

	<b>ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-03
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 1 de 23

## APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN LA SANCIÓN CONTRA EL CONSORCIO EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA

**ALEJANDRO CARMONA CANO**

E-mail: alcarcan@hotmail.com

**SEBASTIÁN ORREGO BETANCUR**

E-mail: sebasorregob@gmail.com

**JULIETH VIVIANA SOTO GARCÍA**

E-mail: viviana93191@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado

**2015**

**Resumen:** Cada vez más se presentan casos en los que contratistas que tienen contratos con el Estado incumplen sus obligaciones, y ello hace que se impongan sanciones, multas y declaratorias de incumplimiento en contra del contratista; es por ello que a través del presente artículo se pretende analizar la incidencia de la aplicación del debido proceso en la sanción contra el consorcio en la contratación directa; para lograr dicho propósito, se caracteriza la figura contractual del consorcio a la luz de la legislación y la jurisprudencia colombiana; de igual forma, se establece la efectividad del derecho al debido proceso administrativo en tratándose de la imposición de multas en el contrato estatal, como manifestación o ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración; y por último, se identifica la evolución del tratamiento legal y jurisprudencial sobre el debido proceso en la sanción contra el consorcio en la contratación directa, en consonancia con los postulados del artículo 29 constitucional.

**Palabras clave:** Debido proceso, Consorcio, Contratación estatal, Contratación directa, Sanción, Multa, Declaratoria de incumplimiento.

**Abstract:** More and more cases where contractors who have contracts with the state fulfill their obligations, and that makes penalties, fines and default declarations against the contractor imposed occur; that is why through this article is to analyze the impact of the application of due process in the sanction against direct contracting consortium; to achieve this purpose, the figure of the consortium contract is characterized in light of Colombian law and jurisprudence; similarly, the effectiveness of the duty of due administrative process in case of the imposition of fines on the state contract, as an expression or exercise of the exorbitant powers of the administration; and finally, the evolution of the legal and jurisprudential treatment on due process in the sanction against the consortium in direct contracting, in line with the principles of Article 29 of the Constitution is identified.

**Keywords:** due process, Consortium, state procurement, direct procurement, Penalty, Penalty, declaration of default.

### 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, en los noticieros, tanto nacionales como regionales, se publican día a día escándalos sobre corrupción en la contratación estatal en Colombia,

especialmente de contratistas que no cumplen con las promesas de los contratos y ello conlleva no sólo responsabilidades penales, sino también fiscales y hasta disciplinarias, pues todo contratista, al comprometerse con el Estado para la realización de unas obras o

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 2 de 23</b>

para la prestación de un servicio, está expuesto a que se le apliquen sanciones a las que debe atenerse si incumple.

Este de tener en cuenta que cuando existen reclamaciones por parte de una entidad estatal, en cuanto a incumplimiento de un contrato, ésta puede pedir el restablecimiento o ampliación de la garantía del contrato; así, el artículo 2.2.1.2.3.1.18., del Decreto 1082 de 2015, que realiza una compilación del Decreto 1510 de 2013, el cual reglamentaba el sistema de compras y contratación pública, señala que “cuando con ocasión de reclamaciones efectuadas por la Entidad Estatal, el valor de la garantía se reduce, la Entidad debe solicitar al contratista restablecer el valor inicial de garantía”.

Ahora bien, en cuanto a la efectividad de las garantías, el artículo 2.2.1.2.3.1.19., del Decreto 1082 de 2015 señala que la entidad estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en la ley, es decir, por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, por medio del acto administrativo en el cual la

Entidad Estatal impone multas o por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento.

Como puede verse, cuando un contratista incumple un contrato celebrado con una entidad estatal, esta última puede declarar o la caducidad del mismo, imponer una multa o, en su defecto, declarar el incumplimiento, y hacer efectiva la cláusula penal si ésta existe.

Al respecto de la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, la Ley 1474 de 2011 ha establecido en su artículo 86 que las entidades que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden declarar dicho incumplimiento ponderando los perjuicios que éste ha ocasionado, imponer las multas y sanciones que han sido estipuladas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal.

De igual forma, dentro de las sanciones que se pueden aplicar al contratista también se encuentra la caducidad, la cual, según la Ley 80 de 1993, consiste en una estipulación

contractual en la que la entidad estatal, por medio de resolución motivada, da por terminado el contrato y ordena su liquidación; dicha declaratoria procede cuando se presenta incumplimiento de obligaciones por parte del contratista, las cuales pueden afectar o afectan la ejecución del contrato y que puede llevar a su interrupción o suspensión.

El propósito de la declaratoria de la caducidad es impedir que se paralice la ejecución de un contrato, de manera que se pueda continuar inmediatamente su ejecución con otro contratista o de su garante; de esta forma lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-949 de 2001 al señalar que se debe tener en cuenta que la declaratoria de caducidad, así como los otros medios que pueden usar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto del contrato, son un instrumento de manejo excepcional cuyo propósito “es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social”.

