

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SANTA MARTA

Radicación: 47-001-3333-004-2013-00101-00
Medio de control: CONTROVERSIA CONTRACTUALES.
Demandante: INTERASEO S.A. E.S.P.
Demandado: ESPA S.A. E.S.P.

Santa Marta, treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

ASUNTO POR RESOLVER

Agotadas las etapas procesales correspondientes, sin que se vislumbre la existencia de vicio o irregularidad alguna que afecte la validez de lo actuado, procede este despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponde.

ANTECEDENTES

La sociedad INTERASEO S.A. E.S.P., por conducto de apoderado formuló demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales contra la Empresa de Servicios Públicos de Aseo del Distrito de Santa Marta (ESPA), a efectos que esta jurisdicción acceda a las pretensiones que seguidamente se sintetizan:

Que se declare la nulidad de las resoluciones número 084 y 085 del 12 de septiembre de 2012, por medio de las cuales el Gerente de ESPA impuso sanción de multa a INTERASEO S.A. E.S.P., y por la cual se resolvió el recurso de reposición confirmando dicha decisión, respectivamente. Como restablecimiento del derecho solicita el pago de la suma de \$ 2.266.800 pesos más los reajustes e intereses de ley, que en lo sucesivo cuando se trate de imponer multas a la sociedad demandante se le respete el debido proceso administrativo, se oficie a la cámara de comercio de Santa Marta y as la Procuraduría General de la Nación para que se elimine el reporte de la sanción impuesta mediante los actos enjuiciados y se condene en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de sus pretensiones expone los hechos que a continuación se resumen:

Que la Empresa Industrial y Comercial del Estado ESPA celebró con INTERASEO S.A. E.S.P., el contrato de concesión número 007 del 11 de marzo de 1993, para la prestación integral del servicio público de aseo.

Mediante oficio 186 del 5 de abril de 2012 la interventoría de la ESPA solicitó a INTERASEO tener al día la documentación de los vehículos destinados a la prestación del servicio de aseo, y por oficio del 10 de abril se dio respuesta al requerimiento indicándose que la revisión técnico mecánica de la barredora mecánica número 7407 estaba vencida por cuanto los centros de diagnóstico de Santa Marta no contaban con la tecnología necesaria para hacer la evaluación.

Posteriormente, mediante oficio del 19 de julio de 2012 el supervisor de la interventoría de la ESPA, presentó un informe señalando que se practicó seguimiento a la barredora mecánica número 7403 ese mismo día a las 8:32 PM y se verificó que se dañó la banda transportadora con lo cual se afectó el servicio y además tenía vencido el certificado de revisión técnico mecánica.

A través del oficio número 688 del 24 de julio de 2012 se dio inicio al procedimiento sobre deficiencias en la prestación del servicio conforme lo señalado en el contrato de concesión y se comunicó a INTERASEO para que efectuara las correcciones del servicio, anexándose a la misma una filmación de la irregularidad observada en la barredora 7403 del 19 de julio de 2012 y el informe del supervisor.

Por oficio del 10 de agosto de 2012 se requirió la minuta de ingresos y salidas de equipos verificándose que el 19 de julio la barredora en mención salió a las 6:22 PM e ingresó a las 8:25 PM; mediante oficio OFG-677 del 29 de agosto de 2012, se envió comunicación a INTERASEO citándola a audiencia de imposición de multa, la cual se llevó a cabo el 12 de septiembre de 2012, y en desarrollo de la misma el gerente de la ESPA dio lectura al pliego de cargos, al informe de interventoría y dispuso la proyección del video tomado el 19 de julio de 2012; se otorgó el uso de la palabra al apoderado de INTERASEO; se expidió la resolución número 084 por medio de la cual se impuso la multa, decisión contra la cual se formuló recurso de reposición que fue desatado mediante la resolución 085 confirmando en todas sus partes la decisión recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte accionante invoca como fundamento de derecho de la presente demanda, lo consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 3 numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como los artículos 24-7 de la Ley 80 de 1993 y 86 literal D de la ley 1474 de 2011.

Sostiene que los actos enjuiciados deben ser anulados por vulnerar normas superiores en las cuales debieron fundamentarse concretamente el artículo 29 de la constitución, pues no se hizo examen alguno de la culpa o el dolo al momento de proferir el pliego de cargos, sino solo al momento de resolver el recurso de reposición; acota que además se vulneraron los principios de presunción de inocencia y tipicidad de la sanción; igualmente destaca que los actos enjuiciados desconocieron el derecho de audiencia y de defensa, pues la ESPA no permitió a INTERASEO controvertir las conclusiones sobre el inadecuado mantenimiento de la barredora contenidas en el informe de interventoría del 19 de julio de 2012; se señala además que las resoluciones infringen normas superiores en las cuales debieron fundamentarse, concretamente el numeral 7 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y el literal d del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, por carecer de motivación frente a la solicitud de archivo de la actuación sancionatoria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ESPA se opone a la prosperidad de las pretensiones y solicita se declare probada la excepción que denominó legalidad del acto demandado, por cuanto considera que se siguió el procedimiento sobre deficiencias descrito en la cláusula 22 en armonía con las cláusulas 5, 11, 20 del contrato de concesión número 007 del 11 de marzo de 1993, siguiendo el procedimiento sancionatorio estipulado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011; acota que no es cierto que no se hubiere demostrado la culpabilidad del concesionario pues el artículo 1604 del Código Civil prevé que se responde hasta por culpa leve en los contratos que se

hacen para beneficio reciproco de las partes, habiendo aceptado INTERASEO que no fue diligente en el cuidado de los bienes en favor del servicio de aseo pese al llamado efectuado por ESPA para que se hicieran las correcciones.

Anota que no se vulneró la presunción de inocencia prevista en el artículo 29 de la Constitución, pues habiéndose constatado por la interventoría fallas en una de las máquinas barredoras de INTERASEO, mediante comunicación externa radicada bajo el número 688 del 24 de julio de 2012 buscó que dicha entidad respondiera las acusaciones captadas en video, no obstante guardó silencio a pesar de conocer sus deberes contractuales; y para garantizar su derecho de contradicción y defensa se le citó a audiencia conforme lo establecen los artículo 86 y siguientes de la ley 1474 de 2011, en la cual se escucharon sus argumentos pero no desvirtuaron la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, pues se demostró con las pruebas recaudadas el mal estado de la barredora 7403.

Finalmente señala que no se dio aplicación al literal d del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, pues en el desarrollo de la audiencia no se allegó prueba alguna que permitiera demostrar que cesó la situación de incumplimiento del inadecuado mantenimiento de la barredora mecánica 7403.

TRÁMITE PROCESAL

La demanda con solicitud de medidas cautelares se presentó el 10 de julio de 2013, correspondiendo su cocimiento a este despacho, que mediante auto del 30 de agosto la inadmitió por presentar defectos formales que fueron subsanados oportunamente por la parte actora.

Mediante autos del 10 de octubre de 2013, se admitió la demanda y se ordenó su notificación personal al Ministerio Público, a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y a la entidad demandada ESPA S.A. E.S.P., previo pago de las expensas necesarias para surtir las mismas; también se ordenó correr traslado de la solicitud de medidas cautelares por el término de 5 días. Por auto del 31 de enero de 2014, se negó la medida cautelar solicitada.

El 20 de febrero de 2014, se surtieron la notificaciones personales ordenadas en la forma señalada en el artículo 199 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 de la ley 1564 de 2012, de igual manera se remitieron los traslados correspondientes a través de la empresa 472. ESPA recorrió el traslado de la demanda de manera oportuna y propuso excepción de mérito, de la cual se corrió traslado.

Por auto del 28 de julio de 2014, se fijó fecha y hora para adelantar la audiencia inicial; sin embargo, la parte demandante por conducto de su apoderado solicitó aplazamiento, al cual se accedió mediante auto del 15 de agosto de 2014, en el cual se fijó nueva fecha.

