

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz (E)

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación: 25000-23-15-000-2002-02053-01 (30.256)
Actor: Empresa de Vigilancia Santaferreña Ltda. y Coservicrea Ltda.
Demandado: Distrito de Bogotá-Secretaría de Tránsito y Transporte-FONDATT
Referencia: Controversias Contractuales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de diciembre de 2004, mediante la cual se decidió:

“PRIMERO.- DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

“SEGUNDO.- Sin condena en costas” (folio 208, cuaderno principal).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 2 de octubre de 2002, la Compañía de Servicios de Vigilancia Privada – COSERVICREA LTDA- y la empresa de Vigilancia Santaferreña Ltda., mediante apoderado judicial, presentaron demanda de controversias contractuales contra la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá-Fondatt, con la finalidad de que se acceda a las siguientes pretensiones:

“1. Se declare la nulidad de las resoluciones 999 de 19 de diciembre de 2001 por la cual se impuso al Consorcio una multa por valor de SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRECE PESOS (\$682.013) diarios y de la Resolución No. 192 de 22 de abril de 2002 por la cual se resolvió el recurso de reposición confirmando la multa.

“2. Como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad de la resolución No. 257 de 2 de julio de 2002 por la cual se liquidó el valor de la multa en la suma de SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS UN MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS (\$68.201.133 MCTE).

“3. Se restablezca el derecho de mis clientes condenando el FONDATT al pago a favor de éstos de SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS UN MIL CIENTO TREINTA

Y TRES PESOS (\$68.201.133 M/CTE), actualizados al momento del pago efectivo, valor que corresponde al pagado por el Consorcio por concepto de la multa impuesta.

“De manera adicional y sólo en el evento en que se interprete que la aplicación de los numerales siguientes no exige establecer para efectos de la responsabilidad, que las pérdidas deben ser imputables al contratista, según más adelante se explica, se solicita adicionalmente:

“4. Se declare la nulidad de los numerales 20 y 21 de la Cláusula Segunda del Contrato No. 020 de 2001 suscrito entre el FONDATT y el Consorcio VIGILANCIA SANTAFERREÑA LTDA. y COSERVICREA LTDA. y de los numerales 20 y 21 del numeral 4.2. del Pliego de Condiciones adicionados en el Adendo No. 2 proferido el 23 de febrero de 2001. Declaración con la cual también se soportarían las dos peticiones iniciales que en todo caso se mantienen” (folio 3, cuaderno 1).

2. Hechos de la demanda

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

2.1. Mediante Resolución No. 3 de 2001, el Fondo de Educación y Seguridad Vial-FONDATT- dio apertura a la licitación pública No. 1 de 2001, con el objeto de contratar ‘el servicio de vigilancia y seguridad privada para los inmuebles de los que el FONDATT es legalmente responsable’.

2.2. El 23 de febrero de 2001, se expidió un adendo que adicionó al Pliego de Condiciones las obligaciones del contratista contenidas en el numeral 4.2 en sus apartes 20 y 21, así: “20). En caso de reporte por parte del interventor acerca del daño, pérdida o sustracción de bien o bienes que hayan sido relacionados con el inventario entregado al contratista de conformidad con el numeral 6 de las presentes obligaciones, éste se obliga a reponer el bien o bienes por uno nuevo, o a pagar el valor que figure en el inventario entregado por el FONDATT. 21). El contratista se obliga a efectuar el pago o la reposición del bien o bienes dentro de los cinco días hábiles siguientes al requerimiento efectuado por el interventor del FONDATT, so pena de incurrir en incumplimiento del contrato con la consecuente imposición de las sanciones respectivas y sin perjuicio de las reclamaciones o acciones legales a que haya lugar.”

2.3 El consorcio constituido por los demandantes fue el adjudicatario del contrato, mediante resolución No. 010 del 13 de marzo de 2001. El 16 de marzo siguiente, se suscribió el contrato de prestación de servicios No. 020 de 2001, con el objeto “prestar el servicio de vigilancia y seguridad integral de los bienes muebles e inmuebles, valores

en general de propiedad de la entidad y de los que sea legalmente responsable, de conformidad con los pliegos de condiciones y la propuesta presentada dentro de la licitación No. 002 de 2001 por el contratista”.

2.4. Durante la ejecución del contrato, los funcionarios de la entidad informaron en varias oportunidades la pérdida de bienes a su cargo. Así, el 24 de septiembre de 2001, se reportó la pérdida de un teléfono digital; un mouse marca Hewlett Packard; el 4 de octubre se reportó la pérdida de un computador portátil Hewlett Packard; el 9 de octubre, se informó al interventor sobre inconsistencias entre el inventario de los bienes relacionados como existentes en el patio 4 y los que realmente se encontraban. En este informe se advirtió que la revisión es de carácter superficial, en consideración a que no fue realizado por técnicos en mecánica automotriz.

2.5. Al día siguiente de recibido el anterior informe, sin que se practicara un proceso para determinar la imputabilidad de las presuntas pérdidas, el interventor del contrato solicitó al contratista la reposición de los bienes faltantes o su valor en dinero. En relación con los faltantes del patio 4, requirió la suma de \$29'132.452. En este oficio, el interventor señaló que el contratista estaba incumpliendo sus obligaciones, pues no había repuesto los bienes sustraídos ni pagado su valor, razón por la que se debía dar aplicación a la cláusula de multas.

2.6. En oficio del 19 de noviembre de 2001, se le solicitó al Consorcio explicaciones del porqué no se habían repuesto o pagado los bienes extraviados. A lo que el contratista respondió que en lo relacionado con el computador se encontraba a la espera de la reclamación elevada ante la aseguradora o el juicio fiscal a que hubiera lugar.

2.7. Mediante Resolución 999 del 19 de diciembre de 2001, se impuso al Consorcio una multa por valor de \$682.013,00, diarios, por no haber procedido a reponer los bienes extraviados o haber cancelado su valor dentro de los cinco días siguientes al requerimiento del interventor. Los bienes son: un mouse, un teléfono digital, un computador portátil y partes de carros y motocicletas del patio 4.

2.8. El 28 de enero de 2002, el contratista interpuso recurso de reposición, aduciendo que no había incumplido las obligaciones del contrato y que no se había establecido la

imputabilidad de la pérdida de los bienes, ni determinado con certeza la cuantía de las pérdidas.

2.9. El 15 de enero de 2002, el FONDATT puso a disposición del contratista un peritazgo realizado por la firma Moto Servi, realizado el 4 de diciembre del año anterior al patio 4, señalando que el valor de los bienes a reponer es de \$148'226.300,00. En este informe algunos de los bienes relacionados en el oficio del 9 de octubre del año anterior ya no figuran como perdidos.

2.10. El 11 de abril de 2002, con participación del contratista y peritos se efectuó un nuevo dictamen sobre el patio 4, a efectos de establecer los faltantes y con la revisión de los inventarios, aparecen sólo dos de elementos de los relacionados en el oficio del interventor del 9 de octubre, y en ambos se lee que el bien aparece o que existe. Los demás bienes que figuran como perdidos no aparecen en el oficio del 9 de octubre, sino en el peritazgo entregado en enero, luego de impuesta la multa.

2.11. Mediante Resolución 192 del 22 de abril de 2002, el FONDATT confirmó la multa, por el incumplimiento del contratista en la reposición de los bienes perdidos.

2.12. En oficio del 7 de mayo de 2002, el interventor del contrato liquidó el valor total de los bienes perdidos en el patio 4, en la suma de \$43'866.387,00,. En el oficio, que discrimina vehículo por vehículo y el valor de cada elemento, aparecen perdidos sólo cinco elementos de la totalidad de los relacionados en el oficio del 9 de octubre, cuyo monto es de \$1'681.520,00,. En oficio de la misma fecha, el interventor determinó los bienes que el contratista debía reponer, dentro de los que se encuentran bienes del patio 4, por los que se había impuesto una multa el año anterior.

2.13. En la Resolución 257 del 2 de julio de 2002 se liquidó el valor del multa en un monto de \$68'201.133,00; suma que el contratista canceló.

En escrito separado, los demandantes solicitaron la suspensión provisional de los actos acusados, por la violación flagrante de los numerales 4.2 y 4.3.3. del pliego de condiciones y el numeral 2 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, así como el numeral 2 de la cláusula segunda del contrato 020 de 2001; el artículo 26 de la Constitución

Política; artículos 1-7, 22, 23 y 53 de la ley 610 del 2000, artículos 2, 73-74 y 89 del Decreto 356 de 1994.

3. Trámite en primera instancia

Por auto del 6 de marzo de 2003, se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional, comoquiera que de la simple lectura de las resoluciones acusadas, no se desprendía la infracción manifiesta de las normas invocadas. Asimismo, se ordenó notificar la misma a la parte demandada y al Ministerio Público (folios 86-9, cuaderno 1).

En el escrito de contestación de la demanda, el apoderado del FONDATT se opuso a las pretensiones, en consideración a que bastaba con observar las obligaciones pactadas para darse cuenta que las pérdidas reportadas eran atribuibles al contratista. Al efecto, señaló que desde el pliego de condiciones era claro que el contratista sería responsable por la pérdida de los bienes de la entidad en los lugares donde se preste el servicio de vigilancia. Asimismo, señaló que en la propuesta presentada, el contratista se comprometió a no permitir que los equipos o elementos del FONDATT salieran de sus dependencias sin una autorización, luego entonces, si desaparecieron elementos de la entidad, que salieron sin su autorización, era obvio concluir que las pérdidas eran imputables al contratista.

En relación con la nulidad de los numerales 20 y 21 de la cláusula segunda del contrato, manifestó que no era aceptable que se deprecara la ilegalidad de esas obligaciones, porque éstas se encontraban presentes desde el pliego de condiciones y además fue un ofrecimiento del mismo contratista, quien aceptó su contenido durante todo el proceso licitatorio y en la firma del contrato.

Así las cosas, las resoluciones acusadas se ajustan a derecho, toda vez que el contratista recibió todos los bienes objeto de inventario, y por tanto, cualquier pérdida debía ser repuesta dentro de los cinco días siguientes al requerimiento del interventor, cuestión que no ocurrió, dando lugar, según el contrato, a la imposición de la multa. En relación con la alegada violación al debido proceso, alegó que el contrato establecía un procedimiento para la imposición de multas, el que fue observado en la impuesta al demandante, pues ante la pérdida de los bienes sujetos a su custodia, se le requirió en

distintas ocasiones para que repusiera los elementos extraviados y ante su negativa, se configuró el incumplimiento del contrato, lo que habilitaba a la administración para imponer la multa (folios 93-110, cuaderno 1).

Mediante auto del 14 de agosto de 2003, se abrió a pruebas el proceso (folio 149, cuaderno 1).

Por proveído del 13 de noviembre de 2003, se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al agente del Ministerio Público (folio 151, cuaderno 1).

La parte demandada presentó el mismo documento de la contestación de la demanda y solicitó que se denegarán las pretensiones (folios 152,63, cuaderno 1).

La parte actora reiteró los argumentos de la demanda. Asimismo, señaló que había quedado clara la violación al debido proceso, pues la entidad antes de imponer la multa no efectuó ninguna investigación que definiera de forma puntual los bienes extraviados, y sólo después de impuesta le corrió traslado al contratista de un dictamen pericial con la determinación real de los elementos faltantes. En ese sentido, no se le dio la oportunidad al contratista de controvertir y defenderse de los hechos constitutivos de la multa.

Adicionalmente, sostuvo que la administración confundió las obligaciones del contrato de vigilancia con las del contrato de seguro, toda vez que se le imputó una responsabilidad objetiva, por la sola desaparición de algunos objetos, sin verificar de forma previa un incumplimiento de las obligaciones, esto es, la imputabilidad al contratista de los bienes faltantes (folios 164-76, cuaderno 1).

