



000100

I. ANTECEDENTE

Mediante Oficio radicado como se indica en el asunto, la Subdirección de Contratación, manifiesta que el 30 de diciembre de 2014 la SDS – FFDS suscribió contrato No. OOOO-2014 con la firma XYZ LTDA., cuyo objeto consistía en: *“Desarrollar un Sistema de Información para la gestión y administración del programa territorios saludables, que cumpla con las necesidades a través de cinco componentes: captura de información, interoperabilidad con sistemas poblacionales, gestión operativa, gestión de información estratégica y modelo de inteligencia de negocios, incluyendo la migración de los datos con los que cuenta la institución”*.

Agrega que el plazo inicial del contrato fue de 10 meses a partir del acta de inicio de fecha 20 de enero de 2015 prorrogado hasta por 3 meses más, venciendo el día 20 de febrero de 2016.

Mediante oficio del 7 de marzo de 2018 se citó al contratista para audiencia de posible declaratoria de incumplimiento del contrato y efectividad de la cláusula penal pecuniaria, citándose igualmente a la Compañía de Seguros del Estado.

El 1 de agosto de 2018 durante la reanudación de la audiencia la apoderada de la firma contratista, presentó copia del auto admisorio de la demanda presentada el 10 de julio de 2018 ante el Tribunal de Cundinamarca, solicitando por esta razón la terminación del proceso sancionatorio petición ratificada por la Aseguradora.

El 21 de agosto al reanudarse la audiencia, los apoderados de las partes citadas reiteran la solicitud que se de por terminado el proceso, de acuerdo al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 literal d) que establece que en cualquier momento del proceso se pueda dar por terminado este ante la cesación de la situación de incumplimiento, indicando que la Administración debe revisar los pronunciamientos de la Corte Constitucional y Consejo de Estado sobre el tema.

Señala que se solicita concepto con relación a la decisión que debe tomar la Administración en relación con seguir adelante el proceso administrativo por presunto incumplimiento del contratista, siendo pertinente señalar que la Administración cuenta hasta el próximo 19 de octubre de 2018 con facultades para liquidar el contrato y por ende dejar en firme cualquier acto administrativo que declare el incumplimiento contractual. En este orden de ideas, dada la proximidad de perder competencia para adelantar los trámites y/o declaratoria de incumplimiento y estando dentro de los términos para contestar la demanda, se solicita emitir concepto sobre la legalidad y/o conveniencia de dar por terminado el proceso administrativo por presunto incumplimiento y explorar la posibilidad de presentar la demanda de reconversión correspondiente.



II. PROBLEMA JURÍDICO

Dado que la firma XYZ LTDA., interpuso demanda en contra de la SDS-FFDS por el presunto incumplimiento del contrato No. OOOO de 2014. ¿Existe norma jurídica vigente que establezca la posibilidad de dar por terminado el proceso administrativo por presunto incumplimiento contractual cuando ha sido admitida la demanda interpuesta por el contratista en la que se debaten los mismos hechos y se solicita la liquidación judicial del contrato? En caso de no existir norma que permita dar por terminado el proceso administrativo, ¿resultaría conveniente dar por terminado el proceso administrativo, por presunto incumplimiento, con el fin de interponer demanda de reconvencción por el incumplimiento del contratista?

III. NORMATIVIDAD APLICABLE

3.1. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA.-

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”. (Artículo 209 - Principios de la Función Administrativa) (Negrilla fuera de texto).

“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”. (Artículo 29) (Negrilla fuera de texto).

3.2. ESTATUTO ANTICORRUPCION - LEY 1474 DE 2011.-

“IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. ***Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:***



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

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

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

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

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, **podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes,** o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. **La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”** (Artículo 86) (Negrilla fuera de texto).

3.3. CPACA - LEY 1437 DE 2011.-

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

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

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

Página 3 de 17



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.

(...)

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas". (Artículo 3º) (Negrilla fuera de texto).

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

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales. Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil". (Artículo 40) (Negrilla fuera de texto).

"PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio **no regulados por leyes 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 dichas leyes". (Artículo 47) (Negrilla fuera de texto).

"FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo”. (Artículo 87) (Negrilla fuera de texto).

3.4. CODIGO GENERAL DEL PROCESO Ley 1564 de 2012 – PLEITO PENDIENTE Y PREJUDICIALIDAD

“EXCEPCIONES PREVIAS. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

(...)

8. **Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.** (...)” (Artículo 100) (Negrilla fuera de texto).

“SUSPENSIÓN DEL PROCESO. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. **Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en “otro proceso judicial” que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvenición.** El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

PARÁGRAFO. Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás.

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez” (Artículo 161) (Negrilla fuera de texto).

“DECRETO DE LA SUSPENSIÓN Y SUS EFECTOS. Corresponderá al juez que conoce del proceso resolver sobre la procedencia de la suspensión.

La suspensión a que se refiere el numeral 1 del artículo precedente solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y **una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia de segunda o de única instancia.**

La suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir de la ejecutoria del auto que la decreta.

El curso de los incidentes no se afectará si la suspensión recae únicamente sobre el trámite principal”. (Artículo 162) (Negrilla fuera de texto).

“REANUDACIÓN DEL PROCESO. La suspensión del proceso por prejudicialidad durará hasta que el juez decreta su reanudación, para lo cual deberá presentarse copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen; con todo, si dicha prueba no se aduce dentro de dos (2) años siguientes a la fecha en que



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

empezó la suspensión, el juez de oficio o a petición de parte, decretará la reanudación del proceso, por auto que se notificará por aviso.

Vencido el término de la suspensión solicitada por las partes se reanudará de oficio el proceso. También se reanudará cuando las partes de común acuerdo lo soliciten.

La suspensión del proceso ejecutivo por secuestro del ejecutado operará por el tiempo en que permanezca secuestrado más un periodo adicional igual a este. En todo caso la suspensión no podrá extenderse más allá del término de un (1) año contado a partir de la fecha en que el ejecutado recuperé su libertad". (Artículo 163) (Negrilla fuera de texto).

3.5. ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - LEY 80 DE 1993 Y LEY 1150 DE 2007.-

"DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN. *Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.*

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

*En el acta de liquidación **constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo...**"* (Artículo 60 de la Ley 80 de 1993. modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012) (Negrilla fuera de texto).

"DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. *La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

*En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, **o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.***

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo". (Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007) (Negrilla fuera de texto).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

“DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. **Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.**

Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”. (Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007) (Negrilla fuera de texto).

3.6. JURISPRUDENCIA.-

En sentencia C - 499 de 2015, la H. Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo al declarar exequible el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, indicó:

“4.5.1.5. Como se acaba de ver, el ejercicio de las potestades excepcionales no es discrecional, sino que requiere de un acto administrativo debidamente motivado. Estos actos administrativos están sometidos a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los términos previstos en el artículo 237 de la Constitución y en el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.(...) Para arribar a esta conclusión, se afirma que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preminencia de la autonomía de la voluntad y de la igualdad entre las partes, “también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales”. (...)
(...)

4.5.2. Luego de haber establecido que los supuestos de hecho son susceptibles de compararse, dada la excepcionalidad de las potestades exorbitantes y las particularidades que caracterizan el contrato estatal, corresponde establecer, para proseguir con el juicio integrado de igualdad, si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. El análisis que



se hizo de la norma demandada mostró que, **a pesar de que la entidad estatal y el contratista son iguales, en tanto partes del mismo contrato, sólo la primera puede cuantificar por sí misma, “luego de seguir un procedimiento administrativo”, los perjuicios que se hubieren causado como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte del contratista.** El contratista puede estimar dichos perjuicios, cuando sea la entidad estatal la que incumpla el contrato y, por ello, los cause, pero no puede cuantificarlos por sí mismo, ni tiene a su disposición un procedimiento para hacerlo. Por lo tanto, hay un trato diferente en lo fáctico y en lo jurídico a dos supuestos que son iguales.