El 23 de septiembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual se declaró saneado el proceso, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación judicial y se decretaron las pruebas pedidas por las partes y se fijó fecha para la audiencia de pruebas.

La audiencia de pruebas se llevó a cabo el 17 de julio de 2015, habiéndose recaudado la totalidad de las pruebas decretadas, se procedió a adelantar a continuación la audiencia de alegaciones y juzgamiento, dentro de la cual participaron tanto la parte demandante como la parte demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el curso de la audiencia de alegaciones y juzgamiento celebrada el 17 de julio de 2015, la parte demandante presentó de manera oral su alegato de conclusión, solicitando se acceda a las suplicas de la demanda, pues considera que las resoluciones demandadas son nulas porque se expidieron con violación de las normas en que debían fundarse, esto es, el artículo 29 de la Constitución, pues ESPA con base en un video pretendió acreditar la falta, sin que se calificara la culpabilidad de la conducta, imponiendo la sanción bajo la figura de la responsabilidad objetiva: igualmente considera que el video aportado no pudo ser controvertido por la demandante, a más que carece de hora y fecha de elaboración ni se identificó el lugar en el cual supuestamente ocurrió o se desarrollaron los hechos, por lo tanto carece de validez probatoria para sustentar la sanción. Acotó que se produjo una circunstancia de caso fortuito pues en la costa no existía centro de diagnóstico que pudiese realizar la revisión tecnomecánica, razón por la cual la demandante estaba prestando el servicio sin el certificado de revisión tecnomecánica, pero ello constituye infracción de tránsito mas no un incumplimiento del contrato, porque no significaba que la barredora no estuviese prestando el servicio de manera adecuada porque INTERASEO tiene sus propios talleres con mecánicos especializados que son supervisados por la interventoría del contrato, por tanto la carencia del certificado no se adecua a la falta imputada.

La entidad demandada solicitó al despacho que niegue las pretensiones de la demanda pues considera que la demandante es una entidad prestadora de servicios públicos y las fallas que se presenten inciden en la prestación del servicio y ello afecta los fines del estado. La cláusula 22 del contrato de concesión consagra el procedimiento para la detección de deficiencia y en cumplimiento de la misma el supervisor el día 19 de julio de 2012 realizó un informe sobre la inspección al máquina barredora la cual presentaba un mal funcionamiento de la banda transportadora y por ello efectuaba un barrido deficiente, sin que se lograra demostrar que al interior del proceso sancionatorio se hubiere conculcado el debido proceso a la demandante.

El Ministerio Público no concurrió a la audiencia, ni presentó escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

Excepciones de mérito

La Empresa de Servicios Público de Aseo del Distrito, formuló la excepción de mérito que denominó legalidad del acto administrativo por cuanto considera que se siguió el procedimiento sobre deficiencias descrito en la cláusula 22 en armonía con las cláusulas 5, 11, 20 del contrato de concesión número 007 del 11 de marzo de 1993 al igual que el procedimiento sancionatorio estipulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Al respecto debe indicar el despacho que toda excepción de mérito debe estar sustentada en hechos y estos a su vez han de ser objeto de pruebas, pero no es cualquier hecho el que les ha de servir de fundamento, sino aquellos nuevos que además sean relevantes, es más la jurisprudencia de la Sección tercera del Consejo de Estado ha establecido que *“La excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal”*. *“supone, en principio, el 02020202012345678910111213141516171819202020202020202020123456789101112 probado modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión”*¹, así las cosas el hecho relevante propuesto y probado debe ser nuevo, no anterior o concomitante al que sirve de sustento a las pretensiones de la demanda, de lo contrario estaremos en los terrenos propios de un argumento defensivo que desde luego ha de ser examinado en la correspondiente sentencia.

¹ Sentencia del 7 de marzo de 2012. expediente 20001-23-31-000-2000-0047-01 (22.936).

En el subexamine, la parte demandada no sustentó los medios exceptivos propuestos en hechos nuevos modificativos o extintivos del derecho, de allí que los planteamientos de la entidad demandada deban ser examinados en esta providencia como argumentos de defensa; por tanto la excepción será declarada impróspera.

Fijación del litigio

En el asunto sometido a consideración del despacho la sociedad INTERASEO S.A. E.S.P., a través del medio de control de controversias contractuales pretende que esta jurisdicción declare la nulidad de los actos administrativos contractuales resoluciones número 084 y 085 del 12 de septiembre de 2012, por medio de las cuales el Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Aseo del Distrito de Santa Marta (ESPA), la sancionó con multa por valor de dos millones doscientos sesenta y seis mil ochocientos pesos (\$2'266.800) con fundamento en la cláusula 20 numerales 22 y 24 del contrato de concesión número 007 del 11 de marzo de 1993.

Por su parte, la Empresa de Servicios Público de Aseo del Distrito de Santa Marta (ESPA), se opone a la prosperidad de tales pretensiones por considerar que los actos demandados se encuentran ajustados a la legalidad.

El problema jurídico que se formuló en el curso de la audiencia inicial se contrae a determinar si los actos administrativos enjuiciados, esto es, la resolución número 084 de 2012 *“Por medio de la cual se imponen multas al concesionario INTERASEO S.A. E.S.P., por incumplimiento de obligaciones previstas en el contrato de concesión No. 007 del 11 de marzo de 1993 y reglamento de la concesión”* y la resolución 085 de 2012 *“Por medio del cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución No. 084 de 2012, por medio de la cual se imponen multas concesionario INTERASEO S.A. E.S.P., por incumplimiento de obligaciones previstas en el contrato de concesión No. 007 del 11 de marzo de 1993 y reglamento de la concesión”*, se encuentran viciados de nulidad. También deberá determinarse si en el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en contra de la sociedad INTERASEO S.A. E.S.P., se vulneraron derechos fundamentales tales como el debido proceso y el derecho de defensa.

La tesis que sostendrá este despacho como solución a los problemas jurídicos planteados, es que los actos demandados no se encuentran viciados de nulidad, pues la ESPA siguió el procedimiento legalmente previsto para la imposición de las multas por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de concesión, sin que se hubieren vulnerado derechos fundamentales tales como el debido proceso y el derecho de defensa de INTERASEO S.A. E.S.P., a más que se motivó suficiente y adecuadamente el acto administrativo, por ende las suplicas de la demanda será negadas.

Fondo del asunto

Para sustentar la anterior tesis el despacho expondrá el siguiente argumento en el que se examinarán los cargos de nulidad propuestos por la parte actora, aclarando que se analizarán de manera conjunta.

La parte actora sostiene que los actos administrativos demandados vulneran el artículo 29 de la Constitución Política, pues se impuso una sanción con base en criterios de responsabilidad objetiva, pues no se indicó el grado de culpa o dolo atribuible a INTERASEO, pues se limitó a establecer el incumplimiento y de allí se imputó responsabilidad de manera automática; de igual manera se irrespetó el principio de tipicidad de la falta, pues se impuso sanción por encontrarse vencido un certificado de revisión

técnico mecánica de una barredora, asimilándose el mismo a una licencia o permiso, no obstante que se trata como su nombre lo indica de un certificado, por manera que el comportamiento no se adecuaba a la falta consagrada en el contrato de concesión 007 de 1993. A más que el inadecuado mantenimiento de la barredora 7403 se extrajo de un informe de interventoría que se sustentó en un video, que constituye prueba ilegal y carente de eficacia probatoria, pues no se puede determinar su origen ni el lugar o fecha en que se elaboró, además de haber sido recaudada sin la intervención de INTERASEO S.A. E.S.P., por lo cual no pudo ser controvertida; a más que no se practicó ningún experticio técnico que permitiera establecer el inadecuado mantenimiento de la barredora.