El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante decisión del 22 de diciembre de 2004, la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el contrato 020 del 2001 habilitaba a la administración para imponer la multa, y se hizo dentro del período de ejecución del mismo y previo a los diferentes requerimientos

hechos por el interventor ante el incumplimiento del contratista. Al respecto, puntualizó:

“Es así como el consorcio VIGILANCIA SANTAFERREÑA LTDA. Y COSERVICREA LTDA incumplió las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios No. 020 de 2001, consistentes en ‘prestar el servicio de vigilancia y seguridad integral de los bienes muebles e inmuebles, valores en general de propiedad de la entidad y de los que sea legalmente responsable, de conformidad con los pliegos de condiciones’, para Paloquemao, Patio No. 4, Casa Normandía, Seguridad vial, Coordinación de Inspecciones, Edificio archivo, Tunal Restrepo, Montebello, Galicia, Bosa, Camping y Américas; incumplimiento que el mismo contratista reconoce en diversas oportunidades, es así como el Representante Legal del Consorcio VIGILANCIA SANTAFERREÑA LTDA. Y COSERVICREA LTDA durante la ejecución del contrato se comprometió a realizar el reintegro de los elementos faltantes para efectos de la liquidación del contrato (fls. 42, 44, 89, 152 c9) y en comunicación del 17 de julio de 2001 por parte del Consorcio se sostuvo que ‘El consorcio realizará las correcciones necesarias e impartirá las órdenes a nuestro personal para el uso del Garret, espejos de inspección vehicular y la requisa obligatoria de paquetes a todo el personal que los porte’ (fl. 153 c9) por lo tanto, los argumentos referentes a que la firma no incurrió en incumplimiento no están llamadas a prosperar, en tanto que es claro y así está probado en el proceso, que el Consorcio incumplió con el contenido obligacional que surgió del acuerdo contractual. (...) Ahora bien, frente a la violación del debido proceso por la necesidad de adelantamiento de una investigación con el fin de poder imponer la multa, es claro que con el procedimiento antes descrito esta posibilidad quedó evacuada.(...) Es claro entonces, que los actos administrativos demandados fueron expedidos de conformidad con lo establecido para esta clase de pronunciamientos por parte de la Administración, sustentados en las situaciones jurídicas y fácticas existentes y en ejercicio de una competencia y derecho que legalmente le asisten. Por tanto, los actos acusados proferidos por la Administración resultan claramente válidos, máxime si se tiene en cuenta que en la Resolución No. 999 del 19 de diciembre de 2001, en virtud de la cual se decidió imponer la multa, la Resolución No. 192 del 22 de abril de 2001 que al resolver el recurso de reposición en contra de la primera decidió confirmarla en todas sus partes, y resolución 257 de julio 2 de 2002, la que liquidó el valor de la multa impuesta, se hace referencia a las diferentes comunicaciones y oficios que dan cuenta de la deficiencia en la ejecución del contrato No. 020 de 2001 por parte del Consorcio VIGILANCIA SANTAFERREÑA LTDA. Y COSERVICREA LTDA., no encontrándose prueba dentro del proceso que permita inferir que la decisión tomada por la demandada no se ajustó a derecho. Por lo anterior, encuentra la Sala que la Resolución No. 999 del 19 de diciembre de 2001, en virtud de la cual el FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL-FONDATT impuso la multa al contrato de prestación de servicios No. 020 del 16 de marzo de 2001, la Resolución No. 192 del 22 de abril de 2001 que al resolver el recurso de reposición en contra de la primera decidió confirmarla en todas sus partes, y resolución No. 257 de julio 2 de 2002, la que liquidó el valor de la multa impuesta, se expidieron conforme a Derecho, en consecuencia, no se accederá a las pretensiones solicitadas” (folios 180-207, cuaderno principal).

5. Recurso de apelación

Dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (folios 210-3, cuaderno principal).

El recurso fue concedido por el *a quo* mediante decisión del 28 de enero de 2005 (folio 216, cuaderno principal).

6. Trámite en segunda instancia

Por auto del 27 de mayo de 2005, se admitió el recurso de apelación, comoquiera que había sido sustentado en el momento de la interposición (folio 221, cuaderno principal).

El apoderado de la parte demandante manifestó que el fallo de primera instancia no analizó todo el contenido de la violación al debido proceso, que estaba fundamentada en eventos precisos, como el hecho de que, posterior a la imposición de la multa, se estimó la pérdida de los bienes faltantes, con la expresión de resultados distintos a los planteados en los documentos que sirvieron de base para imponer la sanción, esto es, la investigación terminó mucho después del decreto de la multa. Igualmente, advirtió que el Tribunal no realizó una interpretación armónica del contrato 020 de 2001, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la aplicación del debido proceso a todo tipo de actuaciones. Finalmente, sostuvo que tampoco se hizo el análisis sobre la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada, en especial a la naturaleza de la obligación, que es de medio y no de resultado. En razón de sus argumentos, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se declarara la nulidad de las resoluciones demandadas.

El 22 de julio de 2005, se ordenó correr traslado para alegatos de conclusión a las partes y al Ministerio Público (folio 229, cuaderno principal).

El FONDAATT reiteró los argumentos de los alegatos de conclusión de primera instancia, pues presentó el mismo documento allegado en esa oportunidad (folios 230-43, cuaderno principal).

Asimismo, el recurrente reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada. Asimismo, sostuvo que la multa se impuso no por la pérdida de los elementos sino por el no pago oportuno sobre las pérdidas, las cuales no fueron determinadas sino con posterioridad a la imposición de la sanción. En relación con la violación al debido proceso, expresó lo siguiente:

“En relación con las resoluciones atacadas en el texto de la demanda presentada y los argumentos del a quo, reiteramos que sí existió violación al debido proceso, pues, nos preguntamos, ¿sí tenía sentido obligar al consorcio a pagar en el mes de octubre de 2001, una suma cercana a los treinta millones de pesos con base en un informe que los mismos que lo suscriben señalan que no son conocedores del tema, cuando en un proceso que llevó cerca de seis meses siguientes a ese oficio, resulta que sólo hay cinco por pagar y cuyo valor no supera los dos millones de pesos? La respuesta es que las actuaciones administrativas mencionadas violan el debido proceso porque primero imponen la multa y después averiguan por qué es que lo va a multar, cuando de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Nacional se establece el debido proceso, que exige, previo a la imputación de un acto, un proceso previo en el cual se surtan formalidades que permitan establecer la certeza de la información que se está efectuando, por lo cual el tema es el de la responsabilidad objetiva. Para el FONDATT es claro que la misma existió y así lo ha sostenido tanto en las actuaciones realizadas durante el proceso, donde hace caso omiso a todos los argumentos planteados por el CONSORCIO como en la contestación de la demanda, reiterando que si los bienes se habían perdido el contratista los tenía que pagar, y la misma posición acoge el Tribunal. Pero si aplicamos los principios de responsabilidad civil y además los parámetros fijados en los pliegos de condiciones y en el contrato, no solamente cualquier pérdida del bien debía ser pagada, sino que debía establecerse la relación de causalidad, por ejemplo, las deficiencias en el servicio, lo cual no se establece en el presente caso. El único argumento que utilizó el FONDATT para la imposición de la multa fue el no pago, pero NO SE SOPORTÓ EN DEFICIENCIAS O INCUMPLIMIENTOS EN EL SERVICIO DE VIGILANCIA que hubieran dado como resultado la pérdida de elementos (folios 246-7, cuaderno principal).

El Ministerio Público guardó silencio.

El expediente ingresó para fallo el 2 de septiembre de 2005 (folio 250, cuaderno principal).

I. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala, 2) los medios de prueba, 3) valoración probatoria y conclusiones y 4) costas.

1. Competencia de la Sala

Se es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, pues la única pretensión de la demanda, en términos pecuniarios, corresponde al monto de la multa impuesta, por valor de \$68'201.133,00, suma que resulta superior a la exigida para que

un proceso iniciado en el año de 2002, tuviera vocación de doble instancia, esto es, \$36.950.000, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988.

2. De los medios de prueba

Del material probatorio allegado al expediente, se destaca:

1.1. Certificado de existencia y representación de la Sociedad Vigilancia Santaferaña y CIA LTDA y Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Limitada COSERVICREA LTDA (folios 2-3, 5-6, cuaderno 2).

1.2. Copia auténtica de la resolución No. 003 del 29 de enero de 2001, por la cual la Directora Ejecutiva del FONDATT ordenó la apertura de la licitación pública No. 1 del 2001, con el objeto de contratar la prestación del servicio de vigilancia y seguridad integral de los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la entidad.

1.3. Copia auténtica del pliego de condiciones de febrero de 2001, para contratar el servicio de vigilancia y seguridad integral de los bienes muebles e inmuebles propiedad del FONDATT de la Secretaría de Tránsito de Bogotá, dentro del que se destaca el numeral 4.2., sobre las obligaciones especiales del contratista. Aparte que reza lo siguiente:

“Dentro de la minuta del contrato se deberá establecer como mínimo la siguiente información: Además de las obligaciones derivadas de la esencia y naturaleza del objeto del contrato. El contratista se compromete a 1) prestar el servicio de vigilancia en los términos del presente contrato. 2) **Responder ante el FONDATT, cuando por causas imputables al contratista, se produzca la pérdida, sustracción o daño de los bienes de propiedad del mismo, ocurridos dentro de las áreas sometidas a control y vigilancia. Para tal efecto, el FONDATT podrá exigir, al momento de suscribir el contrato, la garantía que trata el numeral 4.3 del Pliego de Condiciones**” (negrillas de la Sala) (folio 58, cuaderno 2).

1.4. Copia auténtica del adendo No. 2 que modificó y aclaró algunos puntos del pliego de condiciones, entre ellos los numerales 4.12 y 4.2, al que le fueron adicionados los puntos 20 y 21, los cuales se leen así:

“4.2. (...) 20) En caso de reporte por parte del Interventor acerca del daño, pérdida o sustracción de bien o bienes que hayan sido relacionados en el inventario entregado al

contratista de conformidad con el numeral 6 de las presentes obligaciones, éste se obliga a reponer el bien o bienes por uno nuevo, o a pagar el valor que figure en el inventario entregado por el FONDATT. 21) El contratista se obliga a efectuar el pago o la reposición del bien o bienes dentro de los cinco días hábiles siguientes al requerimiento efectuado por el Interventor del Fondatt, so pena de incurrir en incumplimiento del contrato con la consecuente imposición de las sanciones respectivas y sin perjuicio de las reclamaciones o acciones legales a que haya lugar.

“4.12.1. MULTAS. El contratista acepta que en caso de mora de cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud de este contrato, sin perjuicio de la cláusula penal y de la declaratoria de caducidad, el FONDATT podrá imponerle directamente, multas sucesivas equivalentes al cero punto uno por ciento (0.1%) del valor del contrato por cada día por atraso, sin exceder del diez por ciento (10%) del valor total del contrato, a menos que pruebe que el mismo se haya motivado por fuerza mayor o caso fortuito. Para la imposición de las multas, EL CONTRATISTA acepta el procedimiento que se indica a continuación: a) El interventor del contrato procederá a requerir al contratista, para que dentro del plazo que éste le señale se allane al cumplimiento de las obligaciones contractuales. b) Si EL CONTRATISTA no cumple, el interventor informará a la oficina jurídica acerca del o los posibles incumplimientos. c) El jefe de la Oficina Jurídica o quien haga sus veces dará traslado al CONTRATISTA a fin de que rinda sus descargos. d) Si estos no fueren satisfactorios, el Director (a) del FONDATT mediante resolución motivada procederá a imponer la respectiva multa a través de acto administrativo debidamente motivado. La multa empezará a correr desde la fecha en que debió cumplirse la obligación, según el requerimiento del interventor del contrato y hasta cuando EL CONTRATISTA cumpla. e) Posteriormente el FONDATT procederá a liquidar el valor de la multa. Contra el acto de liquidación de la multa no procederá recursos, ya que se trata de un acto de ejecución. f) El valor de la multa será pagado por EL CONTRATISTA al FONDATT, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que la liquide. g) Si EL CONTRATISTA no paga el valor correspondiente de la multa dentro del término mencionado, empezará a correr a partir del día siguiente, la tasa de interés máxima bancaria corriente autorizada por la Superintendencia Bancaria, hasta la fecha en que se verifique su pago. h) el FONDATT-STT queda facultado expresamente por EL CONTRATISTA para que se descuente de manera unilateral el valor de la multa y de los intereses causados de las sumas que éste adeude a aquél si las hubiere o mediante cobro judicial” (folios 75-6, cuaderno 2).

