**

La organización administrativa de un contratista no necesariamente evita los robos; por otra parte los suscritos **no podemos aseverar que Vélez Mesa no tuvo organización administrativa.** La vigilancia puede evitar parte de los robos, pero si éstos son violentos pueden volverse inevitables. Las pólizas de seguros por robo de maquinaria y equipo cubren el riesgo económico, pero no evitan el robo y si éste ocurre puede suceder el retraso, aunque no haya pérdida económica.

- La misma interventoría de las Empresas Públicas consideró que el atraso por parte del contratista a causa del cambio de diseño en el proyecto DAL-102-423 pudo ser de 15 días.

- La no provisión oportuna de los medios para ejecutar el contrato, como personal, equipo y materiales se le puede atribuir a cualquiera de las dos causales citadas, o a las dos concomitantemente, o a otras distintas. **En el presente caso no sabemos cual fue la causa.**

De la aclaración del dictamen pericial la Sala no puede concluir las causas que dieron lugar al incumplimiento así como tampoco establecer con exactitud las responsabilidades de cada una de las partes del contrato.

30. En el proceso se rindieron los siguientes testimonios:

¹⁸⁷ Folios 147 y 148 del Cuaderno 1.

- TESTIMONIO RENDIDO POR GUSTAVO ALFONSO ESTRADA ARAQUE, INGENIERO QUE PREPARÓ LA LICITACIÓN DE VELEZ MESA¹⁸⁸.

“(...) Concretamente en este contrato se presentaron una serie de problemas que entorpecieron el desarrollo normal de las obras como la variación grande, en las cantidades de obra. Hubo algunos ítems que no se hicieron y otros sobrepasaron las cantidades presupuestadas en forma exagerada y se presentaron también ítems que no estaban previstos en el contrato, es decir, obra extra. Hubo ítems por ej. que en la licitación se cotizaron y que EE.PP. en su momento presumió que comercialmente se conseguían los materiales en el medio, como son tuberías en concreto de quince pulgadas cuando lo normal es que se consigan de dieciséis pulgadas, obligando ello a una obra extra porque los ítems son diferentes no es lo mismo 15 que 16 pulgadas. En este contrato se presentaron también problemas serios de seguridad. En algunos frentes como en los barrios populares problemas con la milicias urbanas y con la comunidad que no permitieron ejecutar los frentes que estaban programados en esos sectores. Hubo un frente en el barrio popular donde se presentaron la milicias y objetaron la ejecución de las obras diciendo que sin el permiso de ellos no se podía hacer nada en el sector. Se presentaron en ese y otros sitios abundantes robos de materiales y equipos. En el contrato en general se robaban volquetas, se robaron dos en el contrato. Equipos de compactación o sea lo que se conoce como Canguros, equipos vibrocompactadores. Hubo también robos directos a la oficina que a su vez hacia las veces de almacén central y lo mas usual en ese tipo de obras y en esos sitios es el robo de materiales de playa, necesarios para la ejecución de las obras...”

“(...) PREG: Cuál es la diferencia que hay entre reposición de redes y la instalación de redes nuevas o no la hay? CONTESTO: Si existe una diferencia. Primero se trabaja sobre la misma brecha en la reposición de redes, que tienen las redes existentes y no hay variación de pendientes sino de diámetros en las tuberías. En cambio, cuando se trata de redes nuevas y por vías públicas que es lo que comúnmente se ve en nuestra ciudad, las excavaciones tienen que hacerse paralelas a redes que ya existen, siendo las paredes de excavación mas inestables. Si requieren elementos adicionales a la reposición de redes tales como equipos de precisión de topografía y manejo de aguas de infiltración que entorpecen el desarrollo de la ejecución de las obras...”

TESTIMONIO DE JAIME EDUARDO BETANCUR BETANCUR, VINCULADO A VELEZ MESA COMO INGENIERO RESIDENTE DE OBRAS Y AUXILIAR DE PRESUPUESTOS¹⁸⁹.

“(...) Lo primero, que EE.PP. asignó dos revisores para las obras, dos inspectores de obra, Octaviano y Francisco. Hubo dificultades de carácter técnico con uno de los inspectores, por su notable inexperiencia en el manejo de contratos de construcción de alcantarillados. Se percibía en él la idea de que al contratista hay que

¹⁸⁸ Folios 153 a 159 del Cuaderno 1.