Los cargos formulados no prosperan, por las razones que seguidamente se pasan a exponer:

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en proveído del 7 de octubre de 2009, expediente número 25-000-2326-0001995-01699-01, tuvo oportunidad de precisar que la imposición de multas pactadas contractualmente es una manifestación del ius puniendi, radicado en cabeza de las entidades públicas. En ese sentido señaló:

“(…)… la sanción contractual es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción y en particular del poder punitivo del Estado (ius puniendi), como respuesta al incumplimiento de las obligaciones de los contratistas de sus obligaciones y deberes, la cual debe encontrarse autorizada en la ley en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta actividad.

En el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia contractual se han identificado varios tipos a saber: (i) sanciones pecuniarias como la efectividad de la cláusula penal; (ii) sanciones rescisorias como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) sanciones coercitivas como la imposición de multas”.

Posteriormente, esa misma Sección anotó que la imposición de multas responde a un ejercicio de la autonomía de la voluntad “*relativizando así el carácter de cláusula exorbitante*”, por lo que en criterio de esa Corporación, tal circunstancia, posibilita negarles el que sean una materialización del derecho punitivo, para en su lugar otorgarles un carácter exclusivamente negocial².

En sentencia del 10 de septiembre de 2014, radicación número 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875), con ponencia del Consejero JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, al referirse a la multa contractual, señaló:

“4. La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista. Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo”.

Debe señalar el despacho que no nos adentraremos en la discusión relacionada a si la administración tiene o no competencia para de manera unilateral imponer multas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007³, pues el contrato de concesión número 007 data del 11 de marzo de 1993 y en todo contrato se entiende incorporada la normatividad vigente al tiempo de su suscripción, por manera que le resultaba aplicable lo dispuesto en el Decreto

² Al respecto puede consultarse la sentencia fechada 22 de octubre de 2012, expediente 05001-23-24-000-1996-00680-01, número interno 20.738 Consejero ponente ENRIQUE GIL BOTERO.

³ La ley 80 de 1993 entró a regir el 28 de octubre de 1993 y en su artículo 81 derogó expresamente el decreto 222 de 1983, la ley 1150 de 2007 entregó a regir el 16 de enero de 2008 y en su artículo 17 revivió la posibilidad de las entidades contratantes de imponer multas pactadas, previa observancia del debido proceso.

222 de 1983, en cuyos artículos 64 y 71 se preveía la obligación de incluir en el clausulado de los contratos la potestad de la entidad contratante de imponer multas; precisamente de manera reciente la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 10 de septiembre de 2014 citada, acogió esta tesis.

Ahora bien, debe destacarse que en toda actuación administrativas debe siempre garantizarse desde el punto de vista material y no meramente formal la efectiva protección del derecho fundamental al debido proceso, no solo durante los trámites previos a la expedición del acto administrativo, sino también, en las etapas finales de publicidad del mismo e incluso en el trámite y decisión de los recursos que contra el proceda; no en vano el Código Contencioso Administrativo y ahora el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagran como causal de nulidad de los actos administrativos la violación del derecho de audiencia y defensa, y ello es así porque el debido proceso administrativo se refiere no sólo al respeto de garantías estrictamente procesales, sino también al respeto de los principios que guían la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, principios recogidos por el artículo 209 superior.

Ha decantado la Corte Constitucional de manera inveterada que hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso administrativo y judicial, las siguientes⁴:

"(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".

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha establecido que las citadas garantías se han de aplicar con mayor o menor rigurosidad, de acuerdo con la naturaleza de la actuación (judicial o administrativa) y su mayor o menor grado de afectación a derechos fundamentales; Así se ha dicho que si lo que está en juego es el derecho fundamental a la libertad tales garantías deben aplicarse de manera rigurosa, en este sentido apuntan, entre otras, las sentencias C-1189 de 2005, C-957 de 2011, C-610 de 2012, C-248 de 2013 y C-341 de 2014. De igual manera, se ha concluido que 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"*⁵.

La jurisprudencia y doctrina vernácula han decantado que en el devenir de la actividad contractual, el ejercicio de las facultades unilaterales por parte de las entidades públicas no lesiona el derecho fundamental al debido proceso del contratista, si a éste se le garantiza por parte del funcionario competente: Su imparcialidad, que la actuación se adelantará en un plazo razonable, que podrá ejercer plenamente el derecho de audiencia y defensa, esto es, si a éste se le brinda la oportunidad de ser oído, aportar y solicitar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, antes de la adopción de la correspondiente decisión

⁴ Al respecto puede consultarse las sentencias C-341 DE 2014 y C-499 de 2015.

⁵ Sentencia C-640 de 2002.

administrativa, y una vez proferida ésta, si se le otorga la posibilidad de interponer los recursos que sean procedentes; a más de lo anterior, si se trata de una actuación sancionatoria, adicionalmente se requiere la preexistencia de la falta y de la sanción.

En ese orden de ideas, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 previó la posibilidad que las entidades públicas puedan ante el incumplimiento comprobado imponer al contratista las multas que hayan sido pactadas, siempre que aún se encuentren pendientes la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, a condición que se respete el debido proceso y se adopten mediante acto administrativo, que naturalmente debe ser motivado.

Al respecto el artículo 17 citado, dispone:

“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

Esta disposición no agota de manera exhaustiva el procedimiento administrativo para la imposición de multas por parte de las entidades públicas, sino que simplemente se limita a señalar que este debe contar con unas pautas mínimas que garantice el debido proceso, ello no significa desde luego que los vacíos deban suplirse mediante la expedición de actos generales que concreten el procedimiento por parte de la entidad, pues existe reserva legal para regular los procedimientos sancionatorios, por tal razón la jurisprudencia ha concluido que para la efectivización de las garantías fundamentales del contratista, para suplir los vacíos de la ley 1150 de 2007, debía acudirse a la parte primera del código contencioso administrativo⁶.

Más recientemente la Ley 1474 de 2011, en su artículo 86 se encargó de regular el procedimiento que deben seguir las entidades públicas para ejercitar la facultad de imponer multas al contratista que incumpla sus obligaciones contractuales. Frente a este procedimiento especial, el Consejo de Estado⁷, señaló:

“Ahora bien, la Sala destaca que en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, las cuales han quedado ampliamente expuestas en los párrafos anteriores, el legislador en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, estableció un procedimiento administrativo de carácter especial tendiente a la imposición de multas y demás sanciones pertinentes dentro de la actividad contractual, previa la declaratoria de incumplimiento, procedimiento éste con el cual se establecieron las bases legales para garantizar la aplicación efectiva del debido proceso constitucional en asuntos contractuales. llenándose de esta manera el vacío existente en el ordenamiento jurídico colombiano de un procedimiento especial de esta naturaleza.

⁶ Así lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente número 36054 con ponencia del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO.

⁷ Sentencia del 21 de marzo de 2012, expediente 11-001-03-26-000-2010-00060-00 (39477). Sección Tercera, Subsección C. Consejero Ponente Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

No quiere significar lo anterior, sin embargo, que este procedimiento reúna totalmente las características de un trámite completo e integral para los asuntos allí referidos. La Sala reconoce que el contenido normativo del artículo 86 en mención constituye un desarrollo especial, aunque parcial, que dista mucho de ser integral, razón por la cual, las falencias que se adviertan en su aplicación deberán ser llenadas en los términos del inciso segundo del artículo primero del C.C.A., esto es con las normas generales del procedimiento administrativo establecidas en el C.C.A (Decreto 01 de 1984), y a partir del 2 de julio del presente año, con las disposiciones de la parte primera del nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 (artículo 2 inciso 3°), en lo pertinente”.

De lo dicho se concluye que si bien es cierto, las entidades públicas tienen la facultad de imponer unilateralmente sanciones, ello será posible en la medida en que se respete el debido proceso administrativo y el derecho de defensa del contratista. La facultad asignada a las entidades públicas para imponer unilateralmente multas al contratista incumplido constituye una clara manifestación del derecho administrativo sancionatorio, el cual se encuentra influenciado por instituciones inicialmente pensadas y desarrolladas para el derecho penal en sentido estricto (derecho criminal), a tal punto que se ha llegado a aplicar por la jurisprudencia y la doctrina categorías dogmáticas extrapoladas, solo que con una menor rigurosidad o alcance. En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-117 de 2006, expuso lo siguiente:

“29. La Corte Constitucional en múltiples oportunidades⁸ ha señalado que el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja que cubre especies como el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el ejercicio del poder de policía, el derecho de punición por indignidad política, y el control de las profesiones, entre otras.⁹ Ha establecido que los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado¹⁰. Sin embargo, en aquellos ámbitos distintos al derecho penal, dicha aplicación ha de considerar sus particularidades y especificidades¹¹.