4.5.3. En este contexto debe comprenderse el cargo sub examine, según el cual la potestad de la entidad estatal de cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista es desmedida e inequitativa, pues lo que en realidad se señala es que ésta resulta desproporcionada. Para establecer si la diferencia de trato antedicha está justificada, es menester emplear la herramienta metodológica del test de igualdad que, como se precisó atrás, en este evento debe ser el leve o débil, dado el amplio margen de configuración que tiene el legislador en esta materia, y en vista de que no está de por medio una categoría sospechosa o semi sospechosa de discriminación. Por medio de este test se debe establecer si el fin y el medio no están constitucionalmente prohibidos y si el medio es adecuado para obtener el fin.

4.5.3.1. El fin perseguido por la norma demandada debe examinarse a partir de dos referentes, de los cuales se da cuenta en el informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 142 de 2010, Senado, que a la postre se convertirá en la Ley 1474 de 2011, como pasa a verse.

4.5.3.1.1. El primer referente es la justificación general del proyecto de **la norma que busca “fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”,** que es la siguiente:

IV. Justificación del proyecto

(...)Es importante resaltar que las medidas adoptadas en nuestro país para la lucha contra la corrupción han desarrollado experiencias con resultados satisfactorios, pero también que aquel es un fenómeno dinámico cuyas manifestaciones varían con el transcurso del tiempo, haciéndose cada vez más sofisticadas y difíciles de descubrir.

Esta situación ha sido reconocida por todos los sectores de nuestra sociedad y por ello el proyecto es fruto de un diálogo propositivo y de la colaboración entre el Gobierno Nacional, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, Auditoría General de la República, la academia, la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la corrupción, lo cual ha permitido la elaboración de medidas administrativas, disciplinarias, penales, fiscales y educativas que desarrollan una política integral del Estado en contra de este fenómeno.

4.5.3.1.2. El segundo referente es la justificación específica del Capítulo VII del proyecto, que será también el Capítulo VII de la Ley 1474 de 2011, relativo a las disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública, y en especial de la expresión demandada, que es la siguiente:

7. Séptimo capítulo: disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

La Contratación Pública es el sector en el cual se vienen presentando los casos más graves de corrupción pública; por ello es necesario realizar reformas puntuales para aumentar la transparencia y garantizar la sanción, la corrupción y el fraude en esta actividad estatal:

(...)

B. En segundo lugar, no existe en la actualidad un procedimiento expedito para premiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para premiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. “Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia”, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

4.5.3.1.3. La expresión demandada, que en el informe de ponencia está contenida en el artículo 89 y que en la Ley 1474 de 2011 aparece en el artículo 86, como se acaba de ver, tiene la finalidad general de luchar contra la corrupción y la finalidad específica de dotar al Estado de un instrumento idóneo para sancionar al contratista incumplido y para proteger el interés público de los efectos nocivos del incumplimiento. Ni la finalidad general ni la finalidad específica de la expresión demandada están prohibidas por la constitución. Por tanto, ambas son legítimas. Como lo reconoce el informe de ponencia para primer debate, uno de los escenarios más delicados en materia de corrupción es el de los contratos estatales y, como también lo destaca este informe, la protección del interés general, que prevalece sobre el particular, debe ser efectiva.

4.5.3.2. El medio empleado para obtener las anteriores finalidades: facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de haberse surtido un proceso administrativo, de haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, tampoco está prohibido por la Constitución. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y, además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4.5.3.3. Al ser legítimos tanto los fines perseguidos como el medio empleado por la expresión demandada, resta por establecer si el medio es adecuado para conseguir dichos fines. La cuantificación de los perjuicios por parte de la entidad estatal, que es una facultad que se desprende de la declaración unilateral del incumplimiento del contrato, es una herramienta adecuada para la protección efectiva del interés general, en la medida en que permite a la entidad estatal actuar de manera expedita, pero sometida a un procedimiento reglado y con el deber de dar cuenta de su decisión, y, en esta medida, también es adecuada para luchar contra la corrupción, en tanto “representa una



herramienta idónea para la intervención pronta y cumplida de la entidad estatal frente a prácticas que tienen una alta probabilidad de causarle perjuicios” y que pueden deberse, en no pocos eventos, a prácticas corruptas.