- 1.5. Copia auténtica de la resolución del 13 de marzo de 2001, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública No. 01 de 2001 al Consorcio de Vigilancia Santaferña y CIA LTDA. y Compañía de Servicios de Vigilancia Privada CONSERVICREA LTDA, de acuerdo con el pliego de condiciones y la propuesta presentada el 26 de febrero de 2001, por un valor de \$682'013.352,00, (folios 457-472, cuaderno 2).
- 1.6. Copia auténtica del contrato 020 de 2001, celebrado entre el FONDATT y el Consorcio Vigilancia Santaferña y CIA Ltda-Coservicrea Ltda, que en lo relacionado con los puntos objeto de debate, esto es, obligaciones del contratista y multas, reproduce el contenido del pliego de condiciones (folios 475-83, cuaderno 2).

- 1.7. Copia auténtica del oficio del 9 de octubre de 2001, dirigida al Asesor del Despacho de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, que da cuenta de una revisión efectuada el 4 y 5 de octubre a los vehículos que reposaban en el patio 4. En este oficio se encuentra una lista de los vehículos especificados con la matrícula, los elementos que le hacían falta y su valor comercial, dando como resultado un suma total de \$29'132.452,00. Al final del documento, se puede leer lo siguiente:

“Esto corresponde a una revisión de carácter superficial, considerando que los abajo firmantes no somos técnicos en mecánica automotriz, es importante se realice una inspección por parte de personal experto en la materia” (folios 512-5, cuaderno 2).

- 1.8. Copia auténtica del oficio del 24 de septiembre de 2001, dirigido al representante legal del contratista por parte del interventor, en el que le informó lo siguiente:

“En calidad de interventor del contrato No. 020 de 2001, suscrito entre el FONDATT de la Secretaría de Tránsito y Transporte y el Consorcio de Vigilancia Santaferense y Cia Ltda-Coservicrea Ltda, y en atención al oficio suscrito por la funcionaria señora Dora Inés Delgado Rodríguez, solicito se sirvan reponer el teléfono digital Panasonic, Serie OACAA 289975 de código 2070403-29194 y serie 189735, el cual se encontraba asignado a dicha funcionaria y el fin de semana comprendido entre el 21 y 24 de septiembre del año en curso, se extravió del tercer piso. Una vez más reitero que se debe requisar tanto a funcionarios como usuarios con el fin de quitar la pérdida de elementos. **Es de anotar que debido al levantamiento del fuero sindical, se hará efectiva la desvinculación de funcionarios, motivo por el cual se deben extremar las medidas de seguridad, se debe hacer énfasis en el control mediante requisas utilizando toda la tecnología que esté al alcance y controlar a través del circuito cerrado de televisión.** Teniendo en cuenta que los bienes de la entidad fueron relacionados mediante inventario al consorcio de vigilancia, solicito que forma (sic) inmediata sea repuesto el teléfono extraviado” (negrillas de la Sala) (folio 517, cuaderno 2).

- 1.9. Copia auténtica del oficio del 8 de octubre de 2001, dirigido al representante legal del contratista por parte del interventor, en el que le informó lo siguiente:

“En calidad de interventor del contrato No. 020 de 2001, solicito se sirvan reponer el computador portátil marca Hewlett Packard, modelo Omnibook, procesador Pentium, Memoria Ram 128 MB el cual fue hurtado. Es de anotar que a la empresa de vigilancia se le entregaron los bienes por inventario y por tal motivo es deber de la empresa reponer dicho equipo sustraído de la sede Paloquemao. Adjuntamos copia del informe presentado por el Coordinador del grupo de contratación, denuncia No. 4897 ante la Fiscalía (fecha 30 de septiembre de 2001), relación del equipo según área de inventarios” (folio 519, cuaderno 2).

- 1.10. Oficio del 9 de octubre de 2001, dirigido al representante legal del contratista por parte del interventor, en el que le informó lo siguiente:

“En calidad de interventor del contrato 020 de 2001, informo el hurto ocurrido en el Patio No. 4, consistente en el saqueo de carros y motocicletas, cuya cuantía asciende a \$29'132.452,00, entregados para su vigilancia y custodia mediante inventario. De conformidad con el informe presentado por los funcionarios HENRY GALINDO y MIGUEL PINZÓN DÍAZ, a los vehículos les fue sustraído el alternador, distribuidor, arranque, pito, timón, espejos, llanta de repuesto, antena, sistema de frenos, carburador, etc. **Lo anterior deja entrever lo frágil que son sus sistemas de control, supervisión y manejo del tema VIGILANCIA, por parte de ustedes; es abrumador el número de pérdidas detectadas en las últimas dos semanas; dos computadores portátiles, dos maus, un teléfono digital Panasonic, una cosedora industrial, sin que a la fecha se haya repuesto en forma legal, cumpliendo todos los procedimientos para su ingreso a almacén (...)** En razón de lo anterior no cabe la menor duda que el consorcio contratado está incumpliendo con sus obligaciones, toda vez que no ha repuesto los bienes sustraídos, ni pagado el valor que consta en inventarios, en los términos pactados, causándose traumatismos en el funcionamiento de la Entidad, razón por la cual se debe dar aplicación a la CLÁUSULA DECIMA, en lo referente a multas y a la CLÁUSULA SÉPTIMA, en lo referente a la garantía única, y si lo anterior no resarce los perjuicios causados a la entidad se aplicará lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 80 de 1993. Una vez más solicito se repongan los bienes sustraídos de la entidad, o en su defecto se proceda a pagar el valor por inventario de cada bien; en el evento de reposición los bienes deben ser nuevos. (...) Con conductas como el saqueo de vehículos y pérdida de equipos, se desdibuja la finalidad que persiguió el FONDATT al contratar una empresa de vigilancia, que no era ni más ni menos, que garantizar y preservar la seguridad vigilancia de los bienes muebles e inmuebles propiedad del Fondatt de la STT. **Envío el informe detallado del saqueo ocurrido en el patio No. 4, presentado por los funcionarios Henry Galindo y Miguel Pinzón Díaz, en donde se establece el valor de cada uno de los bienes hurtados, cuyo valor total asciende a la suma de veintinueve millones ciento treinta y dos mil cuatrocientos cincuenta y dos pesos (\$29'132.452,00).** En espera de una respuesta satisfactoria dentro de los términos establecidos en el contrato No. 020 del 16 de marzo de 2001” (negritas de la Sala) (folios 521-3, cuaderno 2).

El oficio anexado es el mismo que fue reseñado en el numeral 1.6 de este acápite; sin embargo, se agregó lo siguiente: “Las anteriores cotizaciones se realizaron vía telefónica en los siguientes almacenes de repuestos” (se relaciona una lista de establecimientos con sus números de teléfono) (folio 527, cuaderno 2).

- 1.11.** Copia auténtica del oficio del 1º de noviembre de 2001, dirigido al interventor del contrato 020 de 2001, por parte del representante legal del contratista. Su texto reza así:

“Teniendo en cuenta su oficio remitido el 08 de Octubre, en el que nos resporta (sic) de la pérdida de un Computador Portátil en las oficinas de Paloquemao, hechos sucedidos el pasado 29 de septiembre de 2001 aproximadamente a las 9:50 am, según lo manifestado por el Dr. Zambrano de la oficina de contratación. Me permito informarle que una vez efectuadas la (sic) averiguaciones e investigaciones del caso, podemos aseverar que no existió ningún tipo de violencia en chapas y cerraduras de esa dependencia, de igual forma en la cinta de video de seguridad durante los días 27 y 28 de septiembre, no existió registro de personas extrañas en las proximidades. Lo anterior indica que posiblemente el Equipo no se encontraba en el lugar indicado por el Dr.

Zambrano, ya que existen hechos indicadores como lo es la no existencia de violentación en puertas, cajones, y la plena prueba de la cinta de video donde consta que durante el lapso del viernes 27 de septiembre y el sábado 29 de septiembre, no ingresó persona distinta o ajena a esta dependencia.(...) Con base en el acervo presentado, comedidamente solicitamos acorde con la Ley 80. Artículos 26, numerales 1 y 4, y Ley 42 de 1.994, Artículo 83, al contrato firmado entre las partes cláusula SEGUNDA, establecer en Derecho la responsabilidad fiscal ante la autoridad competente, sobre la pérdida del Computador en referencia” (folios 530-1, cuaderno 2).

- 1.12.** Copia auténtica del oficio del 1º de noviembre de 2001, dirigido al interventor del contrato 020 de 2001, por parte del representante legal del contratista. Su contenido expresa lo siguiente:

“De acuerdo con su oficio remitido el pasado 11 de septiembre del año en curso, en el que se nos pone en conocimiento de la pérdida de un Computador Portátil en las oficinas del Sub Secretario Operativo, me permito manifestarle que este mismo fue retirado por el señor OSCAR BOHORQUEZ el pasado 31 de Agosto de 2001 a las 20:45 horas del día, tal como consta en el folio No. 71260 de la minuta de seguridad de la cual se adjunta copia y después de esta fecha, la vigilancia no volvió a recibir ni a registrar el ingreso del equipo en mención. Por otra parte, de acuerdo al informe del Dr. JAVIER HERNÁNDEZ LÓPEZ, funcionario a cargo del computador, esto sucedió cuando él se ausentó de su puesto en un lapso de quince (15) minutos. Por lo tanto y acorde a la cláusula SEGUNDA del contrato firmado entre las partes, y la Ley 80 de 1993, Artículo 26 numerales 1 y 4, Ley 42 de Enero 26 de 1994 Capítulo III, Artículo 83 y demás normas al respecto, invocamos respetuosamente al señor Interventor establecer el debido proceso a fin de llegar a un acuerdo justo para las partes” (folio 532, cuaderno 2).

- 1.13.** Copia auténtica del oficio del 13 de noviembre de 2001, dirigido al Interventor, por parte del representante legal del contratista, en el que se respondió lo siguiente:

“De conformidad con su oficio No. 47-0554 de fecha Octubre 9 de los corrientes, donde nos pone en conocimiento de algunos faltantes en el patio No. 4 me permito manifestarle lo siguiente: 1. El Consorcio envió una comisión verificadora para establecer los faltantes encontrando las siguientes novedades (se relaciona una lista de los vehículos identificados con su matrícula y en algunos el contratista sostuvo razones como: “no existe faltante” “Se encuentra en el vehículo” “No se recibió en el inventario” (folios 537-41, cuaderno 2).

- 1.14.** Copia auténtica de la comunicación del 19 de noviembre de 2001, enviada al representante legal del contratista, por el Subsecretario Jurídico del FONDATT, informándole lo siguiente:

“HECHOS: 1. La interventoría mediante los oficios del 24 de septiembre y 8 de octubre de 2001, informaron de la pérdida de bienes perteneciente a la entidad, a saber: - Computador Portátil serie TW94880390, Marca Hewlett Packard, modelo omnobook, procesador Pentium, memoria ram 128 MB.- Mouse Hewlett Packard con placa 4734-

188939. – Teléfono Panasonic, serie OACAA 289975 DE CÓDIGO 2070403-29194 y serie 189735.- Huerto del patio No. 4 consistente en saqueo a dos carros y motocicletas de la entidad. – Computador portátil compaq, serie 203/205, pratco 188331, adaptador de corriente 00108184, pilas 2941 B, cable de conexión LT 5129, software adicional licencia No. 12199-oem-004191167022, cable de poder. Cable fax MODEM y adaptador de voltaje y batería. 2. Se les requirió por parte de la Secretaría con el fin de que repusieran los bienes extraviados, dentro del plazo establecido en el contrato, sin que a la fecha se hayan entregado los mencionados objetos, o se haya pagado su equivalente en dinero. **SITUACIÓN JURÍDICA: Teniendo en cuenta los hechos que anteceden y la Cláusula Segunda, numerales 20, 21 y 22, el contratista está obligado a reponer los bienes que hacen parte del inventario y que se denuncien como dañados o perdidos por parte del interventor, so pena de incurrir en incumplimiento del contrato. Por lo tanto, le solicitamos antes del 22 de noviembre, proceda a explicar los motivos por los cuales no ha dado estricto cumplimiento al contrato, a pesar de haber sido requerido en varias oportunidades por la entidad. Lo anterior con el fin de proceder con las medidas legales correspondientes**” (negrillas de la Sala) (folios 543-4, cuaderno 2).