30. La doctrina de la Corte, sobre la aplicación, matizada, de los principios del derecho penal a otras disciplinas sancionatorias ha sido sustentada así:

“Lo anterior no significa que los principios del derecho penal se apliquen exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias importantes. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física u otros valores de tal entidad, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones que tienen determinados deberes especiales. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero operan con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal¹². ”

Como se observa, la Corte ha fundado la flexibilización en la aplicación de las garantías propias del derecho penal a otros ámbitos sancionatorios en tres consideraciones básicas: (i) la entidad de los bienes jurídicos afectados con la conducta infractora; (ii) la afectación más intensa que la respuesta punitiva penal tiene sobre derechos fundamentales como la libertad y otros de similar entidad, a diferencia de lo que ocurre con otras disciplinas sancionatorias que tienen consecuencias menos lesivas para el individuo; y (iii) el carácter general de los mandatos del derecho penal dirigidos a regular la vida en sociedad, en tanto que los otros sistemas sancionatorios tienen ámbitos específicos de regulación, que involucran destinatarios con deberes específicos¹³”.

⁸ Sobre la extensión de garantías del derecho penal a otras formas sancionatorias se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-827 de 2001; C-948 de 2002; 530 de 2003; 796 de 2004; 233 de 2002. Esta doctrina se ha fundado no solamente en el desarrollo del texto constitucional que explícitamente extiende las garantías del debido proceso penal a toda clase de actuaciones administrativas, sino a la doctrina que ya había desarrollado la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía control de constitucionalidad. Cfr. Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983. MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994. MP Antonio Barriera Carbonell.

⁹ Cfr. Sentencia C- 827 de 2001, MP. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰ Sentencia C-1161 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-195 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-244 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-280 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-827/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis S.V. Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

¹² Al respecto, ver sentencia C-597 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado, entre otras, por la sentencia C-827 de 2002, MP Álvaro Tafur Galvis.

¹³ Cfr. C 708 de 1999 y C- 948 de 2002.

En el mismo sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia fechada 22 de octubre de 2012, ya citada en este proveído, señaló:

“La imposición de una sanción administrativa amerita de la autoridad que realice una constatación de que el comportamiento en que incurrió quien es objeto de castigo es típico, antijurídico y culpable. Ya la Sala indicó líneas atrás que se trata de aplicar principios comunes al derecho público, por lo tanto no exclusivos del derecho penal. Esta circunstancia permite del operador un trabajo hermenéutico adecuado para la sistematización del derecho administrativo sancionatorio, ya que en su labor debe tener en cuenta que el artículo 29 de la Constitución quiere otorgar garantías al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo confiado a las autoridades administrativas aspecto que debe conjugarse con los intereses generales que son confiados a los aparatos administrativos para su gestión, puesto que el castigo no deja de ser un instrumento adicional para garantizar la legalidad en un sector administrativo determinado.

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

Así, se ha decantado por la jurisprudencia vernácula que para el válido ejercicio de la facultad sancionatoria en materia contractual, se requiere que la administración respete los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad¹⁴; esto es, la conducta que da lugar a la imposición de la sanción debe estar previamente establecida como falta, debe tratarse de un comportamiento activo u omisivo que constituya incumplimiento de las obligaciones contractuales y finalmente, que tal comportamiento se hubiere cometido por dolo o culpa del contratista.

En cuanto a la tipicidad, si bien se encuentra establecida como una garantía formal, en virtud de la cual la falta y la correspondiente sanción deben estar previamente definidas, bien sea en la ley, el reglamento, incluso, en el contrato, tal como lo posibilita el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido oportunidad de precisar el alcance del principio de tipicidad, de la siguiente manera¹⁵:

“Teniendo en cuenta que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia del ordenamiento jurídico, esta obligación se predica, igualmente, frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado, pues para la consecución de los distintos fines dispuestos por la Constitución, es necesario que las conductas públicas se adecuen y ejerzan obedeciendo la ley, esto es, respetando las competencias definidas por la normatividad.

En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad.

Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil.

¹⁴ En sentencia del 22 de octubre de 2012, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida dentro de la radicación número 05-001-2324-000-1996-00680-01, señaló: “En otros términos, principios como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son propios del derecho público por lo que las elaboraciones que se utilizan del derecho penal deben ser relativizadas para responder a principios como la eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía, consagrados en el artículo 209 de la Constitución”.

¹⁵ Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el ius puniendi del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad.

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma -por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley -bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa -salvo excepciones¹⁶-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

Obsérvese cómo el “principio de legalidad” -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

En todo caso, tampoco cabría decir que como “el contrato es ley para las partes”, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 al pie de la letra, pues esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico sea una Ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes”.

A su turno, la antijuridicidad que se exige para las infracciones contractuales que dan lugar a la imposición de multas, al igual que como ocurre en el derecho administrativo sancionatorio, se configura por el simple incumplimiento de la norma y la potencialidad del comportamiento de afectar de cualquier manera la ejecución del objeto contratado, esto es, no se requiere que efectivamente se afecte la ejecución del mismo.

¹⁶ En este sentido, la Ley 828 de 2003, contempla de forma directa la imposición de multas a efectos de controlar la evasión frente al sistema de seguridad social, al respecto dispone:

“ARTÍCULO 5o. SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Las autoridades o personas que tengan conocimiento sobre conductas de evasión o elusión, deberán informarlas en forma inmediata al Ministerio de la Protección Social tratándose de pensiones o riesgos profesionales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Sena, ICBF o a la Superintendencia Nacional de Salud. El Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud o la autoridad competente según el caso dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la queja, correrán traslado al empleador o trabajador independiente responsable, quien deberá acreditar el pago o la inexistencia de la obligación que se le imputa en un plazo de treinta (30) días. En el evento en que no se acredite el pago en el plazo mencionado, existiendo obligación comprobada y no desvirtuada, el Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud, según sea el caso, impondrá las sanciones previstas en la ley, que tratándose de multas, no podrán ser inferiores al cinco por ciento (5%) del monto dejado de pagar. (...)”

“ARTÍCULO 8o. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN.
(...)”

“Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones que debe imponer tanto la Superintendencia Nacional de Salud o quien haga sus veces como el Ministerio de la Protección Social, al empleador y al afiliado que no entregue la documentación. Las multas por el incumplimiento a este deber podrán llegar a los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, graduados conforme la gravedad de la infracción y será destinada a subsidiar la cotización en salud de los cabeza de familia desempleados en los términos y condiciones que determine el Gobierno Nacional. (...)”

“ARTÍCULO 9o. El párrafo 3 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 quedará así: Registro único de proponentes. Para realizar la inscripción, modificación, actualización o renovación del registro único de proponentes, las Cámaras de Comercio deberán exigir prueba del cumplimiento de las obligaciones parafiscales. Las personas jurídicas probarán su cumplimiento mediante certificación expedida por el revisor fiscal o en su defecto por el representante legal; las personas naturales mediante declaración juramentada. En caso de que la información no corresponda a la realidad, el Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud impondrá una multa de diez (10) a treinta (30) salarios mínimos legales vigentes al revisor fiscal o representante legal firmante sin perjuicio del pago que deban hacer por los aportes que adeuden. El valor de la multa en lo que respecta al Sistema General de Seguridad Social en Salud será destinado a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.” (Negrilla fuera del texto)

Por otro lado, la culpabilidad requiere que la conducta típica y antijurídica (acción u omisión) sea imputable al contratista, para lo cual ha de efectuarse un juicio de reproche en virtud del cual pueda constatarse si el contratista podía o no obrar de manera diferente a como lo hizo, para luego, si analizarse si el comportamiento se realizó con dolo o culpa, pues ciertamente el artículo 29 de la Constitución a la vez que consagra la presunción de inocencia, proscribire la responsabilidad objetiva.