5. Segundo cargo: vulneración del derecho a un debido proceso (art. 29 CP), del principio de buena fe (art. 83 CP) y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP)(...)

5.2. El derecho a un debido proceso.

5.2.1. El derecho fundamental a un debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, se aplica tanto en los procesos judiciales como en las actuaciones administrativas. Este derecho comprende una serie de garantías, conforme a las cuales las actuaciones ante los jueces o ante las autoridades administrativas, en su trámite, deben respetar los derechos de las personas involucradas y facilitar que se logre la aplicación correcta de la justicia.

5.2.2. *Hacen parte de las antedichas garantías: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo; y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.*

(...)

5.2.4. *Por su finalidad, entre la actuación judicial y la actuación administrativa hay algunas diferencias. En efecto, mientras que la actuación judicial busca resolver conflictos jurídicos, o defender la supremacía de la Constitución o el principio de legalidad, la actuación administrativa busca cumplir la función administrativa, en beneficio del interés general. Por ello, la actuación administrativa puede ser más ágil, rápida y flexible que la actuación judicial, "habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública". (...)*

(Negrilla fuera de texto).

En Sentencia 2013-01290 de marzo 2 de 2016, el H. CONSEJO DE ESTADO, C. P.



GUILLERMO VARGAS AYALA señaló:

“Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte demandada contra el auto proferido en audiencia inicial del 27 de octubre de 2015 por medio del cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, no declaró la excepción de pleito pendiente y “prejudicialidad”.

*Así las cosas, la Sala deberá examinar si se configuran los requisitos para reconocer la excepción de pleito pendiente y suspender el proceso por prejudicialidad, teniendo en cuenta que existen 4 procesos en los cuales se demandan acuerdos proferidos por el Área Metropolitana del Valle de Aburrá que regulan el factor regional para el cálculo de la tasa retributiva por vertimientos puntuales en unos tramos específicos del río Medellín. **Para resolver dicho interrogante, se debe determinar (i) cuáles son los requisitos que exige la Ley procesal para el reconocimiento de la excepción de pleito pendiente y sus diferencias con la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad, (ii) Qué ha dicho la jurisprudencia de esta corporación en torno a la configuración de los anotados fenómenos, y (iii) con base en los elementos planteados se resolverá el caso concreto.***

6.1. Requisitos legales para configurar la excepción de pleito pendiente y solicitar la suspensión del proceso por prejudicialidad.

El Código General del Proceso entre los artículos 161 a 163 se encarga de regular el tema de la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad en los siguientes términos:

“ART. 161. —Suspensión del proceso. *El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:*

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención. *El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.*

2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. *La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.*

PAR. —*Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás.*

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez.

ART. 162. —Decreto de la suspensión y sus efectos. *Corresponderá al juez que conoce del proceso resolver sobre la procedencia de la suspensión.*



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

La suspensión a que se refiere el numeral 1º del artículo precedente solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia de segunda o de única instancia.

La suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir de la ejecutoria del auto que la decreta.

El curso de los incidentes no se afectará si la suspensión recae únicamente sobre el trámite principal.

ART. 163. —Reanudación del proceso. La suspensión del proceso por prejudicialidad durará hasta que el juez decreta su reanudación, para lo cual deberá presentarse copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen; con todo, si dicha prueba no se aduce dentro de dos (2) años siguientes a la fecha en que empezó la suspensión, el juez, de oficio o a petición de parte, decretará la reanudación del proceso, por auto que se notificará por aviso.

Vencido el término de la suspensión solicitada por las partes se reanudará de oficio el proceso. También se reanudará cuando las partes de común acuerdo lo soliciten.