- 1.15.** Copia auténtica de la Resolución No. 999 del 19 de diciembre de 2001, por medio de la cual se impuso una multa al contratista, en los siguientes términos:

“Que en la cláusula segunda numerales 1,2, 20, 21, se establece como obligación del contratista prestar el servicio de vigilancia y responder por los daños, pérdidas de los bienes de propiedad del contratante ocurridos dentro del ámbito del control y vigilancia del contratista, reponiendo el bien o su equivalente en dinero, dentro de los cinco días siguientes al requerimiento del interventor. Que en cumplimiento de sus obligaciones el interventor del contrato, mediante comunicaciones del 24 de septiembre, 8 y 9 de octubre de 2001, hizo los requerimientos respectivos al Consorcio Vigilancia Santaferreña y Cia Ltda.- Coservicrea Ltda., con el fin de que estos repusieran los bienes extraviados bajo su custodia, Mouse Hewlett Packard (...); teléfono digital Panasonic (...), computador portátil (...), partes de los carros y motocicletas saqueados que se encuentran relacionados en el oficio de fecha 9 de octubre de 2001. Que la interventoría no ha recibido la reposición de los bienes relacionados en los requerimiento (sic). Que a su vez el Subsecretario Jurídico mediante oficio No. 4032 del 19 de noviembre de 2001, requirió al Representante Legal del Consorcio Vigilancia Santaferreña y Cia Ltda. – Conservicrea Ltda., con el fin de que explique los motivos de su incumplimiento frente a los requerimientos del interventor, sin obtener contestación a los mismos. (...) Que la administración procederá a imponer al Contratista, tal como lo dispone la cláusula décimo tercera de los contratos (sic), una multa equivalente al 0.1% diario del valor del contrato, desde el momento en que este se constituyó en mora de cumplir con los requerimiento (sic) hechos por el interventor en el sentido de reponer los bienes extraviados o perdidos de la entidad. Que la multa del contrato es de SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRECE PESOS (\$682.013) diarios, teniendo en cuenta que el precio del contrato es \$682.013.352 y la multa a imponer equivale al 0.1% diario del valor del contrato” (folios 547-9, cuaderno 2).

- 1.16.** Copia auténtica del informe del 15 de enero de 2002, dirigido al representante legal del contratista por parte del interventor del contrato. Del documento se resalta lo siguiente:

“Le estoy enviando copia del informe de peritazgo realizado por la firma MOTO SERVI, en relación con las partes faltantes en automóviles y motocicletas del patio No. 4 y

según el cual el faltante asciende a la suma de \$148'226.300. Este informe reemplaza a la anterior solicitud de reposición por un valor de \$29'000.000. El anterior peritazgo se realizó en atención a lo manifestado por el Consorcio mediante oficio del 13 de noviembre de 2001 en donde manifiestan no existir faltantes una vez realizado el requerimiento mediante oficio número 470554 de octubre 9 de 2001. Lo anterior conlleva incumplimiento del contrato No. 020/2001 en donde se estipuló la reposición de faltantes dentro de los cinco (5) días siguientes a la reclamación, conducta que a la fecha no se ha cumplido. **En consecuencia, le solicito proceder de inmediato a la reposición de los bienes faltantes o en su defecto a la consignación de los \$148'226.300 en la Tesorería del FONDATT** (negrillas de la Sala) (folio 605, cuaderno 2).

- 1.17.** Copia auténtica de la comunicación del 17 de enero de 2002, que contiene la respuesta al oficio anterior, en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta su oficio mencionado en la referencia, donde manifiesta que el valor de los faltantes en el patio No. 4 se incrementó a la suma de CIENTO CUARENTA y OCHO MILLONES DOSCIENTOS VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS PESOS (\$148'226.300) me permito solicitar que los vehículos donde se encuentran dichos faltantes sean individualizados ya que de acuerdo al informe presentado por la firma MOTOSERVI, éste se limita únicamente a dar valores genéricos sobre los faltantes, sin indicar los vehículos a los cuales supuestamente le hacen falta las mencionadas piezas, ya que el Consorcio recibió estos vehículos en forma individualizada” (folio 616, cuaderno 2).

- 1.18.** Copia auténtica del oficio del 19 de febrero de 2002, dirigido al interventor del contrato 020 de 2001, por parte del contratista, donde expresó:

“En atención a su oficio No. 09208 de fecha 29 de enero de 2002, me permito dar respuesta en los siguientes términos: Los faltantes enunciados por el establecimiento de comercio MOTO-SERVI existen efectivamente, pero estos nunca fueron recibidos por el Consorcio, como consta en el respectivo inventario; por tal motivo no tenemos ningún tipo de responsabilidad frente a estos faltantes. (Se relacionó una lista de los vehículos y los elementos perdidos, con diferentes consignas como: “Pendiente para conciliación reposición” “No se recibió por inventario”) (folios 576-89, cuaderno 2).

- 1.19.** Copia auténtica del auto del 26 de marzo de 2002, mediante el cual el FONDATT decretó la práctica de una revisión al inventario del patio No. 4, “con el fin de esclarecer las observaciones hechas por el recurrente-contratista relacionadas con los faltantes del Patio No.4” (cuaderno 12 –sin foliatura-).

- 1.20.** Copia auténtica de la Resolución No. 192 del 22 de abril de 2002, que confirmó en su integridad la Resolución No. 999 de 2001, que impuso una multa al contratista. En sus apartes principales, se puede leer lo siguiente:

“(…) Que el 28 de enero de 2001, el Consorcio Vigilancia Santaferense –Coservicrea- interpuso el recurso de Reposición en donde solicita la revocatoria de la Resolución No.

999 del 19 de diciembre de 2001. Que dentro del término legal para pronunciarse de fondo sobre el recurso de reposición el despacho ordenó mediante auto de pruebas del 26 marzo de 2002, una verificación de los faltantes del patio No. 4. Que a través del presente acto se procede por parte de la administración a resolver el recurso presentado. (...) **Pérdida de bienes inventario patio No. 4.** La entidad entre el 20 y 29 de marzo de 2001, hizo la entrega material de bienes de su propiedad ubicados en el Patio No. 4 al Consorcio Vigilancia santafereña y Cia Ltda- Coservicrea Ltda, quedando éste en razón del objeto del contrato como custodio de los mismos. **Con base en lo anterior, el interventor del contrato mediante oficio del 9 de octubre de 2001 requirió al consorcio por la pérdida o saqueo de partes de los vehículos y motos dejados bajo su cuidado, todo ello soportado en los informes presentados por funcionarios de la entidad y la firma Moto Servi (establecimiento que tiene como actividad mercantil el mantenimiento de motocicletas, sus partes- accesorios, y cuenta con personal capacitado en mecánica automotriz), en tal sentido.** Por lo anterior el Consorcio mediante carta de fecha 13 de noviembre de 2001, contestó la solicitud hecha por el interventor indicando que los elementos reclamados estaban en los respectivos autos y motocicletas. Este Despacho al comparar el inventario inicial con los informes presentados encontró que si bien es cierto al momento de recibir los bienes la empresa de vigilancia hizo la observación de faltantes en los automóviles y motocicletas identificados con placas Fiat OBB-588, Mazda 323 NX- OBO 143 (no había distribuidor), Mazda 323 NX-oba 522 (no había distribuidor), Mazda 323 oba 524 (no había distribuidor), Mazda 323 oba 525 (no había antena), Mazda 323 OBA 511 (no había distribuidor), Mazda 323 NX OBA 511 (no había distribuidor), Yamaha 2433 (no había bomba freno, dispensador de freno); no lo es menos el hecho de que en el acta firmada por el contratista los demás elementos relacionados como extraviados en el oficio de fecha 9 de octubre fueron recibidos por aquel y quedaron bajo su cuidado y vigilancia. Sin embargo, la entidad con el fin de pronunciarse de fondo sobre las observaciones hechas por el recurrente respecto de los faltantes del patio No. 4; ordenó mediante auto de fecha de 26 de marzo de 2002, la verificación de los elementos extraviados en el mencionado patio. La prueba se practicó el 11 de abril de 2002 con la comparecencia de los funcionarios delegados del Fondatt y del consorcio de vigilancia, levantándose un acta en donde el resultado obtenido permite corroborar que hay algunas partes de los automóviles y motocicletas extraviados que fueron entregados al Consorcio por inventario y otras que aunque aparecen perdidas no se entregaron en el inventario al contratista. No obstante lo anterior, y con base en la mencionada verificación, la entidad pudo comprobar que sí existió incumplimiento por parte del Consorcio en las obligaciones consagradas en la cláusula segunda numerales 2, 6, 20 y 21 del contrato 020 de 2001, por cuanto se perdieron algunos bienes entregados por inventario a la firma contratista, pertenecientes a las motocicletas y automóviles del patio No. 4; situación ésta que se soporta en la aceptación expresa del contratista en tal sentido. Es así como la conducta de reponer los bienes extraviados o su equivalente dentro de los cinco días siguientes a la solicitud hecha por el interventor, no se llevó a cabo por el recurrente para la época de la multa, tal y como lo indica el interventor del contrato y las pruebas allegadas al proceso, configurándose así incumplimiento por parte del contratista. **COMPUTADOR PORTÁTIL.** Mediante oficio de fecha 8 de octubre de 2001, el interventor del contrato solicita al consorcio de vigilancia, la reposición del computador portátil marca Hewlett Packard, modelo omnibook (...), entregado por inventario al contratista, el cual fue hurtado de la entidad. A folio 80 de libro presentado por el recurrente, aparece el oficio –sin firma de recibido de la entidad- en donde el consorcio manifiesta que pagará el 100% del deducible del seguro, a lo cual en cartas posteriores (18 de octubre, 2, 19 de noviembre y 11 de diciembre de 2001) la entidad de nuevo solicita que se pague el computador, agregando que la reclamación ante el seguro y la reposición del bien, para efectos del cumplimiento del contrato 020 de 2001 son independientes, ya que la empresa de vigilancia debe someterse a los parámetros establecidos en el contrato que es ley para las partes y obliga al contratista la reposición del bien o en su defecto el equivalente en dinero dentro de los cinco días hábiles siguientes al requerimiento efectuado por el interventor. De lo anterior se colige el incumplimiento del Consorcio, teniendo en cuenta que en reiteradas oportunidades el

interventor manifestó que debía reponerse los bienes extraviados y como se prueba de los documentos allegados por el recurrente y el interventor del contrato, tal conducta no se lleva a cabo para la fecha de la sanción (19 de diciembre de 2001). **MOUSE HEWLETT PACKARD.** La administración mediante oficios del 24 de septiembre y 18 de octubre de 2001, requirió al consorcio de vigilancia para que repusiera un mouse hewlett packard extraviado de las oficinas de la secretaria y que se encontraba bajo su vigilancia; a lo que contestó el consorcio que el 8 de octubre de 2001 había entregado tales bienes al interventor. Con posterioridad el interventor en memorando de fecha 24 de octubre de 2001, autoriza la entrega de dos mouse dejados por el consorcio en custodia, por cuanto no cumplían con las características del que se reportó como perdido en su oportunidad. En ese orden de ideas, se aprecia como el contratista no cumplió con su obligación de reponer los bienes perdidos o extraviados o pagar su equivalente dentro del plazo previsto para tal fin, porque tal y como el mismo consorcio lo afirma, entregó el bien objeto del requerimiento 10 días después del mismo (8 de octubre) y sin tener en cuenta las características del mouse o su valor equivalente de acuerdo con el inventario, así como lo indicó en su oportunidad el interventor del contrato. **TELÉFONO DIGITAL PANASONIC.** La pérdida y solicitud de reposición del teléfono digital Panasonic, se comunicó mediante oficio de fecha 24 de septiembre, siendo reiterado el 3 de octubre de 2001; contestando el consorcio que el 8 de octubre de 2001 había entregado tales bienes al interventor. Con posterioridad el interventor en memorando de fecha 24 de octubre de 2001, autoriza la entrega de un teléfono dejado por el consorcio en custodia, por cuanto no cumplía con las características del que se reportó como perdido en su oportunidad. **Por lo anterior no le asiste razón al contratista al afirmar que cumplió con su obligación de reponer el bien dentro del término establecido en el contrato, ya que el mismo manifiesta haberlo entregado el 8 de octubre de 2001, 10 días después del requerimiento y sin cumplir con las especificaciones del inventario entregado.** Asimismo, hay que advertir que de acuerdo con el interventor del contrato no aparece que haya ingresado al almacén del Fondatt. (...) ya que del análisis y estudio de las pruebas allegadas por el recurrente y el interventor del contrato se pudo establecer: Que el contratista no repuso o pagó el equivalente de los bienes relacionados como extraviados o perdidos en los oficios de fecha 24 de septiembre, 8 y 9 de octubre de 2001, tal y como se denota de los constantes requerimientos hechos por el interventor en tal sentido. (...) Que se agotó el procedimiento establecido en el contrato antes de imponer la multa, como se observa de la solicitud hecha por la interventoría para que se allanaran a cumplir con sus obligaciones; y del oficio remitido por el jefe jurídico en donde pide a la empresa de vigilancia que rinda sus descargos en oportunidad (a la fecha de la multa no se había contestado), motivo este que llevó al Fondatt a tomar medidas tendientes a solventar el incumplimiento del contrato y el futuro del mismo, entre la que se cuenta la imposición de la multa” (folios 623-47, cuaderno 2).