En la sentencia del 22 de octubre de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado, citando a James Goldschmidt, con gran tino precisó que el análisis de la culpabilidad comprende tres elementos a saber:

“1. La imputabilidad, toda vez que debe establecer que el sujeto pasivo del poder punitivo tiene la capacidad de responder; 2. La relación psíquica entre el administrado sobre el que recae la sanción y el hecho descrito como infracción administrativa. En otros términos debe establecer la intención y determinar si se actuó a título de dolo o culpa, y; 3. La no existencia de supuestos facticos que excluyan la responsabilidad”.

Por ende cuando la administración, luego de adelantar un procedimiento administrativo, decide sancionar al contratista, debe respetar el debido proceso, el derecho de defensa, contradicción y la presunción de inocencia, razón por la cual está obligada a motivar adecuada y suficientemente la decisión (acto administrativo) que impone la multa, esto es, debe analizar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta del contratista. Así la jurisprudencia en cita, ha señalado que *“la autoridad administrativa la carga de probar cada uno de los elementos que conforman la infracción, es decir, los hechos imputados y el grado de culpabilidad con el cual se actuó. Este aspecto debe verse perfectamente reflejado en el elemento motivación del acto administrativo que impone la sanción a través del análisis conjunto de los diferentes medios probatorios que se hayan aportado o recaudado en el procedimiento”*. En esa misma providencia, se destaca que la declaratoria de responsabilidad sancionatoria, recae en mayor medida en comportamientos culposos, al señalar:

*“Al ser la culpa el centro gravitacional de la construcción del elemento subjetivo del ilícito administrativo, se puede concluir que la declaratoria de responsabilidad sancionatoria se obtiene como regla general de la constatación de la violación del deber objetivo de cuidado, de allí que aquello que más se castiga sean comportamientos imprudentes (acciones positivas que implican sobrepasar el contenido de las obligaciones contenidas en la legalidad administrativa. Se trata de extralimitaciones), negligentes (contrarios a la diligencia que se demanda en cada caso concreto a través de un dejar hacer o del incumplimiento de alguna de las obligaciones que sirven de límite a su actuar) o imperitos (desconocimiento de las normas y reglas que rigen la actividad y profesión en la que se desenvuelve el individuo)”*¹⁷.

*En consecuencia, la infracción administrativa no solo puede concebirse como una “acción psíquicamente determinada y valorada moralmente, sino de relevancia social estimable. Por lo que a los factores psicológicos y éticos de su genética, hay que añadir los de matriz sociológico... (...) En la culpa son perfectamente visibles tales factores exógenos, tantas veces decisivos en la materia, sobre todo en las concepciones normativas de culpabilidad que son consecuencia en lo jurídico”*¹⁸.

*Así, se exige que el individuo se comporte en sociedad de una manera ajustada a derecho y que tenga un obrar diligente, de forma tal que cuando se realiza una conducta imprudente, imperita o negligente ésta debe reprocharse por que no solo denota el carácter asocial del sujeto sino porque además coloca en entredicho exigencias que son acuerdos mínimos para la vida colectiva”*¹⁹. Esto último es determinante, pues lo temerario o descuidado cambia según las circunstancias históricas y técnicas de una sociedad, de forma tal que la forma en como se aprecia la velocidad al manejar no es la misma a como se hacía cuando el automóvil apenas hacía su aparición.

*Las exigencias mínimas en el ámbito de lo administrativo se concretan en la estipulación de deberes y en el establecimiento de prohibiciones, de allí que el comportamiento culposo conlleve el incumplimiento de un contenido obligacional”*²⁰ que, en la mayor parte de los supuestos, se desprende de normas generales (leyes,

¹⁷ Cfr. GIL BOTERO, Enrique. La Responsabilidad Médica Derivada de los Actos Administrativos en el Sector Salud. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012. Pág. 93 y ss.

¹⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Derecho Penal de la Culpa. Imprudencia. Barcelona, Editorial Bosch. Pág. 128 y ss.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

reglamentos y actos administrativos generales), de decisiones administrativas individuales, particulares y concretas (el contenido de una licencia) o de acuerdos de voluntades...".

Desde luego, lo dicho no significa que el acto administrativo deba rotular todos y cada uno de los elementos anteriormente expuestos, basta que de su contexto se infiera que se efectuó tal análisis, pues se reitera la exigencias jurisprudencialmente aceptadas en el campo del derecho administrativo sancionatorio no poseen el mismo peso o grado de restricción que el previsto para el derecho penal propiamente dicho.

Huelga señalar que de manera reciente, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, consagró el procedimiento que deben seguir las entidades públicas para, entre otros aspectos, imponer multas pactadas contractualmente, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 86. 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:*

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".

La norma en cita prevé que una vez la entidad pública tenga conocimiento de un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el cual puede ser de cualquier clase (grave, leve, continuo o discontinuo, pues no hace diferenciación alguna), debe proceder a elaborar una citación y poner de presente al contratista los hechos que sirven de fundamento, las normas o cláusulas contractuales presuntamente violadas, las eventuales sanciones a imponer, las pruebas que se harán valer (que debe ser un informe de interventoría o de supervisión), la fecha y hora en la cual se llevará a cabo la audiencia en

la cual se ha de discutir y controvertir los fundamentos de la citación y de igual manera citará al garante, en caso de existir póliza o seguro de cumplimiento.

Durante el desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad pública contratante o su delegado, debe exponer las circunstancias de hecho, las normas o cláusulas contractuales probablemente violadas y las consecuencias o sanciones previstas e inmediatamente otorgará el uso de la palabra al contratista o a su representante, al igual que al garante si lo hubiere, quienes podrán presentar las explicaciones que estimen pertinentes, aportar pruebas y controvierta las que sirvieron de base a la citación, si es necesario se puede disponer la suspensión de la audiencia para la práctica de pruebas, debiéndose señalar la fecha y hora en que se continuará la misma; concluida la intervención del citado y del garante, mediante acto administrativo motivado, el jefe de la entidad o su delegado deberá decidir si hay o no lugar a la imposición de la multa, decisión que será notificada en estrados y contra la cual únicamente procede el recurso de reposición que debe interponerse, sustentarse y decidirse en la audiencia.

También prevé la disposición que la entidad pública contratante puede disponer la terminación del procedimiento en cualquier momento, si por cualquier medio tiene conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento. En este punto debe destacarse que no es un imperativo para la entidad la de hacer cesar el procedimiento si el contratista pone fin a los hechos que sirvieron de fundamento para la citación a la audiencia, pues el legislador empleó la expresión “*podrá*”, que desde luego implica el carácter discrecional de la decisión de terminar el procedimiento.

Lo probado en el proceso

De las copias del contrato de concesión número 007 del 11 de marzo de 1993 y sus diferentes otro si y contratos adicionales, se desprende que las partes del contrato pactaron las siguientes cláusulas relevantes:

Respecto de las obligaciones del concesionario, en los numerales 1, 2, 5 y 6 de la cláusula tercera el Consorcio TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A-INCICON S.A., hoy INTERASEO S.A. E.S.P., se comprometió a lo siguiente: Mantener limpio el Distrito de conformidad con los términos del contrato y el reglamento de la concesión; prestar los servicios de recolección, barrido y limpieza de las áreas públicas y los especiales de limpieza establecidos en el reglamento de la concesión; barrer y limpiar en forma manual o mecánica las vías, plazas, parques y playas públicas, transportando los desechos recogidos hasta el lugar de disposición y descargándolos en éste y cumplir el reglamento de la concesión; por su parte entre las obligaciones de ESPA, el numeral 4 de la cláusula cuarta, señaló que le competía la supervisión de la ejecución del contrato y en especial de la prestación del servicio de aseo prestado por el concesionario.