¹⁸⁹ Folios 159 a 167 del Cuaderno 1.

tirarle duro porque el contratista siempre hace las cosas mal hechas, de que hay que ser estricto sin consideración de que el sitio en el que trabajamos era bastante complicado por lo del orden público. Permanentes amenazas y robos y robos físicos, durante mi presencia se robaron un equipo de topografía. Permanentemente estaban bajando a pedir cemento, arena y no nos podíamos oponer por temor a las represalias. Los materiales dejados en la vía por no poder estar dentro de la obra, se lo robaban durante los fines de semana, lo que era arena y triturado. Se pedía a las EE.PP. permanentemente que nos facilitaran la totalidad de los proyectos del contrato para poder hacer una programación eficiente del contrato y en términos generales lo de la inseguridad ya que era una permanente psicosis la mía y la de los trabajadores. Podría decir que en un 90% de los trabajos que me tocaron hacer durante la ejecución de ese contrato, fueron de construcción de alcantarillados nuevos y no de reposición.

“(...) Vigilantes fuera de la obra para las horas de la noche, no. En el almacén de la obra si había vigiado pero donde quedaba la tubería, en la noche después de la jornada, no lo había y no lo había también por el peligro que representaba esas zonas. Permanentemente en esas zonas habían guerras entre pandillas.

“(...) Los materiales que se perdían permanentemente eran los materiales de playa, que dadas las condiciones físicas de las zonas donde se hacían los trabajos, no había forma de almacenarlos dentro de una bodega y había que dejarlos al lado de la vía. También se perdían cantidad de avisos de peligro, cinta reflectiva y elementos de señalización en general...

“(...) Aproximadamente el noventa y cinco por ciento era de construcción de nuevas redes y un cinco por ciento de reposición de redes, en los tres proyectos en que yo intervine...

“(...) Cuando se construye sobre un alcantarillado existente o cuando se hace una reposición de redes, el terreno ya ha sido alterado o sea que ya se han presentado y solucionado algunos problemas en el momento en el que el que lo construyó lo hizo. Entonces existen menos riesgos de imprevistos en una reposición de redes de alcantarillado y se podría decir que en un cien por ciento de una reposición, no se encuentra roca lo cual generalmente disminuye el ritmo del avance de obras, cuando ocurre la aparición de rocas. En una reposición de redes difícilmente se encuentra sobre la red líneas paralelas de teléfono, acueducto o energía, lo cual sería facilitar o hacer un trabajo menos complicado, con menos posibilidad de imprevisiones que una red nueva de alcantarillado”

Los testimonios rendidos demuestran en el proceso: que se presentaron problemas en la ejecución de los contratos los cuales implicaron mayores costos en las obras. Adicionalmente, son coincidentes en lo referente a los problemas de seguridad que ocurrieron en algunos de los frentes de trabajo, así como los pocos medios dispuestos para evitar la situación, ya que los vigilantes además de ser

pocos y estar solamente en el almacén (no donde estaba la tubería) no prestaban sus servicios en horas de la noche.

4. Los cargos formulados por el apelante.

La Sala a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado, dará respuesta a cada uno de los conceptos de la violación que se formularon contra los actos administrativos cuestionados, comoquiera que las razones por las que se impugnó la sentencia de primera instancia se encaminan precisamente a demostrar la legalidad de la declaratoria de caducidad y, por ende, son, en estricto sentido, una respuesta a cada uno de los argumentos esgrimidos por el actor.

4.1. La resolución que declara la nulidad es nula por falta de competencia al ser expedida el 19 de abril de 1994 y notificada el 26 de abril del mismo año.

De acuerdo con lo formulado por el actor, el acto administrativo que declaró la caducidad debe ser declarado nulo comoquiera que su expedición se hizo un día antes del vencimiento del plazo fijado para la ejecución contractual y su notificación se realizó por fuera de dicho término. En otras palabras, tanto tomar la decisión administrativa que impone la sanción como ponerla en conocimiento del contratista debe darse dentro del tiempo que se ha acordado para el cumplimiento del objeto negocial.

En el proceso se encuentra demostrado que el plazo fijado para el cumplimiento del contrato fue de 240 días solares; que la fecha de iniciación del contrato fue el día 23 de agosto de 1993, y; que el acto administrativo que declaró la caducidad se expidió el 19 de abril de 1994.

Como puede observarse, entre la fecha de iniciación del contrato y la declaratoria de caducidad transcurrieron 239 días solares, profiriéndose la Resolución un día antes de que finalizara el plazo fijado para la ejecución contractual. Asimismo, es fácil colegir que la notificación de la decisión administrativa no se dio dentro de este término, razón por la cual, la Sala debe preguntarse si esta circunstancia invalida la sanción impuesta por EPM.