- 1.21.** Copia auténtica del oficio del 7 de mayo de 2002, dirigido por el interventor del contrato al representante legal del contratista, en el que le envía el consolidado de los elementos faltantes en el patio No. 4:

“En calidad de interventor del contrato No. 020 de 2001, envío en siete (7) folios el consolidado del interventor y avalúo de piezas faltantes a los vehículos recibidos en custodia por el consorcio de vigilancia en el patio No. 4, de conformidad con las observaciones presentadas por el consorcio mediante oficio calendado 19 de febrero de 2002, la respuesta dada mediante comunicación D.A.C. -13-04-0099 del 13 de marzo de 2002, suscrito por la Dra. Yolanda Gómez Restrepo en su calidad de Directora de Apoyo Corporativo y la revisión realizada en el patio No. 4 el día 11 de abril de 2002, con intervención del Consorcio de Vigilancia y funcionarios de la Secretaría de Tránsito y Transporte la cual arroja el siguiente resultado:

Motocicletas HONDA valor total	\$15.213.720
Motocicletas YAMAHA DT 125 valor total	\$ 1.134.550
Motocicletas YAMAHA DT 200 valor total	\$ 1.279.770
Motocicletas SUZUKI TS 125 valor total	\$ 6.950.700
Vehículos Mazda 323 valor total	\$29.768.950

“De la revisión realizada el día 11 de abril de 2002 se obtuvieron los siguientes avalúos:

Elementos faltantes vehículos-motocicletas	\$6.846.865
Relación de elementos faltantes o no corresponden	\$7.250.572
SUB TOTAL	\$14.097.437

TOTAL \$29.768.950 + \$14'866.387= \$43.866.387.

“Los anteriores faltantes y avalúo son el resultado de la depuración de inventario realizado por empleados del Consorcio Vigilancia Santaferña y Cía. Ltda- Coservicrea Ltda, quien delegó al Teniente Milton Riaño, con la participación de funcionarios de la Secretaría de Tránsito y Transporten del Grupo de Almacén e Inventarios, Interventor del contrato y de la Subsecretaría Jurídica” (folios 648-9, cuaderno 2).

- 1.22.** Copia auténtica del oficio del 7 de mayo de 2002, dirigido por el interventor del contrato al representante legal del contratista, en relación con el total de elementos faltantes en la sede de Paloquemao:

“En calidad de interventor del contrato No. 020 de 2001, dando alcance a la comunicación mayo 7 de 2002, mediante la cual se envió el resultado de faltantes en el patio No 4, a continuación relaciono los elementos sustraídos de la sede Paloquemao que a la fecha están pendientes de cancelar (a continuación se relacionan 11 elementos de oficina) (...) La valor (sic) de las pérdidas ocurridas en la Sede de Paloquemao que a la fecha se encuentran sin pagar por la firma de vigilancia asciende a la suma de ONCE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL SESENTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS (\$11.981.064.39). A la anterior cantidad debe sumarse el valor de la reclamación por el Patio No. 4 la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$43.866.387,00). El saldo a pagar por el consorcio de vigilancia Santaferña y Cía Ltda-Coservicrea Ltda. al Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C. de conformidad con la cláusula primera numeral veinte (20) ‘En caso de reporte por parte del interventor acerca de daño, pérdida o sustracción de bien o bienes que hayan sido relacionados en el inventario entregado al contratista de conformidad con el numeral 6 de las presentes obligaciones, éste se obliga a reponer el bien o bienes por uno nuevo, o a pagar el valor que figure en el inventario entregado por el FONDATT’ y numeral veintiuno (21) ‘el contratista se obliga a efectuar el pago o la reposición del bien o bienes dentro de los cinco días hábiles siguientes al requerimiento efectuado por el interventor del FONDATT, so pena de incurrir en incumplimiento del contrato con la consecuente imposición de las sanciones respectivas y sin perjuicio de las reclamaciones o acciones legales a que haya lugar’, asciende a la suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$55.847.451,00). Por lo anterior requiero al CONSORCIO VIGILANCIA SANTAFERÑA Y CIA LTDA-COSERVICREA LTDA, para que dentro de los cinco (5) días hábiles al recibo de la presente comunicación cancele en la Tesorería del FONDATT la suma antes indicada, con el fin de proceder a la liquidación del contrato en los términos establecidos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993” (folios 658-60, cuaderno 2).

- 1.23.** Copia auténtica de la Resolución No. 257 del 12 de junio de 2002, mediante la cual se liquidó la multa impuesta la contratista en valor de \$68'201.335,2. (folios 662-3, cuaderno 2).

2. Valoración probatoria y conclusiones

De las pruebas que se vienen de relacionar, se tiene que el 16 de marzo de 2001, entre el FONDATT y el Consorcio Vigilancia Santaferña y CIA Ltda-Conservicrea Ltda, se suscribió el contrato 020 de 2001, con el objeto de “prestar el servicio de vigilancia y seguridad integral de los bienes muebles e inmuebles, valores en general de propiedad de la entidad y de los que sea legalmente responsable”.

Asimismo, está demostrado que en comunicaciones del 24 de septiembre, el 8 y 9 de octubre de 2001, el interventor del contrato informó al contratista de la pérdida de algunos bienes de oficina en la sede de Paloquemao (computador portátil, mouse y teléfono digital) y sobre el saqueo de partes de automóviles y motocicletas del Patio No. 4, por valor de \$29'132.452,00. Igualmente, lo requirió para que dentro de los cinco días siguientes procediera con la reposición de los bienes extraviados o el pago de su valor. En el oficio del 9 de octubre de 2001, se hizo mención expresa a la cláusula decima del contrato, sobre la imposición de multas.

El 1º de noviembre siguiente, el contratista dio respuesta al oficio del 8 de octubre, y en relación con el computador portátil extraviado manifestó que no había violencia en las chapas de la puerta de la oficina y tampoco se registró la presencia de personas extrañas en las proximidades, por lo que solicitó que se estableciera la responsabilidad fiscal ante la autoridad competente. En comunicación del 13 de noviembre, el contratista se dirigió al interventor para referirse a las pérdidas informadas en el Patio No. 4 y le manifestó que, enviada una comisión verificadora para establecer los faltantes, se evidenció que algunos se encontraban en el vehículo y otros no se recibieron en el inventario.

El 19 de noviembre de ese año, la Subsecretaría Jurídica del FONDATT dirigió una comunicación al contratista para ponerle de presente los hechos informados por el interventor, relativos a la pérdida de los bienes de oficina y las partes de vehículos del Patio No. 4. En esta comunicación, se le conmina al contratista a que explique las

razones por las cuales no ha repuesto o pagado los bienes extraviados y se le advierte de las medidas legales correspondientes.

El 19 de diciembre de 2001, el FONDATT multó al contratista en la suma equivalente al 0.1% del valor del contrato, por no haber repuesto dentro de los cinco días siguientes al requerimiento del interventor, los bienes perdidos, de conformidad con la cláusula segunda, numerales 20 y 21 del contrato 020 de 2001.

El 15 de enero de 2002, se envió una nueva comunicación al contratista donde se le informa que se ha realizado un nuevo peritazgo, por el establecimiento de comercio MOTOSERVI, sobre los faltantes del Patio No. 4, con un nuevo estimado de \$148'226.300,00. En esta comunicación se informa que la prueba se practicó en razón de la respuesta dada por el contratista el 13 de noviembre de 2001, donde manifestaron no existir los faltantes informados en el oficio del 9 de octubre. Igualmente, se le informó al contratista que este consolidado reemplazaba al anterior que estimó las pérdidas en 29 millones de pesos. El 19 de febrero siguiente, el contratista manifestó que los faltantes sí existían pero no habían sido recibidos mediante inventario, es por lo que el 26 de marzo, el FONDATT decretó la práctica de una revisión al inventario del Patio No. 4, "con el fin de esclarecer las observaciones hechas por el recurrente".

Mediante Resolución 192 de 2002, el FONDATT confirmó la multa impuesta al contratista, por la no reposición en tiempo de los elementos sustraídos. El 7 de mayo se le informó al contratista que de la revisión realizada el 11 de abril de 2002, se obtuvo un avalúo consolidado, por las pérdidas del patio No. 4, de \$43'866.387,00.

2.1. De la legalidad de los numerales 20 y 21 de la Cláusula Segunda del contrato 020 de 2001.

Así las cosas, establecidos los hechos del litigio, procede la Sala a abordar las pretensiones del demandante, a saber: (i) la nulidad de los numerales 20 y 21 de la Cláusula Segunda del contrato 020 de 2001 y de los numerales 20 y 21 del punto 4.2. del Pliego de Condiciones, y (ii) la nulidad de las resoluciones por las que se impuso y se confirmó una multa al contratista.

Es de aclarar que los cargos principales del demandante, están relacionados con la nulidades de las resoluciones que impusieron y confirmaron la multa, y la nulidad de unos apartes del contrato y del pliego de condiciones, sólo se demanda si se entiende que éstos no exigen, para la procedencia de la reposición o pago de bienes perdidos, un juicio previo de imputabilidad al contratista. Así las cosas, por cuestiones metodológicas, se abordará primero el alcance de los numerales 20 y 21 de la Cláusula Segunda del Contrato 020 de 2001, cuyos contenidos normativos son del siguiente tenor:

“CLÁUSULA SEGUNDA: (...) 20) En caso de reporte por parte del Interventor acerca del daño, pérdida (sic) o sustracción de bien o bienes que hayan sido relacionados en el inventario entregado al contratista de conformidad con el numeral 6 de las presentes obligaciones, éste se obliga a reponer el bien o bienes por uno nuevo, o a pagar el valor que figure en el inventario entregado por el FONDATT. 21) El contratista se obliga a efectuar el pago o la reposición del bien o bienes dentro de los cinco días hábiles siguientes al requerimiento efectuado por el Interventor del Fondatt, so pena de incurrir en incumplimiento del contrato con la consecuente imposición de las sanciones respectivas y sin perjuicio de las reclamaciones o acciones legales a que haya lugar”. (Contenido normativo establecido desde el adendo No. 2 al pliego de condiciones).

El actor acusa, en primer lugar, una contradicción con otra de las obligaciones del contrato, ello es la contenida en el numeral dos de la misma cláusula contractual, que reza lo siguiente:

“SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Además de las obligaciones derivadas de la esencia y naturaleza del objeto del contrato, el contratista se compromete a: 1) prestar el servicio de vigilancia en los términos del presente contrato. 2) **Responder ante el FONDATT, cuando por causas imputables al contratista, se produzca la pérdida, sustracción o daño de los bienes de propiedad del mismo, ocurridos dentro de las áreas sometidas a control y vigilancia. Para tal efecto, el FONDATT podrá exigir, al momento de suscribir el contrato, la garantía que trata el numeral 4.3 del Pliego de Condiciones**”.

El argumento del demandante se fundamenta en que los numerales 20 y 21 establecen una responsabilidad del contratista, de carácter objetivo, ante la pérdida de los bienes objeto del contrato de vigilancia, pues ante el daño, pérdida o sustracción, opera la restitución o pago de su valor. Mientras que el numeral 2 de la misma cláusula expresa que el contratista será responsable por la pérdida o sustracción de bienes de la entidad, cuando éstas le fueren imputables, en otras palabras, el actor sostiene que mientras el numeral 2 exige que las pérdidas que configuran su responsabilidad deben serle imputables, los numerales 20 y 21 no exigen ese requisito, y por tanto son contradictorios.