Como ha podido establecerse hasta el momento, la imposición de multas, sanciones

y declaratorias de incumplimiento han de ceñirse a lo que preceptúa la Ley 1474 de 2011, procedimiento que se encuentra constituido, específicamente, por tres etapas: citación a audiencia, celebración de audiencia, en donde se presentan las cláusulas y normas supuestamente infringidas y sus efectos, dándole uso de la palabra al contratista para que presente y controvierta pruebas y, por último, se emite una resolución motivada en donde se decide si se impone o no una multa. Cumpliendo esta etapa se concluye dentro de la resolución de imposición de la sanción el valor de la multa y se ordena el pago al contratista y al garante.

Ello quiere decir que no se puede saltar u obviar el debido proceso en este tipo de situaciones, así el contratista haya incumplido el contrato estatal, y aunque éste se aplique a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, tal y como lo señala el artículo 29 de la Constitución Política, el contratista puede hacer valer su derecho a la defensa y al debido proceso, pues entre los derechos fundamentales que

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 4 de 23</b>

están presentes directa y continuamente en la contratación estatal está el debido proceso.

## 2. LA FIGURA CONTRACTUAL DEL CONSORCIO

Cuando se hace referencia al tema de los consorcios en Colombia, se está haciendo alusión a una de las modalidades de asociatividad que tienen por finalidad la unión de dos personas naturales o jurídicas con el propósito de llevar a cabo la ejecución del objeto de un contrato.

En el país, esta figura nace de manera expresa con la expedición del Decreto 150 de 1976, el cual estipuló la posibilidad de que dos o más personas naturales o jurídicas pudieran concurrir como proponentes para ejecutar conjuntamente el objeto de un contrato; sin embargo, desde mucho antes (década del cincuenta) ya se adjudicaban a varias organizaciones el desarrollo y ejecución de una determinada obra, la cual se llevaba a cabo de manera conjunta.

Pero es a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 desde donde comienzan a cobrar

fuerza estas figuras. Precisamente, el artículo 7o de la Ley en comento hizo referencia a esta figura de la siguiente manera:

Consortio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman (Ley 80 de 1993, art. 7).

El problema de esta figura contractual radica en dos situaciones particulares: la primera de ella tiene que ver con el hecho de que ninguna de las dos se encuentra expresamente regulada dentro de la Ley, sólo pudiéndose enmarcar como “contrato de colaboración empresarial”, ya que, según los planteamientos doctrinales del Consejo de Estado, corresponde a un “acuerdo de voluntades destinado a producir derechos y obligaciones (contrato) por medio del cual sus partes buscan mutua ayuda para obtener un fin común. La misma definición doctrinal puede aplicarse a las uniones temporales” (Consejo de Estado, 1998, Auto del 6 de agosto).

De igual manera, en sentencia del 6 de diciembre de 2006, el Consejo de Estado ha sostenido:

El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica (Consejo de Estado, 2006, Sentencia del 6 de diciembre).

La segunda problemática tiene que ver con las repercusiones y efectos en lo laboral, derivados del surgimiento de estas modalidades organizacionales, las cuales sin ser en sí mismas una organización, esto es, una “persona jurídica” propiamente dicha, dan lugar a la evasión y elusión de obligaciones propias del campo laboral para con aquellos que colaboran con su trabajo al desarrollo del objeto y finalidad de la actividad contratada.

Es esta segunda problemática la que interesa aquí, y que por ende conviene

enfrentar a través de una respuesta al siguiente interrogante: ¿cuáles son las obligaciones jurídicas de los consorcios?

En principio, se debe tener presente que no se trata de personas jurídicas, y que por ende, su única finalidad es la de asociarse para lograr una mayor optimización de los recursos, esto es, la capacidad técnica y tecnológica de las partes, los recursos financieros, la infraestructura, la experiencia y las cualidades y calidades de cada parte; no existe, por tanto otro propósito que el de obtener una ganancia para satisfacer unos intereses particulares mediante el cumplimiento de unos objetivos concretos.

Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido que el consorcio no genera una nueva sociedad mercantil, porque al no estar constituida con todos los requisitos legales, no forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (C. Co. artículo 98). Por similares razones tampoco es una sociedad irregular (C. Co. artículo. 500). Tampoco es una sociedad de hecho en definición legal, y por esta misma razón, carece de personería jurídica (C. Co.

artículos. 98 y 499). Ni la ley lo considera cuenta en participación, que además, carece de personería jurídica (C. Co. artículo. 509).