En cuanto a los equipos destinados a la prestación del servicio, la cláusula décima primera señaló que el concesionario se obligaba a utilizar en la concesión todos los equipos que sean necesarios para garantizar una eficiente, oportuna y adecuada prestación del servicio de aseo a los usuarios, debiendo someter a mantenimiento periódico los mismos con la frecuencia y alcance necesarios para que se mantenga siempre la óptima calidad del servicio.

Debe destacarse que en la cláusula décima sexta, se plasmó que la ESPA de manera directa por medio de su personal o por conducto de terceros contratados, debe verificar el cabal desarrollo y ejecución del contrato, siéndole asignadas a la interventoría las siguientes funciones: Constatar el cumplimiento de todas las obligaciones del concesionario, solicitarle efectuar todos los correctivos que sean pertinentes y verificar que los mismos se adopten oportunamente; supervisar el buen funcionamiento de la maquinaria y equipo asignados por el concesionario al desarrollo del objeto del contrato; supervisar la calidad de los servicios prestados; ordenar la no salida de personal o equipos al servicio, cuando a su

solo juicio éstos no se encuentren en condiciones de prestar debidamente el mismo, la interventoría comunicará verbalmente la decisión al coordinador de las operaciones del concesionario y sustentará su decisión por escrito dentro de las 24 horas siguientes al anuncio verbal, comunicar al concesionario las deficiencias y ordenar las correcciones y repaso que sean del caso.

En la cláusula vigésima se plasmó el catálogo de conductas que darían lugar a la imposición de multas por parte de ESPA, en caso de incumplimiento de todas o algunas de las obligaciones a cargo del concesionario o demoras en su cumplimiento, a menos que el concesionario demostrara que el incumplimiento o demora obedeció a hechos de caso fortuito o fuerza mayor. Dentro de las conductas señaladas se destacan las contenidas en los numerales 22 y 24, que disponen lo siguiente:

“22. Mantenimiento inadecuado del equipo del concesionario hasta 3 SMLM por cada caso” y,

“24. Utilización del equipo sin los respectivos permisos o seguros hasta por 1 SMLM por cada caso”.

Las copias autenticadas de la licitación pública número 001-93 *“Concesión del servicio de aseo para la recolección de basuras, barrido y limpieza de áreas públicas, transporte y descarga de las basuras en el sitio de su disposición final y manejo del relleno sanitario”* contiene en su capítulo V el reglamento de la concesión, a cuya observancia se comprometió INTERASEO S.A., E.S.P., en el numeral 5.3.2 señala las características especiales de los vehículos destinados a la prestación del servicio, y sobre el particular dispone:

“Los vehículos, la maquinaria o el equipo que se destinará a la prestación de los servicios deberán satisfacer los siguientes requisitos mínimos:

(...)...

Durante toda la vigencia del contrato de concesión los vehículos, la maquinaria y en general todo el equipo rodante deberá permanecer en óptimas condiciones mecánicas, técnicas, de pintura y de presentación general so pena de incurrir en las sanciones previstas para este tipo de anomalías.

(...)...”.

En el apartado 5.3.8 normas colombianas, se previó que:

“Todos los equipos deberán estar permanentemente a paz y salvo por todos los tributos de carácter nacional o territorial. El conductor mantendrá en el vehículo copia de la tarjeta de propiedad y el respectivo seguro obligatorio. El vehículo deberá tener en un lugar visible el certificado de movilización”.

Conforme a la prueba documental arrimada al proceso junto con la demanda, concretamente las copias de la actuación administrativa que contiene el procedimiento sancionatorio contractual desplegado por la Empresa de Servicios Público de Aseo del Distrito de Santa Marta, que corre de folios 44 a 213 del cuaderno principal y del folio 1 a 164 del cuaderno de pruebas, se tiene plenamente acreditado lo siguiente:

Que mediante oficio número 186 del 5 de abril de 2012, el señor MANUEL ARRIETA RODRIGUEZ, Jefe de interventoría de la ESPA, informó al señor MAURICIO MURIEL ESCOBAR Jefe de Operaciones de INTERASEO S.A. E.S.P., que el día 4 de abril del citado año, se revisaron los documentos del vehículo barredora mecánica 7407 constatando que el certificado de revisión tecnomecánica se encuentra vencido desde el 11 de marzo de 2011, razón por la cual **no se permitió** la salida del mismo, puesto que este opera dentro del perímetro urbano de la ciudad y por tanto debe dar cumplimiento a lo exigido por las autoridades de tránsito y a lo estipulado en el contrato de concesión. De igual manera se le requiere para tener actualizada la documentación de los vehículos en su totalidad.

Mediante oficio fechado 10 de abril de 2012, el Director de Operaciones de INTERASEO S.A. E.S.P., señala al Jefe de interventoría de ESPA que efectivamente la documentación de la barredora número interno 7407 está vencida, pero que se están haciendo trámites ante los centros de diagnóstico automotriz de la ciudad, por cuanto algunos argumentan no tener equipos para la valoración técnico operativa de las barredoras.

El 19 de julio de 2012, el Supervisor de Área ADALBERTO LOPEZ FUENTES, remitió al señor MANUEL ARRIETA RODRIGUEZ, Jefe de Interventoría de la ESPA informe de inspección, en el cual relata que después de realizar una inspección y seguimiento el 19 de julio siendo las 8:32 PM, pudo evidenciar que a la barredora mecánica con número interno **7403** no le funcionaba la banda transportadora y por ello el barrido era deficiente al punto de no notarse la operación y además no poseía el certificado de tecnomecánica actualizado.

Mediante oficio JDI-061-12 del 23 de julio de 2012, el jefe de Interventoría de la ESPA, le notifica al Director de operaciones de INTERASEO S.A. E.S.P., a instancia del informe de control de resultados del servicio que presentan diariamente los integrantes del sistema de inspección de la jefatura de interventoría, le notifica que estaría incurriendo en incumplimiento de las obligaciones contractuales y las consignadas en el reglamento de la concesión, por lo cual se da inicio al procedimiento sobre deficiencias del concesionario establecida en la cláusula 22 del contrato de concesión 007 del 11 de marzo de 1993 conforme a las causales de imposición de multas previstas en los numerales 22 y 24 de la cláusula 20 de dicho contrato, por lo cual dispone del término estipulado en los numerales 1, 2 y 3 de la cláusula 22 del contrato de concesión para efectuar las correcciones de las deficiencias detectadas, para lo cual se le anexa el informe del supervisor de interventoría al igual que un cd con video.

Por oficio número JDI-062 del 23 de julio de 2012, el jefe de Interventoría de la ESPA pone en conocimiento del director de operaciones de INTERASEO S.A.E.S.P., que luego de haber recibido notificación de un supervisor del área de interventoría, pudo evidenciar llegando al lugar de los hechos la pésima condición en la que se encontraba la barredora mecánica de número interno 7403, que fue enviada a realizar las actividades de barrido a pesar de conocer los problemas mecánicos que presentaba, pues en días anteriores se le había informado verbalmente a la persona encargada del mantenimiento mecánico del parque automotor de la concesión, siendo esa la principal razón por la cual el equipo presta un servicio deficiente acumulando y arrastrando los residuos en la vía, además al solicitársele la documentación del vehículo se constató que no poseía el certificado técnico mecánico que es obligatorio para todos los vehículos que circulan en el perímetro urbano de la ciudad.

Por oficio número JDI-064-12 del 10 de agosto de 2012 el Jefe de Interventoría de ESPA solicitó al Director de Operaciones de INTERASEO S.A. E.S.P., copia del libro de registros de entrada y salida de vehículos de la nueva base operativa con fecha y hora, entre el 1 al 31 de julio de 2012.