La suspensión del proceso ejecutivo por secuestro del ejecutado operará por el tiempo en que permanezca secuestrado más un periodo adicional igual a este. En todo caso la suspensión no podrá extenderse más allá del término de un (1) año contado a partir de la fecha en que el ejecutado recuperó su libertad” (Corregido por el art. 5º, Decreto Nacional 1736 de 2012).

Como se observa, la suspensión del proceso por prejudicialidad no es una excepción como equivocadamente lo aseveró el tribunal, se trata de una solicitud que realizan las partes que opera en dos hipótesis: (i) cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial y (ii) cuando las partes de común acuerdo así lo soliciten. En cuanto a la primera hipótesis que es la que se presenta en el caso sub examine, dicha figura se da cuando la decisión que debe tomarse en un determinado asunto, dependa de la que deba adoptarse en otro, razón por la cual, la toma de la decisión se suspende hasta que se resuelva ese otro aspecto que tiene incidencia directa y necesaria sobre el fallo que se va a dictar.

Para que sea procedente la suspensión del proceso por prejudicialidad, es menester que este se encuentre en etapa para dictar sentencia y, a su vez, que el proceso que guarda íntima relación con el que se pretende suspender no haya concluido, es decir, que no se haya proferido sentencia, por cuanto depende de lo que se decida en aquél para poder suspender el presente. No tendría ningún sentido suspender el proceso cuando en el otro ya se profirió sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, pues ya no hay que esperar a que se adopte decisión alguna, en esa circunstancia se valoraría la sentencia que se produjo en el otro proceso para efectos de determinar si hay lugar a reconocer la existencia de cosa juzgada.

También es necesario que obre prueba de la existencia del proceso que guarda íntima relación con el que se busca suspender.

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666





A diferencia de lo anterior, el pleito pendiente si se trata de una excepción previa, reconocida expresamente en el artículo 100 del Código General del Proceso que preceptúa:

“ART. 100.—Excepciones previas. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

(...)

8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto”.

6.2. Jurisprudencia de la corporación en torno a la suspensión del proceso por prejudicialidad y sus diferencias con la excepción de pleito pendiente.

La Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas oportunidades sobre la procedencia de la suspensión del proceso por prejudicialidad.

Por ejemplo, en fallo del 12 de abril del 2012, en el proceso radicado con el N° 2008-00182-01, con ponencia del Magistrado Marco Antonio Velilla (E), en un caso en el cual se solicitaba la declaratoria de nulidad del Acto de Liquidación N° L-0025 del 21 de septiembre de 2007 y de la Resolución N° 00259 del 10 de marzo de 2008, proferidos ambos por la Superintendencia Nacional de Salud. Respecto de la solicitud de suspender el proceso por prejudicialidad en espera de que se resuelva la demanda de nulidad impetrada contra el Decreto 3168 de 2007 el cual sirvió de base para la expedición de los actos administrativos demandados, la Sala aseguró:

“Con respecto al tema de la prejudicialidad, deberá la Sala señalar que conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 171 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al asunto presente por remisión expresa que hace el artículo 167 del Código Contencioso Administrativo, que: “La suspensión a que se refieren los numerales 1º y 2º del artículo precedente, sólo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia”.

Como bien se puede apreciar, la norma procesal en comento consagra la posibilidad de decretar la suspensión de un proceso cuando la sentencia que deba dictarse en el mismo, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso que verse sobre alguna cuestión o tópicos que no pueda resolverse en aquél. Para los efectos de la mencionada suspensión, el artículo 171 del C. de P. C. dispone de manera perentoria que dicha medida “[...] sólo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determine y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia.” Nótese que las normas anteriormente mencionadas establecen que el auto de suspensión del proceso solamente puede proferirse cuando el mismo se encuentre en estado de dictar sentencia, guardando silencio con respecto a la oportunidad establecida para presentar la correspondiente solicitud, debiendo entenderse que la solicitud correspondiente puede ser formulada en cualquier tiempo, antes de que el proceso se encuentre en estado de dictar sentencia...”. (Negrilla fuera de texto).