La respuesta al interrogante formulado es negativa por las siguientes tres razones:

1. Como se señaló líneas atrás, la posibilidad de ejercer la potestad sancionadora en materia contractual encuentra un límite temporal, razón por la cual, para que sea correctamente ejercida la sanción debe ser impuesta mientras el contratista se encuentre obligado a la ejecución del objeto contractual. Se está frente al elemento competencial del acto administrativo sancionatorio, al periodo establecido por el legislador para que la administración haga uso del *ius puniendi*, pues su ejercicio no puede ser indefinido porque de serlo se estaría ante el reconocimiento de una situación generadora de inseguridad jurídica.

De las disposiciones del Decreto 222 de 1983 (especialmente del artículo 64) se desprende con claridad que el legislador quiso que la administración contará con la posibilidad de utilizar el poder sancionatorio durante la etapa de ejecución del contrato, razón por la cual es sencillo concluir que el hecho de que la decisión de declaratoria de caducidad se tome un día antes de su vencimiento del plazo fijado en el negocio jurídico no produce la invalidez del acto administrativo, pues se insiste, mientras este periodo no haya finalizado se tiene competencia para decidir.

2. La validez de la declaratoria de caducidad es perfectamente separable del tema de su eficacia. En la construcción que en el ordenamiento jurídico se ha hecho de los actos administrativos, su legalidad depende de que en el procedimiento que antecede su expedición se haya respetado en todo momento el debido proceso y que se configuren en debida forma cada uno de sus elementos. Por ende, desvirtuar la presunción de legalidad implica que la parte demandante demuestre que la decisión administrativa se expidió sin competencia, incurriendo en desviación de poder, con falsa motivación, pretermitiendo los causes procedimentales exigidos por la ley o desconociendo, en el caso de la declaratoria de caducidad, los principios que deben regir la actividad sancionatoria de la Administración de acuerdo con lo que en esta sentencia se ha desarrollado. La notificación del acto administrativo no condiciona entonces la validez de la decisión, pues se trata de un trámite posterior encaminado de forma exclusiva a dotarla de eficacia.

3. La notificación personal de un acto administrativo individual, aunque sea desfavorable por imponer una sanción, es un presupuesto de eficacia. Ello es así porque aun cuando la decisión administrativa ya existe y es válida no puede ejecutarse sin que sea previamente conocida por el destinatario. Es un requisito

para que la administración pública pueda hacer uso del poder de autotutela que le es reconocido y que se traduce en la posibilidad de hacer valer sus manifestaciones unilaterales de la voluntad sin necesidad de acudir al aparato jurisdiccional¹⁹⁰.

Así las cosas, el que la declaratoria de caducidad hubiera sido notificada a la Sociedad Vélez Mesa por fuera del plazo de ejecución del contrato no produce como consecuencia la invalidez de la decisión administrativa toda vez que su único efecto real es condicionar la posibilidad de la ejecución de la sanción y de las consecuencias que de ella se desprenden (medidas encaminadas a restablecer el orden turbado o a reparar los perjuicios causados). De igual modo, el que la decisión se hubiera proferido un día antes del vencimiento del tiempo acordado tampoco conduce a la nulidad perseguida por el actor, comoquiera que EPM actuó respetando el factor temporal que enmarcaba su competencia.

4.2. E.P.M desbordó los límites temporales que la Ley establece para el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes. Así mismo, la entidad contratante omitió agotar la utilización de multas, porque al tratarse de incumplimientos continuos la administración debía realizar previamente requerimientos.

En cuanto al desbordamiento de los límites temporales para declarar la caducidad del contrato la Sala se remitirá a lo sostenido en el numeral anterior comoquiera que en esencia se trata de un concepto de la violación idéntico. Ahora bien, resta resolver lo referente a la acusación formulada respecto de la ausencia de imposición de multas antes de proceder a imponer la sanción, pues en concepto del actor al tratarse de incumplimientos reiterados y continuos la administración debió asumir medidas que denotaran la gravedad de la inejecución y no tomar la decisión en un solo día.