De igual forma, en sentencia del 30 de enero de 1997, dicha corporación se ha referido a la naturaleza jurídica de estas figuras, estableciendo que

(...) tanto la unión temporal como el consorcio no pueden ser parte de un proceso por carecer de personalidad jurídica, indicando que la capacidad para ser demandante o demandada la tienen sólo las personas naturales o jurídicas que lo integran y no el consorcio o la unión temporal como tal (Consejo de Estado, 1997, Concepto del 30 de enero).

Así mismo, respecto del consorcio, el Consejo de Estado, en sentencia de marzo 5 de 1999, ha señalado aquellas características que también pueden aplicarse a la unión temporal, en los siguientes términos:

El ente consorcial, que no tiene una regulación sistematizada en la legislación del país, se caracteriza como un contrato asociativo de empresas o empresarios, con vinculaciones de carácter económico, jurídico y técnico, para la realización o ejecución de determinadas actividades o contratos, pero sin que la simple asociación genere una persona jurídica distinta de las de los partícipes o consorciados, quienes conservan su

autonomía, independencia y facultad de decisión (v. C.Co., art. 98). Tampoco es sociedad de hecho, pues no se cumplen los presupuestos de estos entes (v. arts. 498 y 499), como lo concluye el Tribunal, dándose por establecido, que los consorciados o partícipes tienen obligaciones y deberes entre sí y frente al destinatario de la propuesta o al contratante, que provienen del acuerdo o contrato en que se origina el consorcio pero no respecto de terceros (Consejo de Estado, 1999, Sentencia del 5 de marzo).

Las anteriores posiciones sólo ponen en evidencia que cuando un empleado, que labora para una de las personas (natural o jurídica) que hacen parte del consorcio o de la unión temporal, reclama el cumplimiento de sus derechos laborales, la obligación de responder por estas no recae en el consorcio o en la unión temporal, sino las personas naturales y jurídicas que las componen, que son las que asumen las responsabilidades y beneficios que se desprenden de dicha unión contractual.

De esta manera, las obligaciones laborales y de seguridad social en calidad de empleador, les corresponde a las personas que integran la Unión Temporal o el Consorcio; por ello el empleado, no debe demandar al consorcio o la unión temporal

por cualquier clase de incumplimiento; este requerimiento debe estar dirigido, directamente a sus integrantes (Personas naturales o jurídicas), que son los encargados de responder, de manera solidaria por las obligaciones que se causaron durante la unión contractual transitoria.

### **3. EFECTIVIDAD DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN LA IMPOSICIÓN DE MULTAS EN EL CONTRATO ESTATAL**

#### **3.1. CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO**

Según se estipula en el artículo 29 la Constitución Nacional, el debido proceso es un principio jurídico (procesal o administrativo) en donde cualquier persona tiene el derecho a ciertas garantías las cuales procuran asegurar el resultado justo y equitativo en cada proceso llevado a cabo; así mismo, éste permite que las personas tengan la oportunidad de ser oídas o escuchadas y, por tanto, hacer valer sus pretensiones ante cualquier juez o autoridad competente.

Es de destacar lo que expone literalmente la Constitución Política al respecto:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso (Constitución Política, 1991, art. 29).

El debido proceso se funda bajo el postulado básico del Estado de Derecho, en donde se faculta a todo ciudadano para exigir, ya sea en la actuación jurídica como en la administrativa, el respeto absoluto de la

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 8 de 23</b>

normatividad y los actos que le competen al Estado en cada caso en particular en la aplicación de la ley sustancial, lo que se traduce, en los términos del artículo 29 superior, que el proceso o juicio debe ser conforme a las leyes existentes al acto impugnado, ante el juez o tribunal competente y con observancia de las formas para cada juicio en particular.

En suma, el debido proceso hace referencia a la expresión máxima de las garantías fundamentales y cualquier desacato a éste se convierte en asunto que puede alegarse por vía de violación al debido proceso en un sentido amplio, integrando parte de éste, por lo general, la existencia de la ley penal, un juez o tribunal competente para ello, el procedente acceso a la administración de justicia en reales condiciones de igualdad, la observancia y acatamiento de las formas propias de cada juicio en particular, es decir, el adecuado y eficaz desarrollo de la aplicación de la ley penal, la presunción de inocencia, la defensa (técnica y material), el proceso público y sin demoras injustificadas, el principio de contradicción, la imparcialidad del juez, la doble instancia,

entre otros elementos que hacen posible un eficaz debido proceso.

### **3.2. NOCIÓN GENERAL DE CONTRATO ESTATAL**

Como bien se sabe, la más importante potestad que posee la administración pública es su facultad de obrar unilateralmente y con fundamento en esta facultad realiza la mayoría de sus actos porque no solo ha recibido esa potestad del mismo constituyente sino que, tiene el poder jurídico para imponer sus actos. Sin perjuicio de lo anterior, la administración pública no sólo actúa de forma unilateral, sino que también puede hacerlo de forma bilateral, es decir, la administración al igual que los particulares tiene la posibilidad de celebrar contratos entre entidades públicas o entre entidades públicas y particulares.