El H. Consejo de Estado en sentencia de junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010) Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367), M-P. ENRIQUE GIL BOTERO de acuerdo a la Nota de Relatoría, expresó lo siguiente:



“COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACION PARA IMPONER MULTAS - Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 / MULTAS - Competencia de la Administración para imponerlas / CLAUSULA PENAL - Facultad de imposición por parte de la entidad contratante / DEBIDO PROCESO - Debe garantizarse / IMPOSICION DE MULTAS Y CLAUSULA PENAL - Sujeción al debido proceso / DEBIDO PROCESO - Aplica frente a cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual / ARTICULO 17 DE LA LEY 1150 DE 2007 - Interpretación / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL - Imprudencia de establecerlo mediante normas internas / **CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Se aplica mientras la ley no determine el procedimiento sancionatorio contractual. En tercer lugar, el art. 17 asigna la competencia a la administración para imponer las multas pactadas en los contratos, pero “... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...”**. La misma potestad se establece, a continuación, para imponer la cláusula penal, respetando las mismas garantías.

La Sala también impondrá a esta norma una interpretación conforme a la Constitución, similar a la que se acaba de hacer, esto es, exigiendo la aplicación de estas garantías no sólo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual.

(...)

Entre otras cosas, recientemente concluyó esta Sala, al juzgar la validez del artículo 87 del decreto 2.474 de 2008, que no es posible que mediante normas internas se establezca el procedimiento sancionatorio contractual. Se fundamentó en que **sólo la ley puede regular el tema, por tratarse de una materia reservada al legislador, y que mientras esto no ocurra se deben aplicar las reglas del Código Contencioso Administrativo...**”.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO

Conforme a la normatividad y jurisprudencia antes transcrita, tenemos que la Administración goza de la facultad excepcional que le otorga la Ley de declarar el presunto incumplimiento contractual, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y cuantificar los perjuicios producto del incumplimiento. Por tanto, no le es dado, salvo por un caso de Ley, a la Administración sustraerse del uso de esta herramienta jurídica contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) en sede administrativa, toda vez que de suyo, el contrato estatal lleva implícita la finalidad de satisfacer el interés general y/o las necesidades de la comunidad.

Dentro de esta prerrogativa la Administración en ejercicio de esa potestad excepcional, debe cuantificar los perjuicios causados con medida de acuerdo a las pruebas, en forma equitativa y proporcionada.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

Respecto del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, este es un procedimiento especial, oral, breve y sumario, siguiendo el trámite establecido en el mismo Estatuto Anticorrupción.

En efecto El CPACA en el artículo 47 establece: **“PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes 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 dichas leyes”**. (Negrilla fuera de texto).

Ergo existe un procedimiento reglado, verbal y sumario en el Estatuto Anticorrupción contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que garantiza el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la C.P., en concordancia con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Con anterioridad a que el Legislador en ejercicio de su competencia constitucional a través de la Ley 1474 de 2011 regulara un procedimiento oral, breve y sumario para el Proceso Administrativo Sancionatorio Contractual, aplicaba el CPACA, en ausencia de regulación especial y expresa, tal como lo señala la sentencia del H. Consejo de Estado antes transcrita. Con posterioridad a la regulación del proceso contenido en el artículo 86, el CPACA sólo aplica en los aspectos no contemplados en la norma especial.

Ahora bien, centrándonos en el aspecto de la prejudicialidad, no es aplicable en el presente caso, toda vez que esta se predica y se aplica como su nombre lo indica, respecto de la existencia concomitante de dos (2) procesos judiciales y no respecto de un proceso administrativo, conforme lo establece el artículo 161 del C.G. del P.

Para el caso en estudio, la actuación de la administración se encuentra desarrollándose dentro de la oportunidad legal y de acuerdo con la competencia conferida por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no existiendo a la fecha causal que permita terminar el proceso, dado que la causal de terminación de éste contenida en el literal d) del artículo antes mencionado, sólo se da en el evento en que haya cesado el incumplimiento contractual que originó la citación a audiencia.