La Sala no acogerá los argumentos del actor porque, como ya se dijo, las multas en materia contractual son medidas de carácter disuasorio cuya finalidad es superar el incumplimiento de las obligaciones contractuales. De allí que se haya afirmado también que aun cuando en muchos supuestos puedan anteceder la imposición de la sanción administrativa, no condicionan la validez de declaratoria de caducidad puesto que su imposición como manifestación de la potestad

¹⁹⁰ Cfr. Artículos 44, 64 y 66 del Decreto 01 de 1984. En la Ley 1437 de 2011 ver: artículos 67, 89 y 91.

ejecutora reconocida en manos de la autoridad es independiente y no se constituye en un requisito de procedibilidad. Al respecto basta decir:

no es posible concluir que “...a la declaratoria de caducidad únicamente habría lugar ante el fracaso de otras medidas de apremio o coercitivas, ello porque no existe norma legal alguna que haya establecido tal condición o exigido tal prerrequisito para que la actividad estatal pudiera ejercer la potestad excepcional, cuando a ella hay lugar... (...) Además, porque no es posible establecer con precisión - dada la inexistencia de norma alguna al respecto-; cuáles serán esas medidas de apremio o coercitivas, que hipotéticamente la entidad debería agotar antes de iniciar la actuación administrativa encaminada a declarar la caducidad del contrato: ¿llamados de atención? Regaños? Reuniones? Multas? Todas las anteriores o sólo algunas de ellas? Y finalmente, en el supuesto de que pudiera esclarecerse cuáles serían aquellas otras medidas coercitivas o de apremio que deberían agotarse previamente antes de iniciar el procedimiento administrativo encaminado a declarar la caducidad del contrato, obviamente habría que preguntar de nuevo ¿cuántas medidas de apremio o coercitivas se requerirían? Un llamado De atención y una multa? O dos llamados de atención y una multa? O dos multas? O tres multas? o diecisiete multas? ó cinco regaños y dos reuniones? Si las normas no han establecido ni consagrado esta clase de requisitos, cuál sería entonces el fundamento para exigirlos y como sustentar, sin invadir la órbita del legislador, cuantos deberían cumplirse en cada caso?... (...) Lo cierto es que la Ley no ha establecido exigencias previas, como las de agotar previamente otras medidas de apremio o coercitivas para que las entidades estatales contratantes procedan a la declaratoria de caducidad de los contratos en los cuales se presenten aquellos incumplimientos graves por parte del contratista particular que amenacen con la parálisis del contrato... (...) y para ello bastará que la entidad verifique la existencia de esas circunstancias fácticas para que inicie la actuación administrativa correspondiente...¹⁹¹” (Subraya fuera de texto).

Se da respuesta también al cargo contenido en el numeral 6º del aparte referente a los conceptos de la violación expuestos por el demandante y referenciados en los antecedentes de la Sentencia, toda vez que de nuevo la argumentación hace referencia a la competencia temporal para declarar la caducidad y a la necesidad de haber agotado el trámite de imposición de multas. Sólo resta por decir que no es cierto que la utilización de las medidas conminatorias se constituya como un presupuesto del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración por mandato de los artículos 62 y 71 del Decreto 222 de 1983, comoquiera que, la primera disposición hace referencia a las causales que dan lugar a la caducidad

¹⁹¹ Aclaración de voto: Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 20 de 2008. Exp. 17031.

mientras que la segunda reconoce una facultad (discrecionalidad en cuanto a su utilización) en cabeza de la autoridad para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, sin que esto conlleve convertirla en un requisito de procedibilidad, pues lo que el estatuto contractual aplicable exigía de manera obligatoria era su inclusión mas su no su utilización.

4.3. La declaratoria de caducidad se presentó por hechos no atribuibles al contratista.

La Sala agrupará los cargos contenidos en los numerales 3º, 4º y 5º del aparte referente a los conceptos de la violación expuestos contra los actos administrativos cuestionados y referenciados en los antecedentes de la sentencia, en atención a que todos intentan demostrar un mismo argumento: el incumplimiento del contrato se debió a causas ajenas a la voluntad del contratista y en gran parte a hechos atribuibles a la entidad contratante.

El actor en primer lugar señala que se rompió el equilibrio existente en las cantidades de obra, su valor y ubicación como consecuencia de una mutación en el objeto contratado y un incumplimiento de E.P.M. Sostiene que en la mayor parte de los frentes de trabajo fue indispensable la realización de obras que excedían el volumen de lo pactado; la realización de obras extras; las suspensiones por rediseño y; circunstancias de fuerza mayor que impidieron el adelantamiento del trabajo, específicamente la oposición de la comunidad. Dadas las anteriores circunstancias el contratista solicitó reprogramaciones pero esta petición no fue atendida y aun cuando construyó obras extras no recibió al inicio ni durante la ejecución de lo proyectos el valor estipulado.