Bajo esta facultad se estipula la noción de contratado estatal, entendido éste como “un consentimiento dirigido a la producción de obligaciones; existe cuando una o varias personas consienten en obligarse, respecto a otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (Ospina & Ospina, 1987, p. 169).

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 9 de 23</b>

Agregan los precitados autores que “las partes contratantes, consienten, declaran su voluntad común dirigida a la producción del efecto jurídico que es la obligación. Es un acto voluntario bilateral, dimanado de la autonomía privada” (Ospina & Ospina, 1987, p. 169).

Por su parte, en el artículo 1091 del Código Civil se establece que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

Rodríguez (2001) afirma que la noción básica de contrato es común para los celebrados por los particulares o por la administración, y, “en éste último caso, sean contratos administrativos o contratos de derecho privado; la noción básica proviene del derecho civil” (Rodríguez, 2001, p. 328). A lo anterior se suma lo establecido en el artículo 1495 del Código civil al establecer que “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Considera también Rodríguez (2001) que en la doctrina dos criterios para

distinguir los contratos administrativos: un criterio legal y otro criterio jurisprudencial.

De acuerdo con el criterio legal, la ley califica la naturaleza del contrato de la administración al momento de reglamentarlo; desde la óptica del criterio de la jurisprudencia, se califica la naturaleza del contrato estatal de acuerdo no sólo al régimen establecido para ello, sino que tiene también en cuenta los siguientes elementos:

Partes del contrato: se requiere que al menos una de las partes sea una entidad pública.

Objeto del contrato: “son contratos administrativos cuando tienen por objeto la ejecución de un servicio público” (Rodríguez, 2001, p. 328), es decir, cuando a través de la ejecución de dicho contrato se cumple con los fines esenciales del Estado establecidos por la carta constitucional.

Cláusulas del contrato: es un contrato administrativo cuando tal contrato contiene cláusulas exorbitantes. “La cláusula exorbitante es aquella “derogatoria del derecho común” o, aquellas cláusulas que son extrañas a los contratos entre los particulares” (Rodríguez, 2001, p. 328).

El artículo 150 de la Constitución Política en su segundo inciso, consagra la facultad otorgada por el constituyente al Congreso para Expedir el Estatuto General de

Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración Nacional, esto, con el fin de asegurar la uniformidad de tratamiento a nivel de la administración pública de los procesos contractuales, acabando de esa forma con el sin numero de regímenes que estaban vigentes y que generaban ineficacia y corrupción en la administración.

La Ley 80 de 1993 intentó fallidamente unificar en una sola categoría los contratos celebrados por la administración, eliminando los criterios diferenciadores que contenía el decreto Ley 222 de 1983. El actual régimen de contratación, intenta conciliar dos objetivos fundamentales, el primero es eliminar las confusiones que tenía el Estado en su proceso de contratación, con el fin de que pueda cumplir con su obligación de atender el interés general; el segundo objetivo es hacer que, a través de ese nuevo régimen no se ponga en peligro el patrimonio y los ingresos del Estado y se eviten las desviaciones o irregularidades en el funcionamiento de los procesos contractuales que puede convertirse en una fuente de corrupción.

El régimen de contratación estatal se caracteriza por limitarse a señalar normas y principios generales, al tiempo que hace énfasis en la autonomía de la voluntad de las partes como elemento esencial de los contratos de la administración, en la inmutabilidad del equilibrio financiero del contrato y en la garantía del mutuo beneficio de las partes. Se aparta de las regulaciones exhaustivas y simplifica los procedimientos y trámites; busca con ello superar sobrecostos y las irregularidades a que han conducido los procedimientos dispendiosos y excesivos que habían venido condicionando la actividad contractual

Bajo los criterios del estatuto contractual de contratación; Ley 80 de 1993 se entiende por contrato estatal todos los actos jurídicos generadores de obligaciones, que celebren las entidades públicas con capacidad para contratar, previstos en el Derecho público o privado, típicos o atípicos y los derivados, en general, de la autonomía de la voluntad.

De acuerdo con Rodríguez (2001), “a los contratos estatales se les aplican las normas

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 11 de 23</b>

civiles y comerciales propias de cada uno de ellos, salvo en las materias que son reguladas particularmente en esta ley o en ordenamientos especiales” (p. 333).

A pesar de ser el contrato estatal un contrato regido por la Ley 80 de 1993, o por las leyes civiles y comerciales, no puede desconocerse que una de las partes actúa únicamente, de manera directa o indirecta, con miras a la satisfacción del interés público. De esta forma el ente estatal asume una posición especial frente al particular que se traduce en las llamadas cláusulas excepcionales que le dan al contrato mayor flexibilidad y cierto grado de mutabilidad cuando así lo imponga ese interés público, cuya satisfacción es la finalidad misma del contrato.

