



Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **MAURICIO GONZALEZ CUERVO**

E.S.D.

1

Referencia: **Expediente número D-10626**. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial), de la Ley 1474 de 2011.

Actor: **FLAVIO EFREN GRANADOS**.

Asunto: **intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, identificado como aparece al pie de mi firma, vecino de Bogotá, dentro del término legal, según auto del 4 de febrero de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presento la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

NORMA DEMANDADA Y SUSTENTO

Se demanda de inconstitucionalidad parcial el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que hace referencia a la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, por parte de las entidades públicas dentro de un procedimiento administrativo de contratación; específicamente en la expresión: **“CUANTIFICANDO LOS PERJUICIOS DEL MISMO”**.

En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que constituye el Estatuto Anticorrupción de Colombia, contiene un acápite particular de regulaciones referidas al procedimiento sancionatorio, como expresión de las prerrogativas o potestades que tienen las entidades públicas dentro del trámite de contratación que efectúan; artículo que a la letra dice:

*“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”.

Norma que contiene una facultad precisa de cuantificación de perjuicios, en cabeza de las entidades públicas que han declarado el incumplimiento de un contrato público y que el actor demanda de inconstitucionalidad por los cargos que se relacionan y frente a los cuales realizó el pronunciamiento, previo las siguientes:

FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Desde la noción clásica de contrato administrativo, siempre se le han dado unas prerrogativas o potestades excepcionales a las entidades públicas para su intervención en el procedimiento administrativo de contratación, que se expresan en poderes públicos que las eximen de acudir ante la jurisdicción para tomar ciertas decisiones que permitan cumplir el fin que se persiguen con dichos contratos, pretendiendo solucionar las necesidades de la comunidad.

La finalidad primordial del Estado es la de buscar el bienestar de las personas y por esta razón, toda actividad que se encamine al cumplimiento de dicho fin, debe involucrar trámites especiales, de alguna manera distintos a los que realizan los particulares, en la medida que involucran intereses generales y la prestación de servicio público; de esta manera, los contratos constituyen una modalidad de actuación de las entidades públicas para el cumplimiento de los fines del Estado que en el artículo segundo constitucional consagra en los siguiente términos:

“ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Pero como el Estado no puede cumplir directamente todos sus fines, tiene que ayudarse de los particulares para lograrlo, lo cual hace a través de la celebración de contratos; que por tratarse de una finalidad especial, los mismos tienen unas regulaciones igualmente especiales, dentro de las cuales se encuentran el otorgamiento de beneficios, prerrogativas y poderes especiales a las entidades públicas, ya que la necesidad de servicio público involucrada en los contratos, se cumpla adecuadamente.

Por las anteriores circunstancias, es que se justifica el otorgamiento de las potestades excepcionales a las entidades públicas dentro del procedimiento de contratación; pero de todas maneras, dichas potestades cuando son otorgadas por el legislador como en el caso que nos ocupa deben someterse a las regulaciones constitucionales, que es lo que se cuestiona en el caso de la demanda del artículo 86 (parcial) de la Ley 1474 de 2011 y frente a lo cual nos vamos a referir.

2. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL SEÑALAMIENTO DE LAS NORMAS QUE SE CONSIDERAN INFRINGIDAS Y EL MOTIVO DE LA VIOLACIÓN

El actor considera violadas las siguientes normas de rango constitucional, por parte del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la expresión: “**CUANTIFICANDO LOS PERJUICIOS DEL MISMO**”:

1. En primer lugar hace referencia la violación del preámbulo de la Constitución, en la medida que se le está otorgando una ventaja excesiva a las entidades públicas, cuando se les permite que liquiden perjuicios como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de un contrato, ya que se les estaría concediendo mayores prerrogativas que a los contratistas, en la medida que éstos sí tienen que acudir al juez para que se les liquide algún perjuicio frente a la entidad pública.