La señora Gerente de la ESPA remitió el 29 de agosto de 2012 al gerente de INTERASEO S.A. E.S.P., el oficio número 00000881 por medio del cual se le convoca para el 5 de septiembre de 2012, a audiencia de trámite sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por los hechos expuestos por el Jefe de Interventoría de ESPA, que encuadró en los numerales 22 y 24 de la cláusula 20 del contrato de concesión 007 de 1993, que las sanciona con multa hasta por 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes; para lo cual se le anexa copias de los siguientes documentos: Oficio 186 del 5 de abril de 2012 librado por ESPA, oficio del 10 de abril emanado de INTERASEO, escrito de radicación externa 688 recibido el 24 de julio de 2012 Por el cual se notifica a INTERASEO de la deficiencias en el servicio, informe del supervisor de área, copia de un disco compacto con el video de los hechos, informe del jefe de Interventoría, copias del libro de registro de entradas y salidas de los vehículos de INTERASEO.

El Gerente de ESPA mediante oficio número OFG-709-12 del 4 de septiembre de 2012, informó al Gerente de INTERASEO S.A. E.S.P., que la audiencia programada para el día 5, se aplazó para el 12 de septiembre a las 10:00 AM, en la gerencia de la ESPA.

El día 12 de septiembre de 2012, en las instalaciones de la gerencia de la ESPA se llevó a cabo la audiencia de trámite administrativo sancionatorio contractual, a la cual asistieron el gerente de la ESPA, el Jefe de Interventoría de la ESPA, el Supervisor de Área de la ESPA, el apoderado de INTERASEO S.A. E.S.P., y el delegado de la Alcaldía Distrital de Santa Marta. Luego de efectuarse la lectura de los hechos que dieron lugar al inicio del trámite que fueron puestos en conocimiento del contratista mediante el oficio número 00000881 del 29 de agosto de 2012, se hizo la presentación de un video; luego el Gerente de ESPA explicó que los cargos imputados al contratista por el presunto incumplimiento del contrato de concesión se fundamentan en la comunicación leída en la audiencia, al igual que sus anexos en los cuales figura el video exhibido; seguidamente se corrió traslado de los cargos al apoderado de INTERASEO S.A. E.S.P., quien procedió a suministrar las explicaciones que consideró pertinentes. Luego de disponerse un receso en la diligencia para examinar los descargos, se reanudó la diligencia y se dio lectura a la resolución número 084 por medio de la cual se impuso sanción de multa al contratista. Con el uso de la palabra el apoderado de INTERASEO S.A. E.S.P., formuló y sustentó recurso de reposición, en el cual solicita se revoque la sanción impuesta. Mediante resolución número 085 del 12 de septiembre de 2012, notificada en estrados en la misma fecha, la Gerencia de la ESPA resolvió el recurso de reposición confirmando en todas sus partes la resolución número 084.

De los hechos probados, a los cuales se ha hecho alusión confrontados con la normatividad legal y contractual citada, se concluye lo siguiente:

Que por parte de la interventoría de la ESPA, desde el mes de abril de 2012 se había advertido al jefe de operaciones de INTERASEO S.A. E.S.P., que los vehículos en su totalidad debían tener al día toda su documentación; en especial se destaca lo acontecido con la barredora mecánica 7407 que por presentar el certificado de revisión tecnomecánica vencido desde el año 2011, se le prohibió su salida a prestar el servicio; luego, si ello es así, se tiene que ante el vencimiento de los certificados de revisión tecnomecánica, la posibilidad de movilización de la maquinaria o vehículos destinados a la prestación del servicio estaba supeditada a la previa autorización o permiso del interventor.

También puede concluirse que la actuación administrativa sancionatoria se cifió estrictamente al procedimiento previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, pues se inició a instancia de la ESPA, atendiendo para ello los informes suministrados por el supervisor del contrato, que dicho sea de paso, es un funcionario de la entidad contratante, quien el 19 de julio de 2012 en horas de la noche procedió a filmar el recorrido de la barredora mecánica número 7403, constatando que el barrido efectuado resultaba deficiente por presentar averías en la banda transportadora, constándose además que el certificado de revisión tecnomecánica de la misma se encontraba vencido, razón por la cual al elaborarse la citación para la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, se señalaron las normas presuntamente infringidas, la correspondiente sanción, se explicaron los hechos relevantes que servían para efectuar el proceso de adecuación típica conforme a las cláusulas contractuales acordadas entre las partes.

En efecto, de acuerdo con el contrato de concesión y el reglamento de la misma, el concesionario estaba obligado a mantener durante el desarrollo del contrato los vehículos y maquinarias destinadas a la prestación del servicio de aseo y recolección de basuras en óptimas condiciones mecánicas y técnicas, a paz y salvo con los tributos, estaba obligado a llevar a bordo copia de la tarjeta de propiedad y el seguro obligatorio de accidentes de tránsito y además portar en un lugar visible “*el certificado de movilización*”, empero, como este último consistía para la época de suscripción del contrato 007 de 1993 en “*el comprobante de revisión técnico-mecánica que obra como garantía del buen estado de un vehículo automotor que moviliza personas y/o bienes*”, acorde con lo decantado por la

Corte Constitucional en sentencia C-312 de 1994, desde luego tal requisito en los actuales momentos debe entenderse se refiere a portar el certificado de revisión técnico-mecánica vigente; si ello no tenía ocurrencia, como también sucedió en el caso de la barredora mecánica número 7403, el interventor conforme al Contrato y el reglamento de la Concesión, estaba facultado para prohibir el uso de los vehículos o maquinarias cuya documentación no se encontraran al día, luego poco o nada interesa en esta contención que el Código de Tránsito Terrestre no asigne al certificado de revisión técnico mecánica el carácter de “*licencia*” o de “*permiso*”, pues para los efectos de las obligaciones contractuales adquiridas por INTERASEO, era una exigencia contar con toda la documentación en regla, pues de lo contrario el interventor o supervisor del contrato podía impedir que ese vehículo o maquinaria pudiese prestar el servicio, debe recordarse que el principio de legalidad y su colorario de tipicidad, no posee el mismo rigorismo en materia administrativa que en la penal, y si ello es así, como en efecto lo es, el comportamiento imputado resultaba, no solamente típico, sino también antijurídico y culpable, pues INTERASEO S.A. E.S.P., consciente de las obligaciones contractuales que libremente aceptó, podía dirigir su comportamiento de manera diversa a como actuó: esto es, pudo perfectamente procurar la realización de la revisión técnico mecánica en un centro de diagnóstico automotriz de otra ciudad que contara con la tecnología adecuada para cumplir tal cometido, pues era conocedora del vencimiento del precitado certificado y de la imposibilidad de que la revisión se adelantara en la ciudad de Santa Marta, por lo menos desde el mes de abril de 2012, sin embargo, nada hizo para subsanar tal falencia, pudiendo mientras tanto abstenerse de utilizar la barredora mecánica 7403 hasta tanto se subsanara la falencia relacionada con la documentación y con el inadecuado funcionamiento de la banda transportadora, pero contrario a ello, de manera negligente optó por emplear por lo menos en una ocasión (el 19 de julio de 2012) la citada barredora mecánica para labores de limpieza, así lo reconoció expresamente el operario conductor en el video que hace parte integral del informe de interventoría al señalar que el problema con la banda transportadora era recurrente y había sido puesto de presente al jefe de operaciones de INTERASEO, sin que se hubiere reparado adecuadamente la misma. inobservando con ello el reglamento de la concesión, en este punto recuérdese que la modalidad culposa puede obedecer también a la inobservancia de reglamentos.

Para este despacho, conforme se examinó líneas atrás, si bien es cierto la aplicación de entre otros, los principios de tipicidad y de culpabilidad son predicables de toda actuación sancionatoria confiada a la Administración, ello no implica que deba efectuarse una aplicación idéntica a la que realiza el derecho penal. Cuando la jurisprudencia vernácula exige que la administración efectúe el juicio de reproche tendiente a constatar que pese a que el contratista podía obrar de manera diferente a como lo hizo para entrar a valorar si el comportamiento asumido se realizó con dolo o culpa, tal examen debe estar insito en la motivación del acto administrativo sancionador “*a través del análisis conjunto de los diferentes medios probatorios que se hayan aportado o recaudado en el procedimiento*”, del cual debe evidenciarse la violación objetiva del deber de cuidado por parte del contratista incumplido, que puede obedecer a su imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, precisamente en la motivación de los actos administrativos aquí enjuiciados figuran tales elementos.