Los contratos estatales en su propósito de cumplir las finalidades de interés público inherentes al Estado Social de Derecho se convierten en un medio indispensable para el desarrollo y en un instrumento fundamental mediante el cual se ejecuta la inversión pública lo que se traduce en un factor de

crecimiento y aumento de la actividad económica.

El régimen contractual, Ley 80 de 1993, intenta dar unidad nacional a la actuación bilateral del Estado, pero debe tenerse en cuenta que, no es posible tener total y absoluta uniformidad en el régimen de contratación porque las entidades públicas desarrollan diversas actividades que implican en muchos casos normas especiales.

### **3.3. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN TRATÁNDOSE DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS EN EL CONTRATO ESTATAL**

Para lograr analizar la forma cómo las garantías que conforman el derecho fundamental al debido proceso administrativo rigen en la imposición de multas al contratista, es necesario comenzar por definir de manera general en qué consisten los poderes o cláusulas exorbitantes de la administración en materia contractual, para pasar a establecer cuál ha sido el tratamiento legal y jurisprudencial que se le ha dado en específico al tema de las multas.

Con la celebración de los contratos las entidades estatales buscan satisfacer necesidades a través de la adquisición de bienes y servicios. En palabras del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Por su parte, el numeral 1 del artículo 14 de dicha ley establece que las entidades tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato y en los artículos siguientes consagró las denominadas cláusulas o poderes exorbitantes de la administración.

Pequiñot, citado por Hoyos (1994) señala que las cláusulas exorbitantes son las que dejan traslucir en el contrato prerrogativas propias de la administración pública; y De Laubadere, citado por Hoyos (1994), expresa

que son aquellas que llevan la marca administrativa, por ser propias y específicas del derecho público.

En la exposición de motivos del estatuto contractual de 1993 se estableció que la administración debía estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que “cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular” (Consejo de Estado, 2011, Sentencia del 6 de abril).

Ese poder de auto-tutela general que posee la administración se justifica que permanezca aún en el plano de las relaciones contractuales, donde se parte de una supuesta igualdad jurídica de los contratantes, para evitar retrasos que serían ineludibles si la administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 13 de 23</b>

actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso.

Así, la finalidad en la consagración de dichas cláusulas exorbitantes estuvo relacionada con el cumplimiento del objeto contractual el cual persigue, en todo caso, la satisfacción de intereses colectivos.

Dichas prerrogativas además de responder a la finalidades de la contratación estatal, según señala el Consejo de Estado en Sentencia del 25 de febrero de 2009, propenden por la protección de los intereses generales y la prestación de los servicios públicos, razón por la cual puede entenderse que, en veces, los co-contratantes en este tipo de relaciones negócias no se encuentran en un plano de igualdad pues dadas las especiales circunstancias señaladas, el particular se ubica en una relación de subordinación respecto de su co-contratante, que es el Estado.

Ahora, sobre la inclusión o no de las cláusulas o poderes exorbitantes en un contrato estatal, el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece:

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

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

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente (Ley 80 de 1993, art. 14, núm. 2).

De la redacción del texto normativo, según lo expone el Consejo de Estado en pronunciamiento del 25 de mayo de 2006, las potestades excepcionales sólo se incluirán obligatoriamente en algunos contratos y de manera facultativa en otros, prohibiendo su estipulación en los demás, con lo que se puede concluir que:

i) Esos poderes excepcionales de la administración deben incluirse en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra;

ii) En estos casos las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente en el contrato;

iii) La cláusula de reversión es propia de los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado;

iv) En los contratos de suministro y de prestación de servicios la inclusión de poderes exorbitantes es facultativa (Luna, 2012, p. 28).

Como puede verse, ni en este artículo de la Ley 80 de 1993, ni en ninguna otra disposición de la misma, se hizo mención a la posibilidad de la administración de imponer multas y ejecutar su cobro, como si lo hacía el anterior estatuto contractual.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, que derogó el Decreto 222, no estableció dentro de las cláusulas exorbitantes a las que hace relación en los artículos 14 y siguientes, la referida a las multas ni la cláusula penal pecuniaria, es decir, no estableció expresamente la facultad de la administración para imponer unilateralmente multas al contratista incumplido.

A pesar de que fue claro que la voluntad del legislador no fue incluir esta facultad a

favor de la entidad pública contratante, la jurisprudencia del Consejo de Estado, destacándose la Sentencia del 20 de junio de 2002 (Expediente 19488), hizo dos interpretaciones frente a la misma. En un primer momento, sostuvo que la administración contaba con competencia para imponer multas unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez.

Una de las razones para aceptar dicha imposición, radicaba en que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, podían estipular en el contrato la multas a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, ya que todos los actos administrativos gozan de carácter ejecutivo, por lo que la administración no tenía que acudir al juez para la imposición de la multa, ni para su cobro por la vía ejecutiva, sino que bastaba, una vez pactadas en el contrato, que se expidiera un acto administrativo decretando el incumplimiento y con ello la imposición y cobro de la multa.