Este cargo no se encuentra demostrado por el actor en el proceso, en primer lugar en el expediente reposan las diferentes órdenes de pago expedidas por EPM a favor de la Sociedad Vélez Mesa en las que se deja constancia del pago del valor del anticipo del contrato y del valor de las obras adelantadas mes por mes con el correspondiente valor del reajuste. Es necesario indicar que éstas se encuentran suscritas por el contratista y, aunque esto no cierre el debate económico, denota un acuerdo inicial entre las partes sobre el precio de las obras y el valor cancelado. Ahora bien, como estas actas no ponen fin a la discusión, cualquier diferencia debía trasladarse al momento de la liquidación del negocio jurídico.

No obstante lo anterior, es cierto que se presentaron alteraciones en los valores de las obras ejecutadas, sin embargo al expediente se allegó: las actas de modificación bilateral 1 y 2 al contrato No. 2/DJ-659 del 16 de febrero de 1994 y el 7 de abril de 1994, respectivamente. En la primera se señala que es necesaria para la terminación del contrato la ejecución de obra extra por un valor de \$1.321.855, valor que le es reconocido al contratista haciéndose la salvedad que no se requiere ampliación del plazo. En la segunda se hace un reconocimiento de obra extra por un valor de \$7.702.310, pero en este caso se pactó una compensación con una obra contractual que el contratista no ejecutó.

Los medios probatorios mencionados denotan que varias de las diferencias económicas que surgieron en el transcurso de la ejecución del contrato se solucionaron inicialmente mediante acuerdos bilaterales en los que la entidad reconoció el valor de la obra extra ejecutada. Es verdad que en el acta de 7 de abril sí se señaló que para el desarrollo de los trabajos se requería una ampliación del plazo, así como también se demostró con la comunicación del 11 de abril dirigida a EPM que el contratista solicitó tal extensión, empero, de esta circunstancia no se puede concluir tampoco que el incumplimiento se debe a la autoridad porque es menester tener en cuenta dos circunstancias: 1. Como se denotará mas adelante, la presencia de incumplimientos reiterados del contratista que ocasionaron retrasos y en algunos casos paralización de los frentes de trabajo, y 2. No tenía sentido ampliar el plazo de ejecución contractual si se tiene en cuenta que la decisión de declarar la caducidad del contrato se tomó el día 19 de abril del mismo año y con anterioridad a esta fecha ya se había requerido a la Sociedad Vélez Mesa.

De igual manera, es cierto que las cantidades de obra se superaron en un 120%, sin embargo sobre este aspecto las partes realizaron un acuerdo de transacción al Contrato 2/DJ-659/13 el 23 de enero de 1996 en los que EPM reconoció por este concepto a la Sociedad Vélez Mesa, la suma de \$7.021.780. Se debe resaltar que no se trata de la totalidad del objeto contratado sino de 18 ítems del frente de trabajo DAL-102-398). Salta a la vista que el acuerdo del que se habla es posterior al acta de liquidación (Resolución No 37993 de 20 de abril de 1995) pero anterior a la resolución que decidió el recurso de reposición interpuesto contra ésta (Resolución No. 51509 de marzo 5 de 1996), lo que deja entrever que se trataba de una diferencia económica que fue solucionada en el trámite de la liquidación contractual.

Dicho lo anterior, es necesario señalar que la posibilidad de que el juez contencioso administrativo se pronuncie respecto de las diferencias económicas que surgieron como consecuencia de la declaratoria de caducidad se supedita en todo momento a que el demandante, quien tiene la carga de la prueba en el proceso, desvirtúe primero la presunción de legalidad de la sanción impuesta. En otros términos, la posibilidad de debatir respecto del cumplimiento de prestaciones por parte de la entidad estatal y del reconocimiento de alguna indemnización depende de obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo, de forma tal que si la medida punitiva se encuentra ajustada a derecho no le es dable al operador adentrarse en desentrañar las diferencias económicas existentes entre las partes, máxime si se tiene en cuenta que, a su vez, las actas de liquidación unilateral son decisiones administrativas y como tales también se presumen válidas. De allí que la jurisprudencia de esta Sección haya sostenido:

“De acuerdo con lo anterior, la declaratoria de caducidad del contrato implica que a través de esta decisión administrativa, la entidad establece el incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del contratista; por lo tanto, si este considera que quien incumplió el contrato fue la entidad contratante, deberá, en primera instancia, desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo, para demostrar a continuación, la conducta violatoria de las obligaciones contractuales que le imputa a la contratante. En tanto no sea desvirtuada la legalidad y validez que legalmente se atribuye al acto administrativo de caducidad, resulta imposible para el juez estudiar las imputaciones de incumplimiento en contra de la entidad contratante, puesto que aquella presunción de la que gozan todos los actos administrativos, opera erga omnes y aún el juez debe respetarla...¹⁹²”
(Subraya fuera de texto).