Resulta inconveniente para la Administración, dar por terminado el proceso administrativo, pues la única causal legal para terminarlo es la cesación del incumplimiento contractual, lo cual no se deduce de lo narrado en su solicitud que haya ocurrido.

Así las cosas, resulta pertinente que al interior del Proceso Administrativo Sancionatorio, se de aplicación a los principios que rigen la Función Administrativa de eficacia, **celeridad** y economía procesal, a efecto de poder contar con el acto que lo decida, sea que se declare o no el incumplimiento; y además con el acto de liquidación sea bilateral o unilateral.

Es importante resaltar que de formularse la demanda de reconvenición, ésta es autónoma e independiente del Proceso Administrativo Sancionatorio; sin embargo,



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

podría convertirse en un desacierto, que de existir el incumplimiento contractual sin declaratoria por la Administración, pues la administración estaría dejando de ejercer su potestad excepcional y competencia propia atribuida por la Ley.

Si bien como se señaló, es autónomo e independiente el Proceso Administrativo Sancionatorio del Proceso Judicial (dentro del cual se puede proponer la demanda de reconvencción dentro de la oportunidad para contestar la demanda), **resulta conveniente** para la Administración acudir al proceso judicial, contando con el acto administrativo que ponga fin al Proceso Administrativo Sancionatorio (aplicando el principio de legalidad y debido proceso) y el acto de Liquidación del contrato.

V. CONCLUSIÓN

Esta Oficina Asesora Jurídica, de acuerdo a la normatividad y jurisprudencia antes transcrita, conceptúa:

PREGUNTA:

¿Existe norma jurídica vigente que establezca la posibilidad de dar por terminado el proceso administrativo por presunto incumplimiento contractual cuando ha sido admitida la demanda interpuesta por el contratista en la que se debaten los mismos hechos y se solicita la liquidación judicial del contrato?

RESPUESTA:

De acuerdo con el estudio y análisis realizado por esta OAJ, No existe norma jurídica vigente que establezca la posibilidad de dar por terminado el proceso administrativo por presunto incumplimiento contractual por haber sido admitida la demanda interpuesta por El Contratista en la que se debaten los mismos hechos y se solicita la liquidación judicial del contrato; por cuanto, la única causal de ley para terminar el proceso que se encuentra adelantando la Administración es la establecida en el literal d) del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, es decir, sólo en el evento en que haya “cesado el incumplimiento contractual que originó la citación a audiencia”, situación que para el caso en estudio no se presenta de acuerdo a lo narrado por esa Subdirección. Por tanto, no se da la causal única de ley para darlo por terminado.

En cuanto a la prejudicialidad, no se predica ni aplica respecto de un Proceso Administrativo, sino de otro de naturaleza y carácter Judicial.

PREGUNTA:

En caso de no existir norma que permita dar por terminado el proceso administrativo, ¿resultaría conveniente dar por terminado el proceso administrativo, por presunto incumplimiento, con el fin de interponer demanda de reconvencción por el incumplimiento del contratista?

RESPUESTA:



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

En concepto de esta OAJ, desde el punto de vista de la conveniencia, **resulta conveniente y por demás necesario para la Administración**, que en aplicación de los principios de eficacia, celeridad y economía y a fin de evitar un posible daño antijurídico para la entidad y en pro del interés general, **se continúe con el proceso administrativo sancionatorio**, atendiendo los principios de legalidad, defensa y debido proceso que aplican a éste, haciendo uso la Administración de sus potestades excepcionales y legítimas, a través del procedimiento reglado, oral, breve, sumario y especial establecido para tal fin en el Artículo 86 del Estatuto Anticorrupción.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del CPACA, no tiene efectos vinculantes, pudiendo ser acogido o no, tal como lo indica el H. Consejo de Estado en providencia de fecha 22 de abril de 2010. Radicación 11001 0324 000 2007 00050 01 C. P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA al señalar: *“Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella. De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra”*.

Cordialmente,

PAULA SUSANA OSPINA FRANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Luz Inés Sandoval E/Abogada OAJ