La argumentación del actor no es acertada, por cuando la prerrogativa de liquidar el perjuicio a que hace referencia el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no viola de ninguna manera el preámbulo de la Constitución, en cuanto que no está afectado ninguna principio o postulado general constitucional consagrado en el mismo, que es a lo que hace referencia la normatividad superior; por esta razón, consideramos que el demandante no desarrolla adecuadamente el cargo, ya que transcribe el preámbulo de la Constitución, pero en el desarrollo del cargo, hace referencia a regulaciones previstas en artículo específicos de la Constitución, como el principio de igualdad, la justicia, la equidad entre otros. Por lo anterior, no

haremos pronunciamiento de fondo, ya que a continuación nos referiremos a los mismos.

2. Señala el actor que el artículo demandado de inconstitucionalidad, viola el artículo 13 constitucional que hace referencia al principio de igualdad, porque la situación de privilegio que se les otorga a las entidades públicas, se hace inequitativa y desmedida, en la medida que se da a la administración de cuantificar arbitrariamente los perjuicios en una declaratoria de incumplimiento y en general en la aplicación de sanciones al contratista.

La argumentación del demandante no es correcta, porque las ventajas que a través de las prerrogativas públicas se otorgan al Estado frente a los contratistas, devienen de la actividad y el fin que se persiguen con los contratos del Estado. En efecto, cuando se celebra un contrato se está frente a procedimiento administrativo, por esta razón, el mismo debe cumplir los principios previstos en los artículos 209 de la C.P., 3 del Código de Procedimiento Administrativo, 24 y siguiente de la Ley 80 de 1993, los cuales de una u otra manera justifican la existencia de ventajas de las entidades públicas frente a los contratistas, ya que con los mismos lo que se está desarrollando es procedimiento administrativo y en última instancia la prestación de servicio público por el Estado a través de sus contratistas.

En esta medida hay que ajustar dichos contratos a las especiales características de la función administrativa y el servicio público; circunstancias que involucran intereses generales y cumplimiento de fines del Estado, que de ninguna manera pueden tener un tratamiento idéntico a la actividad que desarrollan los particulares, como lo pretende hacer ver el actor; y las prerrogativas o ventajas otorgadas a las entidades públicas respecto al contratistas, son una expresión de la especialidad del procedimiento administrativo de contratación.

Todas las regulaciones de los contratos públicos, han sido uniformes en estipular prerrogativas de la Administración como una ventaja frente al contratista; como se puede evidenciar desde el Decreto 1679 de 1975, el Decreto Ley 150 de 1976, El Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y ahora la Ley 1474 de 2011, que sin constituir un estatuto contractual público, contempla regulaciones de contratos para prevenir al corrupción.

Pero si es justificado disponer poderes unilaterales de las entidades en los contratos, los mismos no pueden violar principios constitucionales como el que nos ocupa como es el de la igualdad; que en el presente caso no se viola, en la medida que la ventaja que se otorga a la administración, en primer lugar está justificada, por las nociones de función administrativa y de servicio público a que se ha hecho referencia; pero además, porque la supuesta ventaja se compensa con las obligaciones a que está sometida la entidad pública frente al contratista, las cuales se evidencian en el ejercicio adecuado de las mismas, la existencia de incumplimiento de los contratos por el ejercicio abusivo de las potestades excepcionales, lo que daría lugar a la indemnización plena de perjuicios a favor del contratista y la obligatoriedad de restablecer el equilibrio económico del contrato respecto del contratista cuando haya sido roto por el ejercicio de una prerrogativa pública.

Significa lo anterior, que el cargo debe ser negado en la medida que en ningún momento la norma demandada está violando el artículo 13 constitucional, porque el tratamiento de los contratos del Estado no puede ser idéntico al de los particulares; pues no se concibe que una entidad pública tenga que acudir al juez para declarar el incumplimiento de un contrato y solicitar la cuantificación de un perjuicio, cuando está obligada por el interés general, los fines del Estado y la necesidad de servicio público; pues muy difícilmente se cumplirían los mimos.