La liquidación unilateral de los contratos pueden ser objeto de revisión por parte del juez a través de dos vías: 1. Cuestionando directamente los actos administrativos, pues lo que se considera no ajustado al ordenamiento jurídico es la forma como la administración realizó el cruce de cuentas. Es decir, se trata de un debate sobre el alcance económico de las prestaciones, y; 2. De manera indirecta, cuando lo que se demanda es la terminación anticipada del contrato (en el caso que nos interesa la declaratoria de caducidad), supuesto en el cual debe primero demostrarse que la imposición de la sanción fue ilegal para habilitar al juez a que asuma el estudio del contenido económico de las obligaciones

¹⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 25 de 2011. Exp.21129. M. P. Danilo Rojas Betancourth.

contractuales, toda vez que en este supuesto la liquidación se mira en conjunto con la medida punitiva al ser una consecuencia de la misma ya que, como se dijo, persigue restablecer el orden alterado.

La anterior afirmación no puede conducirnos a equívocos: las diferencias económicas deben ser analizadas luego de que se haya encontrado que el acto administrativo no es ajustado al ordenamiento jurídico, sin embargo, en algunas ocasiones el argumento para atacar la validez de la decisión de la Administración es precisamente el que el incumplimiento del contratista se debe a un no cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad estatal. Se trata de un argumento tendiente a demostrar que la no ejecución del contrato se imposibilitó precisamente porque la autoridad contratante no realizó las prestaciones que de ella se esperaban, en otros términos, se intenta demostrar que no hay culpa del contratista puesto que la actividad de la entidad contratante es determinante para el desarrollo del objeto contratado.

Bajo esta premisa el actor pretende demostrar que la paralización de las obras en los diferentes frentes de trabajo en realidad fue ocasionada por EPM. En primer lugar señala que al iniciarse la ejecución en el mes de agosto y no en el primer semestre del año 1993, se ocasionó que los valores de la obra aumentaran considerablemente y que se generara un rompimiento en la ecuación financiera del contrato. Se trata de una afirmación sin soporte probatorio alguno que la sustente, comoquiera que no obra en el proceso una relación comparativa de los valores de los materiales e instrumentos a utilizar en las obras en el momento de adjudicación del contrato que la compare con los precios que éstos tenían en el momento de iniciar las obras y que demuestren la relación directa que esta circunstancia tiene con la no ejecución en tiempo de los trabajos encomendados, máxime si se tiene en cuenta que en todo momento se aplicó la fórmula de reajuste prevista en el negocio jurídico para hacer frente a la depreciación de la moneda. El dictamen pericial practicado y la aclaración al mismo no ofrecen elementos de juicio, pues en ambas oportunidades se afirma que no se tiene certeza de las causas que originaron los retrasos.

De igual modo, el actor señala que al no indicarse en el pliego de condiciones los barrios en los que se iban a ejecutar las obras se tradujo que EPM en el momento de celebrar el contrato no tuviera en cuenta las condiciones de seguridad y esta circunstancia incidió significativamente en la ejecución del contrato porque muchos

de los obreros e ingenieros fueron objeto de amenazas y la Sociedad Vélez Mesa fue víctima de robo de implementos.

El argumento expuesto no esta llamado a prosperar por las siguientes razones:

1. En el pliego de condiciones, en el numeral 1.5.3. se señaló que EPM no realizaría visitas a los diferentes sitios de las obras y trasladó a cada proponente antes de presentar su propuesta, la responsabilidad de ir a cada uno de los lugares en los que se desarrollarían los frentes de trabajo así como sus alrededores para informarse completamente de todas aquellas condiciones topográficas, climatológicas, de acceso, de suministro y de transporte de materiales, así como cualquier condición adicional que pudiera incidir sobre el costo de la obra o su duración. Por consiguiente, la no familiarización con los detalles y condiciones bajo los cuales se adelantarían las prestaciones no constituiría excusa valida para posteriores reclamaciones.