Además, el Consejo de Estado, en pronunciamiento de 1998, dijo que

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3 de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista (Consejo de Estado, 1998, Sentencia del 6 de agosto).

Debe tenerse en cuenta que en esta posición jurisprudencial se destacó que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común porque aparece prevista en las normas de derecho privado y que es el acuerdo de las partes lo que las hace aparecer en un contrato, por lo que si éstas no se incluyen de manera expresa, la administración no tendrá la facultad de imponerlas, puesto que tal prerrogativa de poder público está limitada a las concretas y particulares causales señaladas en el contrato. Sin embargo, una vez estipuladas, la Administración cuenta con la facultad de imponerlas y cobrarlas a través de la expedición de un acto administrativo. En este sentido se dijo igualmente que si las partes pactaban en el contrato un procedimiento diferente para imponerlas, éste procedimiento

específico será de obligatoria observancia, puesto que el contrato es ley para las partes.

Esta posición jurisprudencial fue variada en el año 2005, cuando el Consejo de Estado, cambiando de criterio, pasó a afirmar que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración no tiene potestad para sancionar unilateralmente con multas al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debe acudir al juez del contrato para que sea éste quien así lo ordene.

Pese a lo anterior, esta posición jurisprudencial sostuvo que ello no obsta para que las partes del contrato estatal, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten la inclusión de cláusulas sobre multas, pero lo que no podrían hacer es establecerlas como una potestad de la administración para imponerlas y cobrarlas de manera unilateral, pues esta como facultad excepcional sólo puede tener fundamento en la ley y, como ya se dijo, el nuevo estatuto contractual no las consagró así. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas conforme

a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Esta situación fue superada con la expedición de la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, pues en su artículo 17 reconoció, nuevamente, de manera expresa la facultad de la administración para imponer y hacer efectivas las multas pactadas en el contrato estatal, es decir, con esta disposición las entidades del Estado recobraron la potestad sancionadora para imponer unilateralmente multas a los contratistas.

Bajo esta regulación, la inclusión de multas en el contrato estatal sigue obedeciendo a la autonomía de la voluntad, pero una vez pactadas, la entidad pública está facultada para imponerlas de manera unilateral y

obtener su pago, por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma ley.

#### **4. EL DEBIDO PROCESO EN LA SANCIÓN CONTRA EL CONSORCIO EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA**

En primer lugar, es necesario tener presente que el punto de discusión no está referido al reconocimiento o no del derecho fundamental al debido proceso administrativo, y dentro de éste, al debido proceso que debe seguirse en la contratación estatal, sino a la forma como este derecho reconocido en el artículo 29 Constitucional, y las garantías que lo conforman, son aplicables a este último tipo de actuación administrativa, específicamente cuando se trata de la imposición de multas por parte de la administración al contratista incumplido, como manifestación del poder exorbitante con el que cuenta en la etapa de ejecución contractual, teniendo como referente la figura contractual del consorcio contemplada en la Ley 80 de 1993.

Para abordar este tema, es necesario comenzar por hacer una breve referencia al

debido proceso administrativo en materia contractual, para pasar luego a analizar el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado a la aplicación de las garantías que lo conforman, en especial cuando se hace uso de cláusulas exorbitantes, que como la imposición de multas, son una manifestación del poder sancionatorio de la administración, aplicado todo ello a la figura del consorcio.

De esta manera, se puede sostener que el derecho al debido proceso no es exclusivo de las actuaciones judiciales sino que rige igualmente en las actuaciones administrativas, sean o no sancionatorias.

Según lo expresa Luna (2012), la actividad contractual no es más que otra expresión de la función administrativa, dado que tiene por objeto la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y por tanto está sometida en su integridad a los postulados constitucionales que rigen la materia.

Por ello, si el derecho fundamental al debido proceso es aplicable a las actuaciones

administrativas, y si el contrato estatal es una típica expresión de la función administrativa, no podrá concluirse nada diferente a que dicho derecho es aplicable a todo el procedimiento contractual.

La Ley 80 de 1993, no hace ninguna mención expresa al derecho fundamental al debido proceso, limitándose a establecer en su artículo 23 que “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa” (Ley 80 de 1993, art. 23).

Igualmente en su artículo 59 estableció el “Contenido de los Actos Sancionatorios” indicado que

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

disponga para ello y la autoridad ante quien deban intentarse (Ley 80 de 1993, art. 59).

Como puede verse, a pesar de no existir un reconocimiento expreso de dicho derecho, el estatuto contractual sí se ocupó de consagrar disposiciones que estuvieran en concordancia con los postulados del artículo 29 constitucional, dejando en todo caso sentada la necesidad de que los actos contractuales sancionatorios estuvieran regidos por los postulados generales de la codificación Contencioso Administrativas, y que están referidos a la motivación del acto administrativo, la posibilidad de defensa frente a dicha actuación y la impugnación de la decisión.