Al respecto, la Sala advierte que las disposiciones contractuales citadas pueden ser leídas e interpretadas sin sacrificar o hacer ineficaz una de ellas, esto es, la responsabilidad del contratista por pérdida de bienes se configura cuando éstas han sido imputables a él. Este entendimiento, contenido en el numeral 2, no riñe con las disposiciones de los numerales 20 y 21, que no hacen más que contemplar los términos en los que se configura esa responsabilidad, que se reitera, debe ser imputable al contratista, pues es evidente que dichas estipulaciones no contienen una responsabilidad sin imputación, sino el reintegro o pago de los bienes sustraídos o perdidos que hicieran parte del inventario entregado al contratista y sobre los cuales recaía el contrato de vigilancia.

2.1.1. Decreto-Ley 356 de 1994.

Ahora bien, el demandante alega que las obligaciones contenidas en los numerales 20 y 21 desconocen la naturaleza del contrato de vigilancia, convirtiéndolo en un contrato de seguros, pues ante la pérdida de un bien opera inmediatamente su pago o reposición, sin que haya una determinación previa de imputabilidad, como por ejemplo, una falla en la prestación del servicio. Al respecto señaló que establecer una obligación de pago o reposición por los bienes sujetos a su guarda en virtud del contrato suscrito y el inventario de los bienes de la entidad transgrede los artículos 2, 73, 74 y 89 del Decreto 356 de 1994, “por el cual se expide el estatuto de vigilancia y seguridad privada”¹, toda vez que el servicio de vigilancia tiene por objeto prevenir y disminuir las amenazas a la vida o bienes de las personas o entidades, sin poder garantizar que no

¹ **Artículo 2. Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada.** Para efectos del presente Decreto, entiéndese por servicios de vigilancia y seguridad privada, las actividades de que en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas naturales o jurídicas, tendientes a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad individual en lo relacionado con la vida y los bienes propios o de terceros y la fabricación, instalación, comercialización y utilización de equipos para vigilancia y seguridad privada, blindajes y transporte con este mismo fin. **Artículo 73. Objetivo de la vigilancia y seguridad privada.** La finalidad de los servicios de vigilancia y seguridad privada, en cualquiera de sus modalidades, es la de disminuir y prevenir las amenazas que afecten o puedan afectar la vida, la integridad personal o el tranquilo ejercicio de legítimos derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección, sin alterar o perturbar las condiciones para el ejercicio de los derechos libertades públicas de la ciudadanía y sin invadir la órbita de competencia reservada a las autoridades. **Artículo 74- Principios, deberes y obligaciones que rigen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada.** Los servicios de vigilancia y seguridad privada deberán desarrollar sus funciones teniendo en cuenta los siguientes principios (Se enlistan 31 conductas-deberes de las empresas de vigilancia privada). **Artículo 89- Responsabilidad.** Los servicios de vigilancia y seguridad privada podrán además de la póliza de responsabilidad civil extracontractual de que trata este decreto, pactar con el usuario la contratación de un seguro que cubra los riesgos que afecten los bienes objeto de la vigilancia.

ocurran. En ese sentido, quien presta el servicio de vigilancia sólo responde ante una evidencia de deficiencia en la prestación del servicio.

Sin embargo, una vez comparadas las obligaciones contenidas en los numerales 20 y 21 del contrato 020 de 2001, con los artículos del Decreto-Ley 356 de 1994, que el actor estima violados, la Sala no advierte ninguna contradicción entre esas disposiciones del contrato y normas superiores sobre el servicio de vigilancia y seguridad privada. En efecto el artículo 2 del Decreto en mención define los servicios de vigilancia y seguridad privada, adscribiéndole la finalidad de prevención o detención de las perturbaciones a la seguridad que pongan en riesgo la vida o bienes propios o de terceros. En este punto es claro que la obligación de reponer o pagar los bienes extraviados dentro del marco de un contrato de vigilancia, no contradice el objetivo del servicio descrito en el artículo 2, pues la garantía de seguridad y por supuesto, no pérdida de los bienes, es el fin principal que persigue cualquier persona o entidad que contrata este servicio. Igual consideración se puede hacer frente al artículo 73 que define el objetivo de la vigilancia y seguridad privada.

Asimismo, dentro del artículo 74, contentivo de los principios, deberes y obligaciones que rigen la prestación del servicio, tampoco se encuentra una disposición que prohíba a las partes de un contrato de vigilancia el establecimiento de una obligación consistente en reponer o pagar los bienes perdidos y que habían sido confiados a la empresa de seguridad privada. No obstante, llama la atención que el numeral 18 de ese artículo, prescribe: *“Dar estricto cumplimiento a los términos pactados en los contratos con los usuarios, y por ningún motivo abandonar el servicio contratado, sin previo y oportuno aviso al usuario”*. Así las cosas, se observa como la misma norma (con rango de Ley) regulatoria del servicio, impone a las empresas el cumplimiento irrestricto de las obligaciones pactadas en cada contrato.

Finalmente, el artículo 89, sobre la responsabilidad, faculta (nótese que usa el vocablo “podrán”) a las empresas a pactar con el usuario la contratación de un seguro que cubra los riesgos eventuales que afecten los bienes objeto del contrato de vigilancia. Sobre este punto, la Sala observa que la constitución de una póliza de garantía por los bienes objeto del servicio de vigilancia no contradice, bajo ninguna circunstancia, el establecimiento de responsabilidades a cargo de quien presta el servicio, en otras palabras, la existencia de una póliza de seguros no excluye la responsabilidad de la empresa de vigilancia privada.

En este orden de ideas, se tiene que las estipulaciones contractuales atacadas en este proceso no riñen con las normas del Decreto-Ley 356 de 1994, comoquiera que éste no prohíbe la configuración de responsabilidad, bajo la forma de pagar o reponer bienes extraviados. Y dadas las características especiales del servicio y las necesidades de quien lo solicita, es completamente razonable la existencia de una cláusula que obligue a responder al contratista, cuando los bienes que han sido conferidos para su cuidado se reporten como perdidos, precisamente porque la vigilancia se contrata para que ello no ocurra. Una cláusula de responsabilidad de este tipo no va en contra de la regulación legal sobre la materia, y si el contratista se obligó mediante la suscripción del acuerdo de voluntades, lo consecuente es su cumplimiento.

2.1.2. Ley 610 del 2000.

Igualmente, el actor acusa la violación de los artículos 1-7, 22, 23 y 53 de la Ley 610 del 2000, porque ante la pérdida de bienes de propiedad de una entidad estatal, lo procedente era el juicio de responsabilidad fiscal para obtener el resarcimiento (artículo 4²) de los daños ocasionados al patrimonio público, a través de un procedimiento donde además del daño debe demostrarse (artículo 23³) una conducta dolosa o culposa atribuible a la persona que ejerce la gestión fiscal (artículo 5⁴), la que será condenada siempre que obre prueba que conduzca a la certeza del daño y su cuantificación (artículo 53⁵).

Los cargos fundamentados en la violación de estas normas tampoco tienen vocación de prosperidad, porque el proceso de responsabilidad fiscal es independiente de las estipulaciones que sobre responsabilidad se hicieron en el contrato 020 de 2001. Si

² Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

³ Prueba para responsabilizar. El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

⁴ Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

⁵ Fallo con responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

bien, dicho procedimiento tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, su existencia no impide que la administración pública ejerza otros medios para perseguir el mismo fin, a saber, la estipulación de una cláusula de responsabilidad del contratista, o, en gracia de discusión, la interposición de una denuncia o una querrela por hurto, o si se quiere, la constitución de una póliza de seguros. Así pues, en el evento *sub examine*, la administración pública, en virtud del contrato 020 de 2001, estaba facultada para reclamar las pérdidas o extravíos imputables al contratista, de los bienes a él entregados mediante inventario, inclusive a imponer una multa ante el incumplimiento, sin que la mera existencia del juicio de responsabilidad fiscal pudiera enervar esa potestad contractual.

En conclusión, los numerales 20 y 21 de la Cláusula Segunda del contrato 020 de 2001 no adolecen de nulidad en los términos expuestos por el demandante, y además deben entenderse que son acordes y armónicos con la obligación contenida en el numeral 2 de la misma cláusula, en el sentido de que el contratista era responsable de las pérdidas a él imputables. No obstante, la Sala estima necesario aclarar el concepto de imputación, comoquiera que el actor asumió que debió demostrarse una falla en la prestación del servicio prestado para satisfacer el requisito de imputabilidad.

Para ello, la Sala adoptará los criterios que sobre la materia ha expuesto esta Corporación, principalmente en la decisión de eventos de responsabilidad extracontractual, donde la imputación, después del daño antijurídico, se erige como uno de los elementos esenciales para la declaratoria de responsabilidad administrativa.

En efecto, en sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, C.P.: Enrique Gil Botero, se discurió así:

“Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

“En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva)

supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política (...).

En otra oportunidad, sobre el concepto de imputación, esta Subsección razonó así:

“La imputación consiste en el proceso mediante el cual el operador jurídico determina dos aspectos relacionados con el deber contenido en una disposición de naturaleza normativa. El primer nivel es el fáctico (*imputatio facti*) en el que se establece la autoría del daño en el plano material, es decir, a partir de un ejercicio hermenéutico el juez establece los factores que son determinantes en el plano físico, probabilístico y social (v.gr. la posición de garante, el principio de confianza, el incremento del riesgo permitido) para atribuir a un sujeto la producción del daño, es decir, para reputarlo como autor de una conducta que lesiona un interés jurídico; *a contrario sensu*, **en el segundo plano, (*imputatio iure*) se identifica el fundamento normativo del deber de responder** (penal, disciplinaria, patrimonialmente, etc.), en estricto sentido esta es la imputación normativa a la que se refería Kelsen”⁶ (Negritillas añadidas).

Asimismo, la Sala ha expuesto el contenido del concepto de imputación frente a los eventos de daños en los que la obligación que asume el Estado va más allá de la diligencia y cuidado, como en los eventos de daños causados a conscriptos y reclusos. En estos términos:

“No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.

“No quiere significar lo precisado que, en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como causal exonerativa de responsabilidad, sólo que, como se ha venido señalando, la acreditación de la eximente debe hacerse a través de la demostración de que, en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, tal y como lo ha aceptado la doctrina autorizada sobre la materia, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad.”⁷

De lo expuesto, se observa que el concepto de imputación no es asimilable al concepto

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 11 de julio de 2013. Exp.: 27450. C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, exp. 18.586, C.P.: Enrique Gil Botero.

de causalidad, pues este último es un concepto propio de las ciencias naturales, contrario a la imputación que es un concepto jurídico-normativo, que tiene muy en cuenta las obligaciones jurídicas de los sujetos de derecho a la hora de adscribir la responsabilidad por daños causados. Ahora bien, no se puede entender que la imputación de un daño a una persona jurídica o natural, sólo se configura desde la falla del servicio o responsabilidad subjetiva (que es una falta al deber obligacional), pues hay daños que también son imputables a título objetivo, como los causados a conscriptos y reclusos. Tanto en los eventos subjetivos, como objetivos, se hace necesaria la imputación.

En este orden de ideas, descendiendo al caso concreto, la Sala no le concede razón al actor, cuando afirma que no se verifica la imputabilidad de las pérdidas generadas, sólo por el hecho de que no se le demostró una falla en la prestación de su servicio, pues en este caso la imputación viene precedida de elementos normativos de contenido obligacional provenientes del contrato. Esto es, al contratista no le era imputable cualquier pérdida de bienes como erróneamente lo afirmó, sino aquellas que se hubieren recibido con el inventario y que por mandato de las obligaciones contractuales que éste asumió, estuvieren bajo la órbita de su cuidado, dentro de las áreas sometidas a su control y vigilancia. El factor de imputación, entonces, proviene de las obligaciones del contrato.

Ahora bien, dilucidado el punto de la nulidad de los numerales 20 y 21 de la cláusula segunda del contrato 020 de 2001, procede la Sala a abordar el cargo de violación del debido proceso.

2.2. De la legalidad de las Resoluciones No.999 del 19 de diciembre de 2001 y No. 192 del 22 de abril de 2002.

Se acusa por el demandante, la violación del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Para fundamentar su cargo, alegó que era violatorio de este derecho, exigir el pago o reposición de los bienes reportados como perdidos sin que previamente se hubiere establecido que su sustracción le era imputable. Asimismo, señaló que no se tenía certeza sobre el monto de los bienes perdidos, tanto que al respecto se hizo necesaria la práctica de varias diligencias y verificaciones por parte del contratista.