En consecuencia, no es cierto como señala el actor que la entidad contratante tuviera la obligación de determinar las condiciones de seguridad de las zonas en las que se adelantarían los trabajos ya que en el pliego de condiciones se dispuso que cualquier condición que pudiera incidir en la ejecución del contrato debería ser tenida por la Sociedad Vélez Mesa en cuenta en el momento de elevar su propuesta.

A su vez, el numeral 2.19 dispuso como obligación del contratista asegurar la implementación de los sistemas de seguridad que las obras requirieran y al mantenimiento por su cuenta, permanentemente, de celadores encargados de vigilar los bienes de las empresas que tengan conexión con la obra.

2. Las copias de las denuncias no son prueba concluyente sobre la real incidencia de las condiciones de seguridad respecto de la ejecución del objeto contractual. No se demuestra que los hechos generalizados de violencia se presentaran sistemáticamente en los lugares en los que se ejecutaron las obras porque o no se especifica de forma concreta el lugar en el que ocurrieron los hechos o éstos se presentaron en lugares distintos a los del frente de trabajo (sucesos ocurrieron en el municipio de Bello y otros mientras los vehículos se encontraban desplazándose). Solo algunas denuncias hacen referencia con exactitud al barrio Manrique el Pomar.

3. En este punto tampoco puede tenerse como prueba el dictamen pericial y su aclaración, toda vez que aun cuando se señala que el robo de equipos y materiales pudo ser una de las causas de los retrasos, la conclusión no es definitiva al señalar que con exactitud no puede saberse la causa del incumplimiento por haber sido ejecutadas las obras cinco años antes de la práctica de la experticia.

4. De los testimonios puede colegirse la existencia de problemas de seguridad que se presentaban en algunos de los frentes de trabajo, pero también los pocos medios dispuestos para evitar la situación ya que los vigilantes además de ser pocos y estar solamente en el almacén (no donde estaba la tubería) no prestaban sus servicios en horas de la noche.

Por otro lado, el actor señala que la decisión de la administración violó la sección quinta del pliego de condiciones, de manera concreta, la cláusula vigésima segunda, literal J) que consagró como causal de caducidad el que los trabajos no progresaran satisfactoriamente. Además, en el párrafo 2º se indicó que la citada causal se presentaría si la diferencia entre el total acumulado de obra programada y el total acumulado de la obra ejecutada, valorados ambos con los precios del contrato, era mayor al 20% del precio estimado del contrato. Así las cosas, no se tuvo en cuenta que los proyectos entregados para la ejecución muestran una cifra real de \$166.870.050, cifra que de la que debe deducirse 18 ítems que no se han utilizado y que tienen un valor de \$38.857.402, arrojándose un saldo real de \$128.013.658. Al haberse ejecutado más de \$109.000.000 es claro que la diferencia no supera el 20%.

Este argumento tampoco será acogido por la sala por los razonamientos que a continuación se exponen:

1. Como se tuvo oportunidad de señalar, la descripción consagrada en el literal f del artículo 62 del decreto 222 de 1983 podía ser objeto de precisión por parte de la entidad administrativa en el pliego de condiciones o mediante acuerdo de voluntades a través de la estipulación de cláusulas contractuales. Cuando se desarrolló el alcance del principio de tipicidad en materia contractual se hizo énfasis en que a modo ejemplificativo se podían establecer aquellos supuestos de incumplimiento grave que al paralizar el contrato o causar perjuicios a la entidad

dieran lugar a la declaratoria de caducidad. Se indicó también que la delimitación de estos eventos no agotaba los supuestos sobre los que podía decidir la autoridad sino que simplemente servían como parámetro para delimitar de mejor manera aquellos comportamientos que caben dentro de la infracción administrativa.

Esta tarea fue efectivamente llevada a cabo por EPM en la cláusula vigésima segunda del pliego de condiciones, en donde se dispuso como causas de la declaratoria de caducidad: la no iniciación de trabajos dentro de los diez siguientes al fijado por la interventoría para comenzar la ejecución o si el desarrollo de las obligaciones contractuales se suspende sin causa justificada, y; cuando por culpa imputable al contratista los trabajos no progresaran de forma satisfactoria para la empresas, no se ajustaran al programa de trabajo acordado o no se terminaran dentro de los plazos señalados en dicho programa.