Por su parte la Ley 1150 de 2007 reconoció en su artículo 17 el debido proceso como un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En la misma dirección ha ido la jurisprudencia del Consejo de Estado, según pronunciamiento del 17 de marzo de 2010, que ha reiterado que

La actividad contractual del Estado, configura una típica acción de la administración, lo cual implica que ella debe realizarse cumpliendo tanto los principios y las reglas que especialmente la encauzan como todos aquellos principios y reglas de la función administrativa, uno de los cuales, es precisamente el del debido proceso (Consejo de Estado, 2010, Sentencia del 17 de marzo).

Sin embargo, pese a dicho reconocimiento, el rigor en su aplicación a través de la figura del consorcio, según la legislación y la jurisprudencia, varía según la etapa del proceso contractual de la que se trate.

Basta con analizar la normatividad referida al periodo o la etapa precontractual, para encontrar un procedimiento absolutamente reglado, con indicaciones precisas referidas a la publicidad, los términos, la contradicción, etc., que hacen que el procedimiento de selección del contratista deba realizarse con un absoluto respeto a las garantías que conllevan al proceso debido establecido en dicha normatividad.

Sin embargo, situándonos en la etapa de ejecución contractual, la cuestión no aparecía ya tan clara, más aun tratándose de la imposición de multas como poder exorbitante

de la administración, cuyo procedimiento sólo vino a ser estipulado en el año 2011, con la expedición del Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 del 12 de Julio.

Así entonces, si bien es cierto que el derecho fundamental al debido proceso es aplicable en materia contractual, también lo es que éste no rige de la misma manera tratándose de las diferentes etapas de dicho procedimiento, y más aún, en la etapa de ejecución contractual, la jurisprudencia de las altas cortes no han definido de manera pacífica la aplicación de las garantías que lo conforman, cuando se hace uso de los poderes o cláusulas exorbitantes con los que cuenta la administración.

## **5. CONCLUSIONES**

La Constitución de 1991 consagró al debido proceso como derecho fundamental e impuso que las garantías que lo conformaban tuvieran aplicación, ya no sólo en actuaciones judiciales, sino también en las administrativas. Tras la nueva consagración constitucional, la jurisprudencia emprendió un camino hacia la concreción de aquellos

parámetros que debían seguirse para la adecuada aplicación de este derecho en materia administrativa, debiendo determinarse, para el efecto, la manera como las garantías que lo conforman en sede judicial serían aplicadas en el campo de las actuaciones administrativas.

La labor así realizada por la jurisprudencia cobra especial protagonismo de cara al análisis de la actividad sancionatoria contractual en torno a la figura del consorcio, en cuanto que en este tipo de relación administrativa la entidad contratante se encuentra en una especial posición de mando frente al contratista, lo que se representa en la facultad de la administración ejercer ciertos poderes o cláusulas exorbitantes, a fin de lograr las especiales finalidades perseguidas con la celebración del contrato estatal.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, estatuto impregnado de la nueva dinámica que en materia del ejercicio del poder del Estado diseñaba la Constitución de 1991, se consignó una nueva visión de la contratación estatal y se introdujo el principio de la autonomía de la voluntad también en esta

actividad del Estado, buscándose eliminar los contenidos que en el Decreto 222 de 1983 imponían, de manera general, frente a la inclusión de cláusulas de las que las partes no se podían apartar, y restringiéndose la aplicación de cláusulas excepcionales, indicando criterios más exigentes para su imposición.

Bajo esta nueva concepción, el legislador no estableció expresamente la facultad de la administración para imponer multas de manera unilateral, lo que, paradójicamente, dio lugar a una doble interpretación jurisprudencial, que partió de reconocer, en un primer momento, la posibilidad de que la administración impusiera multas a través de la expedición de un acto administrativo, para pasar luego a negar dicha facultad.

El hecho de que la nueva ley no regulara el procedimiento para la imposición de las multas ante el incumplimiento a que allegara un consorcio, sino que sólo se limitará a hacer referencia a la realización de audiencias, hizo que el ejecutivo, a través de la expedición del Decreto 2474 de 2008, delegara, en su artículo 87, el establecimiento

de dicho procedimiento sancionatorio a las entidades públicas en sus respectivos manuales de contratación. Bajo tal delegación, el derecho al debido proceso en la imposición de sanciones contractuales quedó al arbitrio de cada entidad pública, que sólo estaba limitada por la exigencia del derecho de audiencia establecido en el artículo 17 de la Ley 1150.

La delegación así mencionada fue declarada nula por el Consejo de Estado, en sentencia de Abril de 2010, que consideró que el reglamento desbordaba las competencias, toda vez que la definición de este tipo de procedimientos contractuales era un asunto que gozaba de reserva legal.