Sobre el particular, se hace menester resaltar que las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales no escapan de los límites que impone el derecho fundamental al debido proceso –art. 29 CP.-, en virtud del cual se debe garantizar a los afectados con una decisión el derecho a defenderse adecuadamente, es decir, en los términos de las garantías mínimas que contempla este derecho.

Al respecto, se citará *in extenso* la sentencia del 23 de junio de 2010⁸, que discurrió sobre el debido proceso en el procedimiento administrativo de la contratación estatal, así:

“Descendiendo de la teoría general al procedimiento contractual estatal, se encuentra que esta área del derecho administrativo no ha sido ajena a la situación descrita. De hecho, aquí tienden a mantenerse las mismas etapas y épocas indicadas, como por ejemplo: la negación implícita del debido proceso, pues antes de 1991 sólo regían los derechos que introdujo el CCA., que no eran suficientes para hablar de un *debido proceso administrativo* en esa época, sino únicamente de un *procedimiento administrativo*, inspirado en los principios del art. 3 CCA.⁹, pero no en los del debido

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp: 16367. C.P.: Enrique Gil Botero.

⁹ Dispone el inciso primero del art. 3 “PRINCIPIOS ORIENTADORES. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

“Comentando la complementación que se da entre los arts. 29 CP. y 3 CCA., pero sumado al efecto que produce el art. 209 CP., la Sección Tercera analizó el tema en la sentencia de 10 de noviembre de 2005 –exp. 14.157- indicando que: “No obstante lo anterior, lo cierto es que el CCA no desarrolló –como tampoco lo hicieron el común de las normas que establecieron procedimientos administrativos especiales- toda la riqueza principialística que contiene el derecho fundamental al debido proceso, pues dejó de lado buena parte de los derechos que lo integran y la regulación se concentró, básicamente, en los siguientes aspectos: los principios rectores de los procedimientos administrativos –art. 3 CCA-, el procedimiento administrativo, el derecho de defensa y la impugnación de las decisiones; quedando por fuera muchos otros que, si bien no fueron negados, tampoco fueron afirmados. Tal es el caso de los derechos a la preexistencia de ley al acto que se imputa y a las sanciones imponibles, el *non bis in idem*, la *no reformatio in pejus*, el principio de la favorabilidad, entre otros.

“Por lo mismo, se debe reconocer que los procedimientos administrativos han resultado no sólo enriquecidos por el artículo 29 constitucional, sino también por el 209, el cual estableció, en el inciso primero, que ‘La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.’

“Este listado de principios coincide, en buena parte, con el que, de antes, traía el artículo 3 del CCA, aunque el mismo fue adicionado con dos principios más: el de igualdad y el de moralidad, los cuales han agregado importantes significados a la forma como se adelantan las actuaciones administrativas.

“Este dato, unido a la expresa consagración constitucional del debido proceso, en asuntos administrativos, da cuenta de la progresión continua de este derecho, en este campo, el cual siempre requirió y demandó espacios más propicios para desarrollar la protección de los particulares, porque resultaba injustificable que, en materia judicial se garantizara el derecho de defensa, y todo lo que implica el debido proceso, mientras que, en materia administrativa esta valiosa garantía no constituyera un derecho del interesado, o, al menos, no con la claridad deseada.

proceso. Fue por eso que las sanciones se imponían, en veces, de plano, es decir, sin fórmula de juicio, actuando la administración con el convencimiento de que tenía la razón, y que las dudas se podían despejar a través del derecho ciudadano a interponer los recursos de la vía gubernativa. Incluso, la Corte Constitucional no fue ajena a esta actitud regresiva, porque recién expedida la Constitución expresó frente a una sanción contractual –sentencia T-565 de 1992- que: ‘Esta Corporación encuentra que en lo que hace a las actuaciones administrativas señaladas no existe violación al Derecho Constitucional Fundamental al debido proceso administrativo, ya que los actos en los que se manifiesta la voluntad de la administración fueron proferidos cumpliendo las formalidades a ellos exigidas, como son las de la publicidad y la contradicción. *En efecto, al peticionario no se le ocultó la actuación y se le dió la oportunidad de ser oído y vencido en la misma por virtud del ejercicio de los recursos correspondientes en vía gubernativa y señalados por la ley.*’ (itálicas fuera de texto)

“Con el paso de los años se avanzó en las garantías exigibles, pero como aconteció en la mayoría de los procedimientos administrativos generales, la incorporación de los derechos que forman parte del debido proceso ha sido gradual: frente a unos excesivamente lenta, y frente a otros un poco más ágil. El ritmo de ese movimiento lo ha marcado la jurisprudencia de las Altas Cortes, toda vez que a veces, en forma resuelta, impone contenidos progresistas frente a lo que históricamente ha sido el derecho administrativo, pero en otras ocasiones mantiene una reserva y precaución asfixiante, so pretexto de que ciertos derechos no rigen en materia administrativa, sino tan sólo en lo penal.

“Si se hace un balance del tema, al interior de esta área del derecho administrativo, resulta satisfactorio apreciar que desde el decreto 01 de 1984, y en forma importante con la Constitución de 1991, hasta hoy, no sólo éste como género, sino la contratación estatal como especie, han recepcionado las distintas garantías del debido proceso, elevando la protección a favor del ciudadano, pero también la que requiere el Estado. Sin embargo, a nivel de conclusión informada y detallada del tema, hay que precisar de qué manera y qué derechos, en concreto, se han incorporado a los procedimientos contractuales, así como también se deben identificar aquéllos sobre los cuales persisten las dudas en integrarlos a esta área del derecho.

“Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como *principio rector de la contratación estatal*. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto. Dispone este precepto:

“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

“No obstante, es claro que el debido proceso a que está sujeta la administración pública debe coexistir con la necesidad y la obligación que tiene ésta de asegurar la eficiencia, la economía, la celeridad y la eficacia en el cumplimiento de las tareas a su cargo para la satisfacción del interés general, lo que obliga a hacer una ponderación adecuada entre todos ellos a fin de lograr un perfecto y balanceado procedimiento 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.”

“Este precepto exhorta a incrementar, en materia administrativa contractual, las garantías que integran el debido proceso, tomando el legislador partido por esa situación histórica deplorable que ha vivido este derecho fundamental, y que urge introducirlo en los distintos procedimientos, y en particular en el contractual. Se trata de un impulso que reafirma –no crea- el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas¹⁰. Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los procedimientos más progresistas en este campo. En tal sentido, de la norma se desprenden varias ideas, que explican su contenido:

“En primer lugar, señala que *‘El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales’*, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado¹¹, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora.

¹⁰ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –exp. 18.394- expresó la Sección Tercera que incluso la jurisprudencia ya había introducido con fuerza y determinación este derecho, al señalar que “De otra parte, es importante mencionar que la reciente reforma al estatuto de contratación pública, estableció en el primer inciso que *“...[e]l debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales...”*, precepto que representa un avance importante, pero que, como se vio, en aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política y normas legales concordantes ya había sido acogido por la jurisprudencia, incluso, con mayor proyección, en la medida en que la tendencia precedente a la norma lo amplió a los procedimientos administrativos en los que se utilicen las facultades excepcionales con independencia de que fueren sancionatorias o no, lo cual se determina en cada caso concreto. **En vigencia de dicha reforma, el Consejo de Estado ya resaltó la importancia de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, en la que se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad y recordó que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad.**” (Negrillas fuera de texto)

¹¹ En un caso en el cual un oferente no suscribió el contrato estatal adjudicado, dando lugar a que la entidad declarara la situación -generándole la inhabilidad de 5 años que contempla la ley 80 de 1993-, expuso la Corte Constitucional lo siguiente, acerca de la necesidad de respetar el debido proceso en este ámbito: **“En conclusión, tal como lo sostuvo el fallo de segunda instancia, el amparo debe concederse como medida excepcional por violación al debido proceso**, producto de haber constatado que el accionante en el proceso contractual estudiado, demostró fehacientemente haber actuado en todo momento de buena fe, y con absoluta lealtad, como que en la misma diligencia de cierre del proceso, o a más tardar el día siguiente, y cuando menos 20 días antes de la audiencia de adjudicación- (27 de julio de 2004) puso en conocimiento de la entidad contratante el yerro cometido. Además de haberse constatado el perjuicio irremediable que se concreta en una inhabilidad de 5 años

“De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal-, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas.

“En *segundo lugar*, el mismo aparte citado produce otra perplejidad, que solo se resuelve acudiendo al art. 29 CP. Indica que el debido proceso es un principio rector de las *actuaciones sancionatorias* contractuales, de allí que, por oposición, no regiría en las *actuaciones no sancionatorias*, es decir, aquellas donde se asignan o niegan derechos, o se imponen obligaciones. A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas -cuya naturaleza de *procedimiento* es innegable¹²-, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros.

“Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no¹³. Esta clasificación tiene

que le produce, sin lugar a dudas cuantiosos perjuicios a ella y a sus numerosos empleados, amén de que no podrá contratar con el Estado durante el próximo lustro y al tenor de lo previsto en el Art. 9° de la Ley 80 de 1993 debe ceder o renunciar a todos los contratos que actualmente se encuentran en curso, los que en realidad son innumerables como puede verse en la prueba anexa No. 21 (fs. 75 a 80 cuaderno anexo).” (Negrillas fuera de texto) –sentencia T-209 de 2006-

¹² En la Licitación Pública, Julio Rodolfo Comadira contesta a la pregunta que se formula a sí mismo, acerca de si la licitación pública es un acto complejo o un procedimiento administrativo, que “... se inscribe en la órbita del procedimiento administrativo; así lo entiende la doctrina, y también la jurisprudencia...” (Ed. Depalma. Buenos Aires. 2000. Págs. 2 a 3)

¹³ Del mismo criterio ha sido la Corte Constitucional, porque en muchas decisiones, entre ellas la sentencia T-149 de 2002, expresa que este derecho también se debe garantizar para definir la asignación o exclusión de un derecho aplicable a una persona: “En materia de prestaciones positivas del Estado, en desarrollo del principio de Estado social de derecho, el debido proceso administrativo cumple una función de primer orden. **Quien puede ser beneficiario de una prestación estatal no puede ser privado de la misma sino mediante una decisión respetuosa del debido proceso.**

“Ahora bien, la Corte se pregunta si el derecho al debido proceso puede ser invocado para impedir que la administración prive a su titular de un beneficio legal que aún no ha sido reconocido a la persona. A primera vista podría pensarse que por tratarse de una mera expectativa no nos encontramos ante un interés susceptible de protección constitucional. No obstante, la exclusión injustificada de la persona y la vulneración de su derecho al debido proceso, se presenta no sólo por la privación del beneficio ya reconocido, sino también por la negación de la oportunidad procesal para obtener dicho reconocimiento, pese a encontrarse en las circunstancias descritas por la ley o el reglamento. **En efecto, cuando la persona alega que materialmente cumple con el supuesto de hecho de una norma jurídica que asigna un beneficio, la administración no puede privar a dicha persona del procedimiento debido para determinar si procede o no el reconocimiento del respectivo beneficio. Tal proceder priva ex ante a la persona del derecho al debido proceso administrativo dispuesto para decidir sobre el reconocimiento del beneficio legal, con lo que se desconocen los derechos fundamentales al debido proceso administrativo** (art. 29 C.P.) y a la igualdad de trato (art. 13 inc. 1 C.P), dada la exclusión injustificada del solicitante.

“El que las normas legales denominen auxilio al beneficio no le resta derechos al interesado. La denominación del beneficio tampoco lo convierte en una simple gracia del Estado cuando la reglamentación de su asignación en lugar de librarla a la mera voluntad de la administración, define precisos requisitos para determinar a partir de criterios objetivos quienes son los destinatarios del beneficio. Es lo que sucede con la reglamentación del auxilio para ancianos indigentes objeto de este proceso”. (Negrillas fuera de texto)

En esa misma línea de pensamiento se indicó en la sentencia T-525 de 2006 que: “4.2. El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, **de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión**

incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la *preexistencia de la falta y la sanción*, pero en las no sancionatorias carece de espacio. Lo mismo aplica para el derecho a la *presunción de inocencia*, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan de ellos.

“En *tercer lugar*, el art. 17 asigna la competencia a la administración para imponer las multas pactadas en los contratos, pero ‘... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...’. La misma potestad se establece, a continuación, para imponer la cláusula penal, respetando las mismas garantías¹⁴.