Para determinar el último supuesto se indicó que se tomaría *“...como base el programa detallado de trabajo inicialmente presentado por el contratista y aprobado por la interventoría. Si para cualquier momento del programa la diferencia entre el total acumulado de la obra programada inicialmente y el total de la obra ejecutada, valorados ambos con los precios del contrato, llegare a ser mayor del veinte por ciento (20%) del valor estimado del contrato..”*

2. En el dictamen pericial rendido en el proceso se señaló que el valor de las obras cuya ejecución ordenó EPM al contratista, calculando dicho valor a precios unitarios acordados, fue de \$202.131.000. Teniendo en cuenta que el proyecto DAL-012-422 (Barrio Popular) no fue ejecutado porque el municipio no cerró el tránsito vehicular, se debe restar la suma de \$10.000.000, razón por la cual, la sociedad Vélez Mesa debía ejecutar obras por valor de \$192.131.000.

De igual modo indica, que analizando las actas de liquidación el contratista ejecutó obras por el valor de \$114.320.980 ejecutando un 59,50% de las obras ejecutadas. Por consiguiente, salta a la vista que se presentó el supuesto descrito en el pliego de condiciones, pues la diferencia entre el valor de la obra efectivamente programada y la obra ejecutada supera el 20%.

3. A través de diferentes medios probatorios se encuentra demostrado que desde el comienzo de la ejecución contractual la Sociedad Vélez Mesa incumplió

sistemáticamente sus obligaciones, con lo cual los trabajos no progresaron de forma satisfactoria para la empresa, no se ajustaron al programa de trabajo acordado y no se terminaron dentro de los plazos acordados. Así puede señalarse:

- Sólo replanteó las redes hasta el 31 de agosto sin que hasta esa fecha hubiera ejecutado obra alguna.

- En algunos frentes de trabajo ocasionó daños en redes de acueducto durante la ejecución del contrato.

- En los informes de interventoría rendidos entre septiembre de 1993 y marzo de 1994 se deja constancia de atrasos. Además, salvo en el mes de octubre, se señala que los planos y los suministros se entregaron a tiempo. Como si fuera poco, se dejó constancia que el contratista no elevó ante EPM reclamación alguna.

- De igual modo, se dejó constancia de la ausencia de recursos en los diferentes frentes de trabajo y del incumplimiento de la obligación contractual de asegurar la presencia de un ingeniero en los lugares de trabajo.

- En el mes de abril se dejó constancia por parte de EPM de que el incumplimiento del contratista estaba causando perjuicios a la entidad, pues ésta se vio obligada a realizar varios trabajos en el barrio popular por medio de otros contratistas.

- En los informes visuales rendidos por la interventoría se consignó: obras suspendidas por el contratista dejando brechas abiertas; el incumplimiento de la obligación de remover los escombros; abandono de obra generando encausamiento de un caño; la no reconstrucción del pavimento en algunos frentes de trabajo; el abandono de tubería; las suspensión de excavaciones; la rotura innecesaria de pavimento, y; la obstrucción de alcantarillado.

4. Resulta demostrada también la gravedad del incumplimiento, con lo cual se cumple con el presupuesto de antijuridicidad necesario para imponer la sanción. De los incumplimientos señalados en el numeral anterior es fácil colegir que en el momento de declaratoria de caducidad varios de los frentes de trabajo se encontraban paralizados y que se estaba ocasionando perjuicios a la entidad

estatal. Basta con reiterar que se probó que algunas obras fueron suspendidas o abandonadas y que en otros supuestos la entidad tuvo que adelantarlas directamente.

5. Por último, se halla demostrado que los incumplimientos son imputables al contratista, toda vez que estos se debieron al desconocimiento de obligaciones contractuales que obedecieron a la falta de organización de los frentes de trabajo (no contar con la estructura suficiente como, por ejemplo, no disponer de los ingenieros exigidos en el contrato), a la ausencia de previsión de las circunstancias que podían incidir en el desarrollo del objeto negocial (no cumplir con la carga de visitar los frentes de trabajo para prever la situación de seguridad siendo una obligación establecida de forma expresa en el pliego de condiciones) y a la omisión en el cumplimiento de prestaciones previamente acordadas (retiro de escombros, repavimentación, etc.)

Así las cosas, el cargo formulado tampoco tiene vocación de prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia proferida por los Tribunales Administrativos de Antioquia Caldas y Choco (Sala de Descongestión) el 13 de diciembre de 2000 y en su lugar **DISPÓNGASE**:

Primero. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

**ENRIQUE GIL BOTERO
GAMBOA**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

OLGA MÉLIDA VALLE De DE LA HOZ
PRESIDENTA