Como consecuencia de la decisión del Consejo de Estado, el tema del procedimiento para la imposición de multas tuvo dos interpretaciones: una posición que propendía por la imposibilidad de imponerlas unilateralmente dado que existía un vacío normativo respecto del procedimiento para el efecto, lo que exigiría entonces que la administración debía acudir al juez para la imposición de la multa. La segunda posición

en cambio, llevaba a afirmar que a pesar de no existir un procedimiento especial, la administración podría hacer uso de esta cláusula exorbitante, siguiendo el procedimiento establecido por el Código Contencioso Administrativo para la expedición de un acto administrativo.

Para solucionar dicha disyuntiva, se aprovechó por el legislador la expedición del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 del 12 Julio de 2011), el que en su artículo 86 estableció el procedimiento para la "Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento", disposición que se hizo consagración expresa del derecho al debido proceso administrativo, estableciendo los pasos a seguir para el ejercicio de dicha facultad sancionatoria.

Como puede evidenciarse, para llegar al momento actual del respeto por las garantías básicas del debido proceso en la imposición de multas, el camino recorrido no fue fácil. La historia nos muestra cómo se parte de unas garantías mínimas, consagradas paradójicamente bajo la vigencia de la constitución anterior, para luego pasar por un

mar de interpretaciones jurisprudenciales y de variadas disposiciones que oscurecían el camino de las garantías del destinatario de las multas en materia contractual.

Todo lo anterior indica que, efectivamente, un consorcio puede ser objeto de sanción; al respecto, en el consorcio la sanción afecta a todos los miembros que lo conforman y quienes responden solidariamente; esto a diferencia de la unión temporal, en cuyo caso la imposición de sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o del contrato, se individualiza en cabeza de los integrantes de aquella, según el grado de participación de cada uno de ellos en la ejecución de tales obligaciones.

En este recorrido bastante notorio fue el hecho de que la jurisprudencia del Consejo de Estado fue marcando la senda del legislador, lo que permite concluir que el actual proceso para la imposición de la multa es fruto de la labor que hizo la jurisprudencia por llenar los vacíos que en cada momento iba dejando la Ley. Tras la expedición del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 22 de 23</b>

resumen diferentes interpretaciones jurisprudenciales sobre el derecho al debido proceso administrativo en materia contractual, relacionado con el tratamiento de las garantías que lo conforman, mostrándose, en el mismo sendero que lo hizo la jurisprudencia, una inclusión ascendente desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 hasta la fecha, lo que hoy nos permite decir el debido proceso administrativo, en esta materia, ya no se encuentra "a medio camino", sino que se logra un establecimiento concreto, en consonancia con el postulado del artículo 29 constitucional.

### REFERENCIAS

- Colombia. Congreso de la República. (1993). *Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.
- Colombia. Congreso de la República. (2011). *Ley 1474. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Bogotá: Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (1997). *Concepto del 30 de enero. Rad. 942*. Bogotá D.C. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (1998). *Auto del 6 de agosto. Expediente 13988*. Bogotá D.C. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (1998). *Auto del 6 de agosto. Expediente 14558*. Bogotá D.C. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (1999). *Sentencia del 5 de marzo. Rad. 25000-23-27-000-12198-01 (9245)*. Bogotá D.C. C.P. Daniel Manrique Guzmán.
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. (2002). *Sentencia del 20 de junio. Expediente. 19488*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. (2006). *Sentencia del 6 de diciembre. Rad. 14494*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2006). *Sentencia del 25 de mayo. Radicación N° 1.748. Número Único: 11001-03-06-000-2006-00050-00*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado. (2009). *Sentencia del 25 de febrero. Expediente 15797*. Bogotá

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 23 de 23

D.C. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

## CURRICULUM VITAE

Consejo de Estado. (2010). *Sentencia del 17 de marzo. Expediente 18394*. Bogotá D.C. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2011). *Sentencia del 6 de abril. Expediente 19483*. Bogotá D.C. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-949*. Bogotá D.C. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Decreto 1082. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*. Bogotá: Diario Oficial No. 49523 del 26 de mayo de 2015.

Hoyos D., R. (1994). *Comentarios al estatuto general de contratación de la administración pública*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Luna R., L. (2012). *El debido proceso administrativo en la imposición de multas en el contrato estatal*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Ospina F., G. y Ospina A., E. (1987). *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis.

Rodríguez, L. (2001). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.

**Alejandro Carmona Cano:** Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo presentado como requisito para el diplomado en profundidad sobre Contratación Estatal.

**Sebastián Orrego Betancur:** Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo presentado como requisito para el diplomado en profundidad sobre Contratación Estatal.

**Julieth Viviana Soto García:** Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo presentado como requisito para el diplomado en profundidad sobre Contratación Estatal.