3. Expresa el demandante, que la norma acusada viola el artículo 29 constitucional, haciendo referencia que es el capricho de la administración el que va a determinar la liquidación de perjuicios por parte de la administración cuando declare un incumplimiento o imponga una sanción.

La argumentación es muy frágil, en la medida que el actor controvierte la norma de manera aislada y fraccionada, frente a las demás regulaciones del propio artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, la cuantificación del perjuicio es consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del contrato o de la imposición de una sanción; lo que significa que si esta parte de la norma es contraria a principios constitucionales con el de la igualdad, también lo serían las demás; pero no puede ser que dichas partes sean ajustadas a la Constitución y ésta no.

En el mismo sentido, no es cierto que la cuantificación del perjuicio sea caprichoso por la entidad pública, ya que el propio artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece el trámite para la declaratoria de incumplimiento y como el perjuicio es consecuencia de la misma, pues tiene que surtir el mismo trámite, que constituye una garantía del debido proceso y el derecho de defensa que fueron previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Significa lo anterior, que existe un trámite especial, previamente establecido para garantizar que la cuantificación del perjuicio no sea arbitraria; pero además se debe indicar, que la decisión que tome la entidad pública en dicho sentido, puede ser controvertida tanto en vía administrativa como judicial; lo que la aleja de la arbitrariedad y de la violación del debido proceso.

Por lo anterior, consideramos que el cargo tiene que ser negado

4. Agrega el actor, que la norma acusada viola el artículo 83 constitucional en el sentido que se estaría violando el postulado de buena fe; ya que la norma está autorizando al Estado que automáticamente una vez declarado el incumplimiento cuantifique los perjuicios.

No es cierto que las entidades públicas puedan cuantificar automáticamente los perjuicios como expresa el demandante, ya que el artículo 86 dice expresamente que se podrá declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios; pero para ello ha de cumplirse el trámite previsto en el propio artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que permite la participación del contratista en todo el trámite administrativo para ejercer su derecho de defensa.

En nuestro parecer, consideramos que el demandante está argumentando en contrario a lo que pretende que se declare con su solicitud, ya que no puede presumirse la mala fe de la entidad pública cuando determine un perjuicio como consecuencia de una declaratoria de incumplimiento, ya que la presunción debe ser al contrario, es decir que se debe presumir su buena fe.

El cargo no debe prosperar, es frágil la argumentación.

5. Culmina el actor diciendo que la norma viola el artículo 228 de la Constitución, que hace referencia que lo sustancial debe primar sobre lo formal y que en este caso al presumirse la cuantificación del perjuicio por el solo hecho declararse el incumplimiento se supera la órbita de presunción de legalidad de los actos administrativos y se lleva a la presunción de perjuicios.

La argumentación no es afortunada, pues nada tiene que ver la noción de presunción de legalidad de los actos administrativos con el caso que nos ocupa, porque en ningún momento la norma está haciendo referencia a la presunción de perjuicios, en la medida que ella misma exige su cuantificación, lo cual debe hacerse a través del debido proceso que el mismo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 prevé.

En ningún momento se prohíbe la participación del contratista, primero en la declaratoria de incumplimiento y segundo en la cuantificación del perjuicio; si esto sucediera sí se estaría violando el derecho de defensa y el debido proceso.

Consideramos que el cargo no debe prosperar.

SOLICITUD

En virtud de todo lo expuesto, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, solicita a la Honorable Corte Constitucional que declare la EXEQUIBILIDAD del aparte demandado del art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

De los honorable magistrados, atentamente,

J. KENNETH BURBANO VILLAMARIN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá
Calle 8 5-80 piso segundo. Tel. 3821046-48
www.unilibre.edu.co observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co
Cel. 3153465150. Bogotá, D.C. Colombia, Sur América.