Basta observar la página 6 de la resolución número 084 del 12 de septiembre de 2012, en cuya parte motiva frente al elemento subjetivo (Aunque no se hubiere rotulado), se expuso:

“Aunque lo planteado por el abogado de INTERASEO S.A. E.S.P., viene a plantear que la barredora mecánica No. 7403 al momento de ser encontrada con mal funcionamiento y sin acreditar la certificación de revisión tecnomecánica; no estaba prestando el servicio, éste mismo argumento contraría plenamente lo expuesto y exhibido en la audiencia, toda vez, que el operario de INTERASEO S.A. E.S.P., manifiesta que fue enviado a trabajar con la máquina a pesar de que tenían conocimiento de las condiciones del vehículo, por consiguiente, no es acertado lo planteado por INTERASEO S.A. E.S.P., en audiencia, máxime cuando nunca fue notificada a la empresa ESPA de las modificaciones desplegadas por la empresa concesionaria que consiste en el reemplazo del barrido mecánico por el barrido manual”.

A más de lo anterior, en la páginas 3 y 4 de la resolución número 085 de la misma fecha, por la cual se desató el recurso de reposición incoado por la demandante, frente al examen del aspecto subjetivo, se discurrió de la siguiente manera:

"En los contratos onerosos, que son aquellos que implican prestaciones en beneficio recíproco, las partes responden hasta por culpa leve, así prevé el artículo 1064 del Código Civil, que dispone:

ARTICULO 1064. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR. *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes. (Se enfatiza).

Que la culpa leve, según la definición contenida en el artículo 63 del C.C., consiste en la "falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios", y ha quedado claramente demostrado, como la misma empresa concesionaria lo acepta, que incurrió en este tipo de descuido.

"ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. *La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

Que bajo la normatividad antes descrita, no es dable manifestar que no se evidencia culpabilidad por parte de INTERASEO S.A. E.S.P., a la luz de los hechos relatados por el jefe de interventoría de la E.S.P.A., y soportados con informes de terreno y video exhibidos en la audiencia, máxime cuando el contratista estatal experto, en este caso INTERASEO S.A. E.S.P., tiene conocimiento de lo estipulado en el contrato de concesión, el cual data de 1993, luego no es admisible el argumento relativo a que la E.S.P.A., debía notificarle previamente sobre la realización de la interventoría acerca del cumplimiento del contrato.

Que un argumento en este sentido equivale a decir que el Estado contratante está en la obligación de reiterarle al contratista que debe cumplir el contrato al que éste se obligó.

Que con todo, es dable recordar que mediante oficio de fecha 9 de abril del presente año, el suscrito por el jefe de interventoría de la E.S.P.A., requirió al concesionario acerca del cumplimiento del contrato, en cuanto a las condiciones técnicas y mecánicas de los vehículos con que presta el servicio de aseo; es más, ni siquiera era necesario citar esta audiencia, como quiera que el mismo contrato prevé las reglas para evaluar el eventual incumplimiento por parte del contratista, procedimiento aún más sumario que el que se aplicó al efecto".

De lo anterior se sigue, contrario a lo afirmado por la sociedad demandante, que la E.S.P.A., procedió al análisis de elementos de prueba recaudados y a partir de los mismos expuso de manera clara las razones para imponer la multa, a pesar que efectivamente no se

observa que se hubiere rotulado un acápite denominado culpabilidad o tipicidad, el contenido del acto no deja lugar a equívocos que tal valoración ciertamente se efectuó, desde luego no con la misma rigurosidad propia del derecho penal, pero sí con la mínima requerida para los procedimientos administrativos sancionatorios, tal como lo ha decantado la jurisprudencia vernácula.

En cuanto al cuestionamiento relacionado con la eficacia probatoria del video que se proyectó en el desarrollo de la audiencia, el despacho debe destacar que las pruebas recopiladas a lo largo de la actuación administrativa, no dejan lugar a dudas que se trata de un documento representativo, a más que al haberse efectuado la filmación por un funcionario de la E.S.P.A., a quien correspondía efectuar las labores de supervisión del contrato para el área de interventoría, éste actuó en ejercicio de sus funciones, luego se trata de un documento público, del cual además se tiene certeza de la fecha de su elaboración (19 de julio de 2012); por manera que al tratarse de un documento público de naturaleza representativa, conforme a las normas procesales vigentes al momento de su elaboración, concretamente el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, se presume su autenticidad y por ende su eficacia probatoria, salvo claro está que se desvirtué la misma mediante tacha de falsedad, sin embargo, ni en el desarrollo de la actuación administrativa o durante el devenir de este proceso se formuló incidente de tacha de falsedad; tampoco es posible pensar que se vulneró alguna garantía fundamental durante la filmación, pues el funcionario de la E.S.P.A., efectuó la grabación en lugar público y en desempeño de sus funciones de supervisión, para lo cual bien podía apoyarse en medios tecnológicos.

Finalmente, sostiene la parte actora que a pesar de haberse solicitado la terminación del procedimiento por haber cesado la situación de incumplimiento, los actos administrativos nada señalaron al respecto, adoleciendo en consecuencia de motivación. Contrario a lo afirmado en la demanda, a lo largo de la actuación administrativa no logró demostrarse por parte de INTERASEO S.A. E.S.P., que se hubiere solucionado los problemas que presentaba la banda transportadora de la barredora mecánica 7403 con lo cual se efectuaba un barrido deficiente, pues no obra en el expediente prueba del visto bueno de la interventoría en tal sentido y si bien es cierto antes de proferirse la sanción, se logró obtener el certificado de revisión técnico mecánica, ello no obligaba a la administración a disponer la terminación del procedimiento, pues el literal d del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, emplea la expresión “*podrá*”, lo que desde luego pone de presente que quedaba a la discrecionalidad de la E.S.P.A., decidir si continuaba o no con el mismo, por tanto si optó por concluir el procedimiento a través de la imposición de una sanción, con fundamento en los hechos puestos de presente por la interventoría, debe concluirse que en todo caso, se actuó de manera proporcional a los mismos, pues debe recordarse que el ejercicio de la potestad sancionatoria contractual, con la cual se pretende efectivizar el control y vigilancia de la ejecución del contrato, tiene como objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones y cuando quiera que ha incumplido compelerlo a satisfacer la prestación parcialmente incumplida.

En virtud de las consideraciones expuestas, las suplicas de la demanda serán negadas pues no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos enjuiciados.

El despacho se abstendrá de imponer condena en costas en esta instancia a INTERASEO S.A. E.S.P., pues conforme a lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, en armonía con los artículos 164 y 167 ibídem, no existe en el proceso prueba de la causación de la mismas, pues no se logró demostrar que para ejercer su defensa, la entidad demandada incurrió en gastos.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

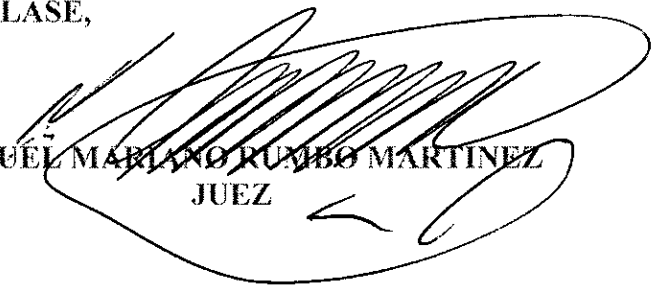
RESUELVE:

PRIMERO: Declarar imprósperas las excepciones propuestas Por la entidad demandada.

SEGUNDO: Negar las suplicas de la demanda.

TERCERO: Sin lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,


MANUEL MARIANO RUMBO MARTINEZ
JUEZ