“La Sala también impondrá a esta norma una interpretación conforme a la Constitución, similar a la que se acaba de hacer, esto es, exigiendo la aplicación de estas garantías no sólo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual. En este horizonte, carece de justificación que la caducidad se pudiera declarar sin audiencia del afectado, o sin adelantar un procedimiento previo, aduciendo que el art. 17 sólo alude a las multas y a la cláusula penal. **El mismo razonamiento aplica a la declaración de un siniestro, o a cualquier otra decisión que imponga cargas o gravámenes a los involucrados en la contratación estatal.**” (Negritas fuera de texto)

Entre otras cosas, recientemente concluyó esta Sala, al juzgar la validez del artículo 87 del decreto 2.474 de 2008, que no es posible que mediante normas internas se establezca el procedimiento sancionatorio contractual. Se fundamentó en que sólo la ley puede regular el tema, por tratarse de una materia reservada al legislador, y que mientras esto no ocurra se deben aplicar las reglas del Código Contencioso Administrativo - sentencia de 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. CP. Enrique Gil Botero-:

“Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de

en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces la garantía consustancial e infranqueable que **debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones como establecer prerrogativas.** Si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son un mandato imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados.” (Negritas fuera de texto)

En la sentencia T-796 de 2006 la Corte también admitió que en los procedimientos contractuales no sancionatorios, como la liquidación del contrato, debe aplicarse el debido proceso, en este caso en su faceta de la posibilidad de presentar pruebas y controvertirlas.

¹⁴ Esta norma fue reglamentada por el art. 87 del decreto 2474 de 2008, que estableció: “Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas.* De conformidad con el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

“Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición.

“En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente.”

las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria. En el libelo de demanda se señaló:

(...)

“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo¹⁵.

“Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política,...”¹⁶ (Subraya fuera de texto).

“Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (*relación extra-orgánica*), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos¹⁷”.

Ahora bien, de conformidad con el precedente transcrito, es evidente que el debido proceso era de atención obligatoria también en la actuación que adelantó la administración para imponer la multa, es por lo que en el caso concreto se analizará si el FONDATT respetó estas garantías mínimas.

2.2.1. El debido proceso en el caso concreto.

2.2.1.1. Deber de comunicación.

La Jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la iniciación de un procedimiento contractual de tipo sancionatorio debe observar el deber de comunicar al

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 252 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, la sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”.

interesado sobre la existencia de la actuación y el fin que persigue.

Sobre esta obligación, en materia contractual, la Sala se ha pronunciado así:

“Analizado el acervo probatorio, no se hallaron antecedentes que acrediten que la entidad pública –titular del *ius puniendi*- hubiera adelantado un procedimiento que satisfaga la garantía que tienen los contratistas-investigados a que se surtan las indagaciones según las formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a un espacio o momento reposado de reflexión, previo a la decisión sancionatoria. Incluso, hasta el CCA. exige este trámite preliminar -según lo dispone el artículo 4 numeral 4-, en virtud del cual: ‘Las actuaciones administrativas podrán iniciarse: (...) 4. Por las autoridades, oficiosamente’, norma que a continuación la desarrolla el artículo 28 CCA., que exige –precisamente- vincular al particular que pueda resaltar afectado con ello:

“Art. 28. DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, **a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.**

“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.” (Negritas fuera de texto).

“Esta norma remite a los artículos 14, 34 y 35, que exigen, en su orden: pedir y decretar pruebas en el procedimiento¹⁸ y la necesidad de motivar la decisión¹⁹.

“(...) El asunto es tan claro, que el art. 28 CCA. citado dispone que la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio exprese dos cosas: la existencia de la actuación y el objeto de la misma –en materia contractual se debe entender incluido el señalamiento de las normas o cláusulas contractuales que contemplan la falta y la sanción-. O sea que nada se puede hacer a espaldas de los vinculados con los hechos que se investigan”²⁰.

Adicionalmente, sobre los rasgos propios de una comunicación que respete el debido proceso en el trámite de un procedimiento sancionatorio de carácter contractual, la Sala ha discurrido así:

¹⁸ Art. 34. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.

¹⁹ Art. 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

“En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

“Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

“Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.”

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp: 16367. C.P.: Enrique Gil Botero.

“De esta forma, la tesis descrita -en virtud de la cual la Sección admite que las comunicaciones previas entre *las partes* del contrato satisfacen el derecho a que el contratista conozca de la inconformidad de la administración con el cumplimiento de las obligaciones del contrato- debe entenderse en los términos de los arts. 4, 28, 14 y 34 CCA. Es decir, que para que surtan este efecto -tal como se desprende de cada una de las sentencias citadas-, allí debe expresar claramente el objeto de la inconformidad, con la indicación de la necesidad de que manifieste su posición frente a las imputaciones de la entidad y el derecho a presentar las pruebas que respalden o fundamenten su defensa.

“El juez, por tanto, debe analizar -con especial cuidado- que las cartas enviadas cumplan con los elementos mínimos que permitan inferir con seguridad que se le ha dado al contratista la oportunidad de defenderse, y no que simplemente se le reprochó una conducta o hecho, sin especificarle su derecho a manifestar su criterio al respecto, ya que la entidad desatará, a partir de allí, un trámite que puede culminar con una sanción.

“Si se aprecia con detenimiento la jurisprudencia de esta Sección, ella no permite que el inicio de las actuaciones se haga con cualquier manifestación contenida en una carta, sino que exige claramente que se indique en qué consiste la inconformidad con el avance del contrato -art. 28 CCA.-.

“En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse -de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración -art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan. En el caso concreto se adolece de todo esto, y por eso se anulará la decisión.

“Además, si las comunicaciones que la interventoría afirma le envió al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del art. 29 CP.; aún así se desconocería si le exhortó a que se defendiera en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema, y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado. De allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo un incumplimiento de las obligaciones contractuales. En otras ocasiones la Sala se ha referido con claridad a temas semejantes²¹.

²¹ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 -exp. 18.394- expresó esta Sección al respecto: “Lo que se quiere subrayar es que, por regla general, en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, es la propia etapa de ejecución del contrato el escenario procesal en el cual el contratista debe haber tenido la oportunidad de rendir descargos, solicitar pruebas o presentar alegaciones sobre los incumplimientos que se le atribuyen durante el transcurso contractual, porque **la Administración a lo largo de la relación comercial le ha dado a conocer al contratista los hechos de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de las facultades sancionatorias y, además, le ha dado traslado de los elementos de convicción recaudados, con el fin de que aquél tenga la oportunidad de presentar sus explicaciones y contradecir las pruebas que se aduzcan en su contra.** (...)”

“En conclusión, en materia de aplicación de sanciones contractuales, lo que la jurisprudencia ha reclamado es que la medida sancionatoria no resulte sorpresiva o intempestiva, y que, en todo caso, **se otorgue al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que se esgrimen en su contra, antes de que se adopte la decisión**, procedimiento en la formación de la voluntad de la Administración que no se suple con los recursos por vía gubernativa, dado que es otra fase de la actuación, en la que si bien impera también la garantía del debido proceso, en ella se discute la decisión ya tomada.”

Así las cosas, se procederá a revisar si en el caso concreto se cumplió el requisito de la comunicación a la luz de los planteamientos ya expuestos. Al respecto se tiene que el interventor del contrato 020 de 2001, le envió de forma constante comunicaciones al contratista, entre ellas, la del 24 de septiembre de 2001, donde se le informó sobre la pérdida de un teléfono digital y la del 8 de octubre siguiente donde se informó la pérdida de un computador portátil. Estas comunicaciones no son indicativas de la iniciación de una actuación administrativa, pues no informaron al contratista de las posibles sanciones que acarrearía un eventual incumplimiento. Sin embargo, en la comunicación del 9 de octubre de 2001, se le informó al contratista del saqueo del Patio No. 4, junto con el informe detallado de los elementos faltantes y se le conminó a dar una respuesta dentro de los términos establecidos en el contrato. En las comunicaciones del 1º de noviembre, el contratista respondió a los requerimientos del interventor en relación con la pérdida del computador portátil y el 13 de noviembre se refirió a las pérdidas del Patio No. 4, señalando, entre otras cosas, que algunos bienes perdidos no habían sido recibidos en el inventario. También se encuentra la comunicación del 19 de noviembre, remitida por la oficina jurídica del FONDATT al representante legal del contratista, donde se reiteraron los hechos expuestos en comunicaciones anteriores y se hizo mención expresa de la situación jurídica, esto es, la aplicación de los numerales 20 y 21 de la cláusula segunda. En la misma comunicación se le brindó al contratista un término para que explicara sus razones. El contratista, en ese término, guardó silencio.

En este orden, fuerza concluir que la actuación administrativa que derivó en la multa impuesta en Resolución No. 999 de 2001, cumplió con el deber de comunicar al interesado, y el acto administrativo no fue una sorpresa para el contratista.

2.2.1.2. Derecho de defensa, pedir y presentar pruebas e impugnar el acto administrativo desfavorable.

Del acervo probatorio se puede vislumbrar que el contratista tuvo oportunidad de exponer sus argumentos durante el trámite previo a la imposición de la multa, tal como lo corroboran las comunicaciones del 1º y el 13 de noviembre. Asimismo, se le dio la oportunidad de rendir sus descargos ante la comunicación que le enviara la oficina jurídica de la entidad, pero guardó silencio.

Asimismo, la Resolución 999 de 2001, se fundamentó en evidencias que conocía el

demandante, pues, como ya se señaló, el interventor se las dio a conocer mediante diferentes comunicaciones.

Ahora bien, el actor objetó que el informe que fundamentó las pérdidas ocurridas en el Patio No. 4 fue suscrito por personas que no tenían un conocimiento técnico sobre automotores y dejaron constancia en ese sentido en el mismo documento; sin embargo, de ese hecho no puede afirmarse que la administración tomó una decisión arbitraria, pues se basó en un elemento de prueba que tenía en ese momento y que era valorable, en los términos de la sana crítica, y atendiendo las circunstancias particulares del caso: el no tener conocimiento sobre mecánica automotriz no le impide a un funcionario de la entidad (quien por el hecho de serlo sugiere un determinado conocimiento sobre los asuntos de la entidad) dictar un informe sobre faltantes de piezas de vehículos, cuestión que en muchos de los eventos se puede constatar con el solo empleo de los sentidos y para establecer el valor comercial de los faltantes, acudieron a establecimientos de comercio dedicados a la venta de auto-partes.

No obstante, en el trámite del recurso de reposición²², la entidad decretó nuevas pruebas para determinar con precisión el monto de los faltantes, y la revisión contra inventario practicada en abril, con audiencia del contratista. Esto es indicativo de que la entidad respetó el derecho de defensa del contratista y su derecho de pedir y controvertir pruebas. En este punto, se debe insistir que la existencia de variaciones en los montos de las pérdidas del Patio No. 4, no implica, *per se*, una violación al debido proceso, porque las pruebas se practican precisamente para brindarle certeza al fallador (la administración), y en el asunto *sub examine*, se practicaron en razón de las objeciones planteadas por el interesado. Al final, la prueba determinó que sí habían faltantes, sólo que algunos de ellos no eran imputables al contratista por no haber sido recibidos en el inventario. También debe aclararse que la multa impuesta no sólo versó sobre los elementos faltantes del Patio No. 4, sino además por los elementos de oficina que habían desaparecido y que también habían sido recibidos con el inventario.

En conclusión, la Sala considera que en la actuación administrativa que derivó en las Resoluciones 999 de 2001 y 192 de 2002 se respetó el debido proceso del contratista, porque (i) no se le sorprendió con el acto administrativo que lo multaba; (ii) tuvo la oportunidad de pedir y controvertir pruebas; (iii) se le corrió traslado para rendir

²² Puesto que la Resolución 999 de 2001, fue debidamente notificada e impugnada por el contratista.

descargos (del cual no hizo uso); (iv) se le respetó el derecho de impugnar la decisión desfavorable, e inclusive (v) se practicó un peritazgo y una revisión contra inventario en el trámite de impugnación del acto administrativo. Finalmente, el procedimiento administrativo estuvo ajustado a las estipulaciones contractuales a las que se obligaron las partes, y en especial, al procedimiento que sobre imposición de multas se estipuló en el contrato, lo que confirma la legalidad de los actos administrativos demandados.

Por las razones expuestas en esta providencia, se procederá a confirmar el fallo de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia proferida el 22 de diciembre de 2004, por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA