

DEBIDO PROCESO - Definición

El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una sentencia o decisión justa sobre sus derechos (vida, integridad, libertad o patrimonio) involucrados en las mismas. Se encuentra establecido en la Constitución Política de 1991 como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85). La dimensión y contenido del derecho al debido proceso supera el juzgamiento penal y se explica y justifica que sea una garantía fundamental consagrada en las constituciones concebidas bajo el modelo del Estado de Derecho para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.

DEBIDO PROCESO - Aplicación

Como puede apreciarse, el debido proceso comporta varias garantías no limitadas pero si mínimas establecidas a favor del interesado que ha acudido o se la ha hecho comparecer a la administración pública o ante los jueces, a saber: (i) ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente a la conducta que se le imputa (*lex previa - iudicium per legem terre*); (ii) no ser condenado sino por hechos que estén consagrados como delito o infracción al momento de su comisión (*nulo crimen nulla sine lege*); no ser sancionado, sino conforme a las sanciones consagradas previamente en la ley (*nulum poena sine lege*); (iii) no ser juzgado sino con arreglo al procedimiento y las formas propias para cada juicio señaladas en la ley y ante la autoridad judicial o administrativa competente (*legale iudicium sourum*), independiente e imparcial; (iv) a que se presuma su inocencia respecto de la conducta ilícita que se le atribuye hasta que no se le demuestre su culpa; (v) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*); (vi) a la aplicación de la norma más favorable en materia penal; (vii) a aportar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra; (viii) obtener la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; entre otras garantías procesales para la realización del derecho sustancial de las personas, por cuya observancia y respeto deben velar los jueces y las autoridades en las actuaciones judiciales y administrativas. Igualmente, corolario del debido proceso son: (x) las garantías de contradicción y de audiencia (*audiatur et altera pars*).

DEBIDO PROCESO - Derecho de contradicción

El derecho de contradicción posibilita a las partes (demandante o demandado, sindicado, peticionario o administrado) en paridad o igualdad de condiciones formular la demanda y pretensiones (o solicitudes), contestarla y presentar defensas, interponer recursos, aportar pruebas y contraprobar, etc. La audiencia impone el deber al juez o funcionario de oír a las partes antes de tomar una decisión que los vincule o afecte, para lo cual es menester que se otorgue dentro de la respectiva actuación la oportunidad a cada una de ellas de fijar una posición sobre el asunto o en relación con las manifestaciones de la otra y de controvertir las imputaciones y acusaciones que se le hagan en el juicio o procedimiento administrativo que se le promueva o adelante.

DEBIDO PROCESO - Aplicación

Con otras palabras, es derecho de las partes o interesados explicar al juez o funcionario en la oportunidad que se le conceda su opinión sobre la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra, para que éstos conozcan todos los aspectos significativos del asunto sometido a su consideración, de manera que se les facilite dictar una sentencia o decisión justa o acertada en el derecho positivo o

un acto con iguales predicados, de acuerdo con el evento. La audiencia, así concebida, es un imperativo de respeto al procesado, a la parte o al administrado, según el caso, a quienes les interesa que en una situación que les concierne no se tome una decisión en la que pueda resultar sancionada o perjudicada sin que se les dé la ocasión de manifestarse y defenderse. En esta dimensión, su correcta aplicación evita una sentencia o decisión en contra de una parte no citada legalmente o soportada en hechos y pruebas sobre las cuales no hubiere tenido ella la oportunidad de exponer y explicar su postura y argumentos en defensa de los derechos en controversia dentro de la actuación judicial o administrativa.

ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Debido proceso

En definitiva, el derecho al debido proceso rige con carácter obligatorio en las actuaciones judiciales y administrativas, como un bloque de principios y reglas aplicables por los jueces y las autoridades públicas en la relación procesal con el propósito de obtener una sentencia justa y acorde con el derecho material y el respeto de los derechos fundamentales de los individuos, en todas aquellas actuaciones tendientes a producir la constitución, modificación o extinción de un derecho o una obligación o la imposición de una sanción que puedan afectar sus intereses de libertad, vida o patrimonio. Es decir, procura a las personas, en condiciones de igualdad, participación y respeto, que el asunto que les interesa será decidido por el juez o autoridad administrativa imparcialmente y sin arbitrariedades, mediante un proceso leal y justo. Por eso, bien se pregonó en nuestro medio que tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocido en el Preámbulo de la Carta Política, como una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional, en el entendido de que tutela la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y lo protege de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad judicial o administrativa que conoce y resuelve su situación jurídica, de manera que también se constituye en una condición para la validez de sus actuaciones y, por esa vía, en un mecanismo para la racionalización del poder y de preservación de la seguridad jurídica. En síntesis, el debido proceso elevado en nuestro ordenamiento jurídico a la categoría de derecho constitucional fundamental, en sus manifestaciones de principio de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, derechos de contradicción, audiencia y defensa, aplicación de la Ley preexistente, observancia de las formas de cada juicio, valoración razonable de la prueba, inocencia -entre otros-, es una garantía para los sujetos e intervenientes en cualquier actuación judicial o administrativa que, a su vez, obliga a los funcionarios judiciales y a las autoridades administrativas a respetarlos y asegurar su plena vigencia en la solución de cualquier conflicto o asunto judicial o administrativo.

ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Actuación administrativa. Interrelación con el debido proceso / ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Expresión de la función administrativa

El Estado, para la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios y la ejecución de obras, lo cual obtiene mediante la contratación de los particulares o de las entidades que lo integran. Es decir, el contrato celebrado por las entidades públicas se fundamenta en el interés general, pues es un medio o instrumento al que recurren éstas en aras de conseguir sus objetivos institucionales, desarrollar sus funciones y cumplir la misión que dentro del Estado y la sociedad les ha sido confiada. Por ello, el contrato estatal es una forma de actividad administrativa, dado que tiene por objeto la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en armonía con los

derechos e intereses de los administrados que colaboran con ésta para su logro, quienes si bien concurren a él persiguiendo un interés particular, que consiste en el derecho a una remuneración razonable, proporcional y justa previamente estipulada, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual, cumplen una función social que implica obligaciones. O sea, todo contrato estatal es expresión nítida de la función administrativa, tanto en su celebración como en su ejecución, en el entendido de que persigue la realización de un interés público. Así las cosas, es claro que la actividad contractual del Estado, que consiste en la selección del contratista colaborador, la adjudicación del contrato, su celebración, ejecución y liquidación, configura una típica acción de la Administración, lo cual implica que ella debe realizarse cumpliendo tanto los principios y las reglas que especialmente la encauzan (Estatuto General de la Contratación y normas legales y reglamentarias expedidas en esta órbita), como todos aquellos principios y reglas de la función administrativa, uno de los cuales, es precisamente el del debido proceso y las demás garantías que lo definen y perfilan en el ordenamiento jurídico colombiano.

ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Debido proceso

En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [ix] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas. La Corporación, en el proceso de consolidación jurisprudencial respecto a la garantía del debido proceso en asuntos contractuales, concluyó en forma categórica que este derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política rige en los procedimientos administrativos, incluyendo dentro de éstos el contractual, sancionatorios o no, y que este mandato constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano. Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, por una parte, con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista es indispensable observar el debido proceso en las diferentes fases o etapas de dicha actividad, en especial, desde la formación de la voluntad entre el Estado y los particulares contratistas para la suscripción del contrato (precontractual) hasta su cumplimiento (ejecución contractual); y por otra parte, es menester determinar el campo de aplicación de cada uno de los derechos que contempla el debido proceso y su intensidad, según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues va de suyo que varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta en algunos eventos, pero en otros lo será en forma matizada, modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración, tal y como se pasará a describir a continuación a propósito de la ejecución del contrato y en particular en ejercicio de una potestad sancionatoria como es la caducidad del contrato.

DEBIDO PROCESO - Procesos de selección contractuales

Cabe resaltar que el desarrollo y la aplicación del derecho al debido proceso, encuentra mayor concreción en los procesos de selección contractuales, dado el

nivel de detalle con que se encuentra reglado en las normas que ocupan del tema. Es válido afirmar que el derecho al debido proceso y las correlativas garantías de defensa y de contradicción, que según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política rigen en los procedimientos administrativos -sancionatorios o no-, en la etapa precontractual tienen específicas reglas, como por ejemplo: (i) dar publicidad tanto a la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como a los diferentes actos y hechos que se presenten dentro del procedimiento adelantado, garantizando a partir de ese conocimiento a los participantes o posibles oferentes la oportunidad de presentar observaciones sobre las bases del proceso y sus documentos; (ii) suministrar a quien demuestre un interés legítimo la información del proceso y las copias de los documentos que la integran, con sujeción a las reservas de ley; (iii) observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable; (iv) cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados para asegurar que no se presenten dilaciones injustificadas en el procedimiento; (v) evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; (vi) brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc.; y (vii) motivar la actuación de la Administración y dar a conocer las razones de sus decisiones. Es decir, la observancia estricta de las etapas y las reglas de juego establecidas en las bases y documentos de los procedimientos o modalidades de selección del contratista garantizan el debido proceso, la igualdad, la libertad de concurrencia, la imparcialidad, la objetividad, la transparencia y, en últimas, la legalidad en la actividad contractual del Estado. No obstante, en la presente providencia no se abordará el análisis del debido proceso en la etapa precontractual dado el marco del litigio que se examina.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la aplicación del debido proceso en la etapa precontractual, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre 2007, exps.: 24715, 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447 Acumulados.

**POTESTAD EXORBITANTE - Declaratoria de caducidad del contrato /
POTESTAD EXORBITANTE - Cumplimiento del debido proceso**

Tratándose de alguno contratos, la Administración, como parte del negocio jurídico estatal, con el cual se persigue la satisfacción de las necesidades, carencias, exigencias y requerimientos de los asociados, se encuentra en una especial posición de mando (imperium) del contrato, privilegiada o de superioridad jurídica, que se caracteriza por el reconocimiento de poderes exorbitantes para controlar y dirigir el contrato, interpretarlo, modificarlo (ius variandi), terminarlo o caducarlo unilateralmente con sujeción a la ley, mediante la expedición de actos administrativos debidamente motivados que vinculan jurídicamente a su cocontratante, los cuales deben ser proferidos de conformidad con un procedimiento establecido y dentro de ciertos límites fijados por el orden jurídico.

**POTESTAD EXORBITANTE - Declaratoria de caducidad del contrato /
POTESTAD EXORBITANTE - Cumplimiento del debido proceso**

La Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino también con fundamento en el ius puniendo del Estado ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista, las cuales se pueden traducir en la terminación anormal y anticipada del contrato, como ocurre con el decreto de caducidad del mismo, o, sin que suceda su extinción, en medidas coercitivas y apremiantes para,

precisamente, compelero a la observancia de los dictados del contrato y evitar así su incumplimiento total, de suerte que no se perturbe la prestación de los servicios o la obtención de los bienes u obras involucradas en el respectivo negocio jurídico. La caducidad es la potestad exorbitante que tiene la Administración para terminar unilateralmente un contrato estatal con efectos hacia el futuro, en ciertos eventos contemplados en la ley, dentro de los que se encuentra el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que repercuta seriamente en la ejecución del contrato, con el propósito de desplazarlo o removerlo de manera que pueda asumir aquella directamente la construcción de la obra o la prestación del servicio objeto del mismo o por medio de un tercero que cumpla las exigencias de idoneidad y capacidad necesarias para desarrollarlo. Ahora bien, a la vez que el ejercicio de la potestad excepcional de la caducidad rompe el vínculo contractual y extingue el negocio jurídico estatal, sin reconocimiento indemnizatorio alguno a favor del contratista, priva a éste de los derechos que le habían sido concedidos en el contrato, en tanto su aplicación se origina en acciones u omisiones suyas e imputables a título de dolo o de culpa.

**POTESTAD EXORBITANTE - Declaratoria de caducidad del contrato /
POTESTAD EXORBITANTE - Cumplimiento del debido proceso**

Empero, si bien la caducidad es una potestad sancionatoria, su legitimidad y su ejercicio gravita, primordialmente, como se señaló, en las necesidades públicas y en el cumplimiento de las funciones estatales que determinan la continuidad sin dilaciones e interrupciones del servicio público; es decir, con su declaración se pretende garantizar que en aquellos casos de grave afectación de los contratos por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista no se interrumpa o paralice su prestación y las funciones de las entidades contratantes, sino que, con esa terminación anticipada del contrato, se asegure su continuidad, mediante la correcta ejecución de su objeto directamente por la entidad afectada o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido. En el anterior contexto, esta Sala ha señalado que los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un contrato estatal son: (i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); (ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); (iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); (iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y (v) que su aplicación esté precedida de audiencia del contratista, puesto que el ejercicio de tamaño poder de la Administración, que la sitúa en una posición privilegiada o de superioridad (*potentior personae*), debe respetar los derechos constitucionales al debido proceso y las garantías que el comprende, en especial, el derecho de defensa de los afectados con esta medida de excepción (art. 29 C.P.).

**POTESTAD EXORBITANTE Declaratoria de caducidad del contrato /
POTESTAD EXORBITANTE - Cumplimiento del debido proceso /
PROTECCIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Prevalencia del interés público**

Conocidas en forma sucinta la noción y condiciones materiales de configuración de la facultad exorbitante de declarar la caducidad de un contrato, y teniendo en cuenta que se trata de una sanción cuya imposición tiene la potencialidad de lesionar derechos subjetivos de los contratistas, es indiscutible, según se vio, que

su ejercicio implica que se garantice el derecho constitucional al debido proceso. Sin embargo, como la caducidad está concebida en procura de la obtención de los fines generales perseguidos con el contrato, es menester armonizar adecuadamente la protección del derecho al debido proceso desde esta perspectiva con la prevalencia del interés público

PROTECCION DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Prevalencia del interés público / CRITERIOS - Imposición de la cláusula de caducidad no requiere procedimiento previo

La Corte Constitucional, en Sentencia T- 569 de 1998, señaló que, aun cuando se ha identificado la declaración de la caducidad de los contratos como una sanción para el contratista, no por ello se puede deducir que su aplicación esté condicionada al agotamiento de un procedimiento previo en el que se debata entre la administración y el contratista la necesidad, viabilidad y fundamentos de su imposición. En síntesis, de conformidad con la jurisprudencia transcrita, constituyen las razones por las cuales no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo para el ejercicio de la potestad excepcional de declarar la caducidad del contrato, las siguientes: (i) La finalidad misma de la medida que busca que ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista que impiden lograr el objeto del contrato, se deba actuar con rapidez por la administración para terminarlo en procura de garantizar el interés general que en él se involucra y evitar así una lesión o daño a la comunidad; (ii) su naturaleza no disciplinaria, tributaria o de otra índole que exigen una forma de observancia del debido proceso; (iii) su configuración mediante hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal en el correspondiente acto administrativo; (iv) el seguimiento previo por parte de la entidad en relación con la ejecución del contrato (visitas, informes, etc.) que permiten la comprobación de los hechos que dan lugar a la misma y que ha contado con la intervención del contratista, con lo cual se satisface el principio de la audiencia previa del mismo y su previo conocimiento y participación en la decisión; y, (v) el contratista siempre podrá discutir el acto administrativo ante la propia administración o ante la jurisdicción.

PROTECCION DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Prevalencia del interés público / CRITERIOS - Imposición de la cláusula de caducidad sí requiere procedimiento previo

El Consejo de Estado en el ámbito de las potestades sancionatorias, como la declaratoria de caducidad (predicable a las otras potestades, como la de imposición de multas), ha exigido la aplicación del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas previas a su decreto, pues, sostiene que siendo una medida de gran trascendencia, que implica no sólo la terminación anticipada del contrato, sino la inhabilidad por cinco años para contratar con el Estado, no se puede tomar en forma sorpresiva para el contratista a quien debe brindársele la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales y contradecir las imputaciones de incumplimiento que se le hacen por la administración, sin perjuicio de los recursos administrativos y las acciones judiciales que pueda presentar. Los motivos por los que debe adelantarse un procedimiento previo a la adopción de la caducidad del contrato, consisten básicamente en que: (i) las actuaciones contractuales se sujetan, según remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a las normas generales del Código Contencioso Administrativo (arts. 3, 14, 28, 34, 35 y 50) o, en su defecto, a las de la Ley 58 de la 1982 (art. 5), que imponen previa la decisión que en ellas se adopte adelantar un procedimiento en el que se le de la oportunidad de conocer y expresar previamente sus opiniones, o sea, con audiencia del interesado; (ii) con mayor razón de acuerdo con el artículo

29 de la Constitución Política en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción; y (iii) el carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad implica que no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales, so pena de que cuando no se le ha dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), se comprometa la legalidad de la medida.

PROTECCION DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Prevalencia del interés público / CRITERIOS - Imposición de la cláusula de caducidad no requiere siempre de procedimiento previo

En otra oportunidad, el Consejo de Estado, frente a la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo en el que se declaró por la administración el incumplimiento de un contrato, precisó la jurisprudencia anterior, en el sentido de que no es necesario el procedimiento administrativo previo en todos los eventos sujeto o con aplicación a las reglas de la actuación administrativa general, como cuando el contratista está advertido de las consecuencias de sus comportamientos contractuales. Posteriormente, en este mismo sendero la jurisprudencia para disipar cualquier vulneración al debido proceso señaló que cuando la Administración pretenda declarar la caducidad de un contrato debe adelantar un procedimiento en el que se le permita a la parte afectada ejercer su derecho de defensa, que como mínimo consiste en requerir al contratista para que cumpla el contrato, regla que consideró que no es absoluta en tanto en cada caso particular se determinará si había lugar o no a declarar la caducidad y sí era necesario el requerimiento, como ocurre en aquellos contratos de intervención o de obra en que la administración mantiene un control permanente de ella, al punto que participa paso a paso en la ejecución del mismo, hecho que le permite requerir, cuestionar y supervisar al contratista.

EJERCICIO DE POTESTADES EXCEPCIONALES - Actos motivados. Notificación al afectado

Adicionalmente, ha estimado la Sala que para la protección del derecho de defensa es necesario que los actos mediante los cuales se utilizan las atribuciones excepcionales estén debidamente motivados, puesto que es la única forma en que el contratista puede controvertir los fundamentos en que se basó la Administración para proferir la medida. Incluso, destacó la jurisprudencia que para que surta efectos el acto administrativo contra quien va dirigida la medida excepcional, es menester que el mismo le haya sido notificado, momento a partir del cual se encuentra en la posibilidad de ejercer los recursos y mecanismos para controvertir la decisión, una vez ésta ha sido proferida. 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 fueran 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.

POTESTAD EXORBITANTE - Cumplimiento del debido proceso

En conclusión, siguiendo esta línea de pensamiento, la jurisprudencia de la Sección ha precisado que el ejercicio de este tipo de facultades por parte de la Administración, dada su naturaleza sancionatoria, no puede ser utilizada de manera sorpresiva, toda vez que en ella debe aplicarse el debido proceso y, como corolario del mismo, debe brindarse una oportunidad al particular para que ejerza su derecho de defensa y adecue su conducta a los compromisos contractuales adquiridos.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de las diferentes posturas jurisprudenciales relacionadas con la aplicación del debido proceso en el ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración, Consejo de Estado, Sección Tercera; Auto de 5 de abril de 2001, Exp. 13.919; Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. 18.091; Auto de 24 de julio de 2003, Exp. 18.091; Sentencia de 6 de noviembre de 1992, Exp. 7.030; Sentencia de 20 de mayo de 1993, Exp. 7.455; Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. 17.009; Sentencia de 2 de febrero de 2006, Exp. 8.385; Sentencias de 7 de octubre de 2009, Exps. 17.936 y 18.496.

DEBIDO PROCESO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Cuando la Administración pretenda declarar la caducidad del contrato

De acuerdo con lo expuesto, no es materia de discusión que el debido proceso consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, y que implica, entre otros aspectos, el derecho de ser juzgado por conductas que estén previamente contempladas en la ley, por juez o autoridad pública competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, con garantía de los derechos de presunción de inocencia, de audiencia, defensa y contradicción, entre otros, es extensiva a toda clase de actuación tanto judicial como administrativa, incluyendo dentro de ésta última las derivadas de la actividad contractual del Estado. Sin desconocer que, en veces, la especificidad y naturaleza del asunto y la concurrencia del derecho individual fundamental con el interés general, conlleva a que el conjunto de garantías que integran el debido proceso deba regir en forma ajustada, matizada o atemperada en ciertas actuaciones administrativas en el ámbito de la contratación, es decir, con modificaciones, alcances y proyecciones diferentes. Por regla general, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en esta actividad administrativa en cumplimiento del mandado perentorio del artículo 29 de la Constitución Política y para lograrlo es necesario precisar la manera, forma y grado en que ello debe serlo, dado que el mismo debe ser armonizado con la naturaleza y objetivos de la contratación pública, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.), la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.). Esta finalidad de la contratación, como modalidad de la función administrativa, justifica que la aplicación de los derechos de los administrados que conducen a la garantía del debido proceso, deba ser

armonizada o atemperada sin pérdida del núcleo o contenido mínimo esencial de los mismos, con el interés público que anima el cumplimiento del contrato.

DEBIDO PROCESO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Cuando la Administración pretenda declarar la caducidad del contrato / DEBIDO PROCESO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Su intensidad se debe analizar según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate / DEBIDO PROCESO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil

Como arriba se explicó, la determinación del campo de aplicación de cada una de las garantías que integran el debido proceso y su intensidad se deben analizar según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta para algunos eventos, pero en otros lo será en forma modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración. Así, el debido proceso como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celebrado por la Administración (y va de suyo para la imposición de las multas y la cláusula penal) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general o gubernativo puro, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste, como se explicó, en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra.

DEBIDO PROCESO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Debe surtirse mediante un procedimiento ágil

Incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestado al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual. Este entendimiento tiene sustento en el interés público de que la ejecución de los servicios, el suministro de los bienes o la realización de las obras no se interrumpa o paralice, lo que ocurriría si somete en todos los casos a la Administración a un trámite dispendioso que frustre la finalidad de la medida sancionatoria y, por ende, el cumplimiento oportuno del contrato, con desfase de los plazos generales y parciales para su ejecución en tiempo debido, los cuales, como se sabe, se fijan y pactan de acuerdo con la oportunidad en que se necesita el bien, el servicio o la obra para satisfacer el interés público o colectivo involucrado en el contrato.

DEBIDO PROCESO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Ejercicio de las potestades exorbitantes sancionatorias

Así, durante la etapa de la ejecución del contrato en materia del ejercicio de las potestades exorbitantes sancionatorias (caducidad, multas y cláusula penal) la aplicación matizada y razonada de las garantías del debido proceso, se impone y resulta necesaria para la satisfacción de las necesidades, carencias, exigencias y requerimientos asociados a los contratos, en tanto los motivos que fundamentan la aplicación de esas prerrogativas están relacionados con el interés público, los servicios públicos y las necesidades colectivas apremiantes, cuya responsabilidad se encuentra radicada en la Administración, quien, por tal razón, no puede permitir incumplimientos que retrasen o demoren la obtención del objeto contractual, lo que se presentaría en grado mayor si tuviese que adelantar unas serie de actuaciones rodeadas de un excesivo ritualismo y adicionales a las propias de la ejecución del contrato para ejercer dichas facultades y adoptar las medidas necesarias con el fin de salvaguardar y lograr el objeto del contrato. No puede perderse de vista que la potestad sancionatoria encuentra su fundamento no sólo en el propósito de reprimir las faltas contractuales del cocontratante, sino principalmente en la necesidad de asegurar mediante ese poder la efectiva y debida ejecución del contrato y, por esta vía, la satisfacción del interés público, ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista que impiden lograr el objeto del contrato, razón por la cual la Administración debe actuar con firmeza y celeridad delante de un contratista incumplido.

DEBIDO PROCESO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Ejercicio de las potestades exorbitantes sancionatorias

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 negocial le ha dado a conocer al contratista los hechos de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de la 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. De ahí que, si bien las garantías que rigen el debido proceso son aplicables en materia de potestades sancionatorias contractuales, lo cierto es que ello no tiene lugar con el mismo ritualismo que en el derecho penal o disciplinario. Con otras palabras, el derecho al debido proceso contractual en el ejercicio de las facultades sancionatorias no debe ser entendido como la necesidad de adelantar una actuación con formación de un expediente como si fuera un proceso penal o disciplinario, dado que esa visión no sería congruente con lo perseguido por la ley al otorgar los poderes excepcionales de la Administración; por el contrario, el procedimiento en materia sancionatoria contractual de la Administración debe ser armonizado con el interés público y general ínsito en los contratos que celebra la administración y debe ser aplicado en los términos ya explicados. 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.

DEBIDO PROCESO - Vulneración / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Al contratista no se le brindó la oportunidad de controvertir los argumentos de la entidad contratante para adoptar la decisión

La decisión de la entidad pública contratante fue el resultado de las quejas presentadas por los usuarios Correa, Zuleta y Monsalve y del informe presentado por el interventor, César Rodrigo González García, Jefe de la División de Servicio de Apoyo, Diagnóstico y Terapéutico del ISS, Seccional Antioquia, en el que analizaba esos casos, sobre el comportamiento desplegado por la contratista Scanografía Neurológica Limitada en su atención. Sin embargo, revisadas las pruebas y los hechos demostrados a través de las mismas en el proceso, se percata la Sala de que la entidad demandada no dio traslado al contratista de las quejas e informes que sirvieron de soporte y fundamento para declarar la caducidad por parte de la Administración, de manera que no fueron conocidas en detalle por la contratista para controvertirlas antes de que se tomara la decisión. Lo cierto es que la entidad pública demandada tomó la decisión con base en unos hechos que consideró tipificados en las causales de la cláusula décima séptima, sin enviar las quejas y el informe que fundamentaban sus conclusiones, y sin requerir explicaciones a la entidad contratante, es decir, que no le dio brindó en modo alguno la oportunidad de controvertirlos y presentar los argumentos que en su criterio justificaban su conducta o esclarecieran desde su perspectiva la realidad y verdad de los hechos e incumplimientos que se le endilgaban. En tales circunstancias, salta a la vista que la contratista fue sorprendida con la terminación unilateral del contrato sin fórmula de juicio, esto es, sin que hubiera sido escuchada previamente en el procedimiento administrativo que adelantó el ISS para valorar la conducta de incumplimiento que se le atribuyó y que dio lugar a la adopción de la caducidad de su contrato y a la imposición de la sanción que ello implica. Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste al procedimiento mínimo exigido por la jurisprudencia para cumplir con la disposición del artículo 29 de la Carta Política, lo que implica que con ello desconoció y vulneró el debido proceso de la actora y fundamentalmente su derecho de defensa. En otros términos, para la Sala es evidente que la sociedad contratista Scanografía Neurológica Limitada no conocía previa y suficientemente el alcance y los pormenores de las observaciones que habían hecho los mencionados usuarios en sus declaraciones ante la entidad contratante sobre la prestación de los servicios objeto del contrato y su comportamiento durante el desarrollo de éste, como tampoco acerca del informe y el análisis realizado por la Subgerencia de Servicios de Salud de la entidad contratante, de forma que durante ese trámite administrativo no tuvo la oportunidad de oponerse y controvertir las quejas presentadas por aquéllos y el citado informe rendido por quien ejerció la supervisión del contrato. No obstante, la Administración del ISS sancionó al contratista, al declarar la caducidad del contrato, razón por la cual cabe concluirse que se violó el derecho al debido proceso (art. 29. C.P), al omitir su vinculación a la actuación y, por contera, sorprenderla con una decisión de caducidad del contrato, sin haberle dado la oportunidad de ser oída previamente a la misma.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

Actor: SCANOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ISS-

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el proceso de la referencia, contra la Sentencia de 2 de noviembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la cual resolvió:

“1. DECLARANSE NULAS la Resolución No. 001968 del 3 de septiembre de 1991, emanada de la Gerencia Seccional de Antioquía del Instituto de los Seguros Sociales y en virtud de la cual se declaró la caducidad del contrato 224 de 1991, celebrado entre el ISS y Scanografía Neurológica Limitada, para la asistencia diagnóstica y terapéutica institucional; y la Resolución No. 003002 del 16 de diciembre de 1991, emanada del mismo organismo, y en virtud de la cual se confirmó aquélla al resolver el recurso de reposición propuesto por el contratista.

2. En consecuencia, se condena al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a devolver a SCANOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA el valor pagado por concepto de cláusula penal pecuniaria, si se hubiere verificado dicho pago.

3. Se condena en abstracto al pago de la utilidad dejada de percibir por el contratista, por lo que, una vez ejecutoriada esta sentencia o el auto que ordene cumplir lo resuelto por el superior, dentro de los dos meses siguientes la parte favorecida deberá presentar por escrito una liquidación motivada y especificada de la cuantía de la indemnización, con solicitud de las pruebas que pretenda hacer valer.

4. Las sumas que deben pagarse se someterán al ajuste previsto en el artículo 178 del C.C.A. hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh}{X} \times INDICE\ FINAL - INDICE\ INICIAL$$

En donde el valor presente (R), se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la utilidad dejada de percibir por el actor en el saldo de ocho millones ochocientos mil ochocientos quince mil doscientos cuatro pesos (8.815.204.00), desde el 5 de febrero de 1992, fecha a partir de la cual quedó ejecutoriada la declaratoria de caducidad,

hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE y vigente el último día del mes de febrero de 1992. Esta misma fórmula se aplicará a la devolución de la cláusula penal pecuniaria, como índice final el último día del mes de ejecutoria de esta sentencia y como índice inicial el último día del mes en el que se pagó dicha suma.

5. NIEGANSE LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

6. Se reconocer personería para actuar la Dra. SOL BEATRIZ CALLE D'ALEMAN, portadora de la tarjeta profesional No. 51661, en condición de apoderada sustituta del Dr. SAUL AGUIRRE y con las mismas facultades a éste conferidas."

La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será confirmada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El presente proceso se originó en la demanda presentada el 25 de febrero de 1992, por la Sociedad Scanografía Neurológica Limitada, en contra del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia -en adelante también ISS o Instituto-, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A., en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.- Que es nula la Resolución No. 001968, de septiembre 3 de 1991, dictada por el Instituto de los Seguros Sociales, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato No. 224 de 1991, celebrado entre dicho instituto y la sociedad Scanografía Neurológica Limitada, representado el primero por su Gerente, doctor Guillermo Mejía Mejía, y la segunda por su Gerente, el doctor Mario de J. Vásquez Soto.

Segunda.- Que es igualmente nula la resolución No. 0003002, de diciembre 16 de 1991, por medio de la cual se confirmó la anterior.

Tercera.- Que el Instituto de Seguros Sociales es patrimonialmente responsable de los perjuicios materiales causados a la sociedad demandante como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato, así como de los que más adelante se causen, sobre los cuales se condenará en abstracto.

Cuarta.- Que el Instituto de Seguros Sociales es igualmente responsable de los perjuicios morales causados a los doctores Mario

de J. Vásquez Soto y Hernán Melo León, con la decisión tomada y que aquí se impugna.

Las condenas económicas se harán indexadas."

2. Los hechos

Los hechos relatados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. Que el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Antioquia, celebró con Scanografía Neurológica Ltda, el contrato No. 224 de 1991, que tenía por objeto la atención de pacientes remitidos por el primero a la segunda, a fin de que ésta le prestara los servicios de "TOMOGRAFÍA AXIAL COMPUTARIZADA SIMPLE Y CONTRASTADA CON O SIN ALTA RESOLUCIÓN"; con una duración de un año, contado a partir del 16 de abril de 1991, y su valor total era la suma de \$30.000.000, habiéndose previsto una ejecución sucesiva que fuera cubriendo proporcionalmente el término del contrato.

2.2. Que el 10 de septiembre de 1991, y sin que previamente mediara requerimiento alguno, fue sorprendida la sociedad demandante con la notificación de la Resolución No. 001968, de 3 de septiembre anterior, por medio de la cual se declaraba la caducidad del aludido contrato, expedida por el Gerente Seccional del ISS, Seccional de Antioquia, no obstante que en ese momento se estaba dando cumplimiento al contrato por parte del contratista.

2.3. Que contra la anterior resolución presentó recurso de reposición, junto con los medios de prueba que aclaraban los cargos de "discriminación de pacientes" e "inoportunidad en la atención de los mismos poniendo en peligro sus vidas", que se tomaron como causas para declarar la caducidad, sin embargo, el ISS negó reponer la decisión en Resolución No. 003002 de 16 de diciembre de 1991, notificada el 4 de febrero de 1992.

2.4. Que, en efecto, en el recurso de reposición se aportó un informe del funcionamiento de los equipos procedente de la Empresa Siemens, productora de los mismos, pero éste no fue tenido en cuenta por el ISS para desatar dicho recurso, no obstante que con él se desvirtuaban los argumentos en que se fundamentó la caducidad del contrato, por razones de fuerza mayor, con el

argumento de que no existía constancia alguna de que se le haya comunicado al instituto que los equipos se encontraban dañados.

2.5. Que, pese a que en el memorial del recurso también explicó que los pacientes remitidos no revestían urgencia y que además aunque ésta hubiese existido habría sido imposible atenderlos por razones de fuerza mayor, las pruebas que se adujeron como causales de caducidad no se controvirtieron previamente a la declaratoria de la misma, habiéndose violado con ello el principio del debido proceso y el derecho de defensa, además de que la marcada hostilidad del señor César González, Jefe de la División de Servicios de Apoyo del ISS, puso a la contratista en desigualdad de condiciones frente a la posibilidad de desvirtuar los fundamentos de la caducidad.

2.6. Que, en ningún momento la entidad demandada hizo un requerimiento formal con respecto a las quejas de los pacientes en las cuales fundamentó la caducidad, a excepción de una llamada hecha por el doctor César González, a quien además de escucharle el anuncio de que el contrato se terminaría debido al llamado incumplimiento del contratista, se le puso de presente que el contrato se iba agotando por encima del valor del mismo, de conformidad con lo previsto en su Cláusula Octava.

2.7. Que no era usual, durante los nueve años de relación que tuvo con el ISS, que a éste se le informara de fallas o daños en los equipos para la prestación de los servicios, y sólo se le hacía esa manifestación a los pacientes, quienes a su vez informaban al ISS, pero a los cuales bien se les fijaba una nueva cita o bien en casos urgentes se hacía todo lo posible para enviarlos a otro servicio de escanografía.

2.8. Que en el mes de julio de 1991 el equipo de scanografía presentó un funcionamiento irregular, debido a “falla de circuito de control”, el cual se normalizó apenas el día 26 de ese mes, tiempo de funcionamiento intermitente que coincidió con las quejas que sirvieron de base para la declaratoria de caducidad, todo lo cual se corrobora en el informe elaborado por la firma Siemens pero que fue desestimado por la demandada al momento de desatar el recurso de reposición contra la aludida medida.

2.9. Que el contrato suscrito entre Scanografía Neurológica Ltda. con el ISS no implicaba exclusividad, razón por la cual debía cumplir también con los demás usuarios con quienes tenía contratos, situación que desde luego conocía el Instituto; no obstante, con los pacientes atendidos después de declarada la caducidad y hasta antes de resolver el recurso contra esta decisión, ya casi se agotaba el valor del contrato, a pesar que sólo llevaba cinco de los doce meses de plazo previsto.

2.10. Que después de interpuesto el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 0001968 que declaró la caducidad, el Administrador Técnico del ISS le manifestó a la Administradora de la demandante que, por instrucciones del Jefe de la División de Servicios de Apoyo del Instituto, no atendiera un solo paciente más.

2.11. Que aun cuando el percance sufrido por los equipos únicamente involucraba a tres pacientes, y durante nueve años de relaciones entre las partes éstas habían sido normales, la entidad demandada no sólo le dio a su decisión de caducidad del contrato un alcance que no tenía, pues ésta no estaba ejecutoriada, sino que abusó de su poder e incurrió en un prejuzgamiento, porque hasta el 16 de diciembre de 1991 fue que se produjo la Resolución No.0003002, por medio de la cual se confirmó la medida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La actora invocó como normas violadas las contenidas en los artículos 2 y 29 de la Constitución Política; y 1602 y 1604 del Código Civil.

A su juicio, se vulneró el debido proceso, toda vez que se omitió el requisito de la intimación o requerimiento previo a la declaratoria de la caducidad del contrato, con el fin de no sorprender al contratista con la adopción de la medida y brindarle la oportunidad para que exprese las circunstancias que han afectado la ejecución del contrato, como también porque recogió las pruebas de su presunto incumplimiento de manera abiertamente irregular, sin previa controversia sobre las mismas y sin constatar los argumentos de descargo de la contraparte.

Igualmente, dadas las circunstancias de fuerza mayor para ejecutar el contrato, por el funcionamiento irregular del equipo durante diez días, con la medida se

desconoció el principio *pacta sunt servanda* y la existencia de un eximiente de responsabilidad.

Concluyó que nunca fue requerida, ni multada, ni intimidada al cumplimiento por la Administración del ISS, sino que se le sorprendió con una sanción que no se compadecía con su papel contractual.

4. La oposición del demandado

Una vez admitida la demanda mediante auto de 3 de marzo de 1992 y realizada su notificación, el demandado, Instituto de Seguros Sociales, mediante apoderado judicial, presentó escrito en el que se opuso a las pretensiones; aceptó algunos hechos, negó otros y manifestó no constarle los demás.

Igualmente, controvirtió la violación del artículo 2 de la Constitución Política, por cuanto, a su juicio, la Ley ha conferido a la Administración recursos de acción unilateral con miras de proteger el bien público y el interés general, como la cuestionada declaratoria de caducidad del contrato, motivo por el cual mal haría en deducirse que por tal hecho se lesionó el patrimonio de la sociedad demandante, y menos aún establecerse parámetros ciertos o una cuantía estimada o razonada de perjuicios.

También discrepó de que se hubiese infringido el artículo 29 superior, toda vez que, en su sentir: (i) la potestad discrecional de caducar el contrato está fundada en causas previamente determinadas en las que se considera inconveniente la relación contractual, pero para cuyo ejercicio la ley no ha indicado un procedimiento especial; (ii) en el presente caso, existieron antecedentes de reclamo de la entidad pública hacia la contratista, con miras a que se lograra la eficiencia del servicio prestado y se diera solución a los impasses presentados frente a los equipos; y (iii) a través de la vía gubernativa se garantiza al administrado la posibilidad de discutir y hacer uso de los medios de defensa para atacar la decisión tomada por la Administración.

Así mismo, esgrimió que no se desconocieron las normas del derecho privado (arts. 1602 y 1604 C.C.), porque si bien el contrato se rige por ellas, también se tiene una regulación especial y única, como ocurre en materia de caducidad, subrayando, además, que las causas eximentes aducidas por la contratista,

relativas al funcionamiento de los equipos, son aún más fortuitas para la entidad pública accionada que para aquélla.

De otra parte, resaltó que se emitió la resolución de caducidad del contrato en el *sub exámine*, bajo los lineamientos contractuales (cláusulas primera y cuarta), con fundamento en un incumplimiento de la demandante, “*...determinado en las quejas de los pacientes del seguro, en la información obtenida por personal de la institución que intervino en la comprobación de tales hechos, en los informes presentados por el Departamento de Servicio de Apoyo Técnico y demás aspectos probatorios...*”; y cumpliendo con los elementos generales para su plena validez, esto es, la competencia del órgano, la formalidad escrituraria, la motivación exacta, y la oponibilidad mediante la concesión de los recursos pertinentes, en garantía del derecho de defensa.

Finalmente, formuló las excepciones de: (i) indebida (inepta) demanda, por cuanto considera que la resolución de caducidad es demandable mediante una acción ordinaria y no a través de la acción contractual; y (ii) inexistencia de la obligación indemnizatoria, pues no existe obligación atribuible a la demandada, según los argumentos de defensa esgrimidos.

5. Actuación procesal en la primera instancia

5.1. Por auto de 22 de abril de 1992 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las documentales que se acompañaron con la demanda y su contestación y las demás solicitadas por las partes, con excepción de la prohibida por el artículo 199 del C. de P. Civil.

5.2. El 29 de julio de 1997, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida por falta de acuerdo.

5.3. Mediante proveído de 14 de agosto de 1997, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Procurador 32 en lo Judicial con el fin de que rindiera concepto. La parte demandante y el Ministerio Público no presentaron escrito de intervención en esta etapa.

El demandado insistió en su oposición, pues para él están demostrados los hechos que fundamentaron la declaratoria de caducidad del contrato, a través de

las declaraciones rendidas en el proceso, las cuales dan cuenta de que hubo un servicio discriminado para los pacientes del ISS y una atención deficiente con los equipos, porque: (i) las citas de tres pacientes fueron otorgadas para dos meses o un mes después de que se hizo la remisión; (ii) si bien existió el daño de los equipos, éstos estuvieron parados sólo por tres días y la intermitencia permitía prestar el servicio en un 60%; y (iii) con todo, el percance fue superado casi inmediatamente, circunstancia que no legitima que las citas a los pacientes se otorgaran para uno o dos meses después.

6. La sentencia recurrida

6.1. En la providencia apelada, el Tribunal *a quo* consideró, de entrada, que los actos administrativos surgidos con ocasión del contrato, y la caducidad es uno de ellos, están sujetos a la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A., por lo que no podía prosperar la excepción de inepta demanda, dado el trámite correcto solicitado por la actora. Además, sobre la excepción de inexistencia de la obligación, agregó que corresponde al fondo de la controversia.

Al estudiar el caso concreto manifestó que, según los motivos expuestos en la Resolución 001968 de 3 de septiembre de 1991 -numerales 3 y 4- y en la Resolución No. 003002 de 16 de diciembre de 1991 -numeral 4-, en los que se señala y se confirma -respectivamente- el incumplimiento por parte del contratista de la obligación en la prestación del servicio de salud, no existía duda acerca de que la cláusula décima séptima del Contrato No. 224 de 1991, en sus literales a., c. y e., y las declaraciones de los usuarios Luis Fernando Correa Henao, Jorge Zuleta Montoya y José Ignacio Monsalve, respecto de las anomalías sucedidas los días 16, 23 y 25 de julio de ese año, fueron el soporte y apoyo para decretar la caducidad que se cuestiona.

Enfatizó que, así las cosas, el problema se reducía en establecer si las supuestas declaraciones que rindieron ante el ISS los mencionados beneficiarios, podían ser tenidas en cuenta como prueba. Para dilucidar el anterior interrogante, indicó que debía acudirse al artículo 29 de la Constitución Política, que ordena la aplicación del debido proceso a toda clase de actuaciones administrativas, disposición que en esos términos concede razón al demandante, cuando alega que la expedición de la resolución de caducidad de un contrato debe estar precedida de una actuación administrativa ajustada a dicho derecho.

Sostuvo que según el libro primero del Código Contencioso Administrativo, la actuación administrativa es diferente a la vía gubernativa, lo que significa que, previamente a la emisión del acto que declara la caducidad, debió existir una actuación administrativa que arrojara la demostración de los supuestos en que aquélla se fundamenta, tal y como lo confirma el artículo 64 del Decreto ley 222 de 1993, procedimiento que no puede iniciarse unilateralmente, sino que, cuando se inicia de manera oficiosa, como ocurrió en este evento, debe observar los artículos 28, 14, 34 y 35 de aquél código.

Por lo anterior, concluyó que:

"[C]onforme al artículo 14 del C.C.A., al ser propuestas las quejas de los usuarios del ISS, era perfectamente previsible que afectaban al contratista Scanografía Neurológica Ltda., por lo que se podía saber con antelación que había un tercero determinado que tenía interés directo en las resultas de la decisión. No obstante y a pesar de ello, no fue citado al procedimiento. Por ello se encontró con una decisión sorpresiva, pues no fue escuchado previamente a ella, pues ni siquiera sabía que existía una queja antes de conocer la declaración de caducidad del contrato.

El artículo 34 se refiere a **las pruebas** y, aunque éstas pueden pedirse, decretarse y allegarse sin requisitos ni términos especiales, por lo que, en principio, las quejas de los usuarios podían servir para probar la causal de caducidad, **era indispensable para que se tuvieran en cuenta al momento de decidir que hubieran sido conocidas por el contratista antes de que fuera tomada la decisión**. Esto porque el artículo 35 del C.C.A. [lo] establece claramente (...).

No se reprocha la forma como fue recogida la prueba, pues, como se dijo, el artículo 34 no establece requisitos ni términos especiales para las mismas, sino **la simple circunstancia de que no fuera conocida por el demandante antes de que se tomara la decisión que puso fin a la actuación administrativa**. (...)

Como la prueba en mención fue secreta en la actuación administrativa y no fue posible controvertirla, es nula de pleno derechos conforme al inciso final del artículo 29 de la Constitución, por lo que no podía ser valorada para decretar la caducidad. En consecuencia, se anularán los actos demandados.” (Negrilla ajena al texto original).

Finalmente, estimó que no había lugar a conceder los perjuicios morales, porque en la demanda (hecho 17) se afirma que fueron padecidos por los socios y no por la persona jurídica por ellos constituida, y como ellos no son parte en el proceso, aún en el evento de haberse demostrado, no sería procedente la condena; en

cuanto a los perjuicios materiales accedió a la solicitud de condena en abstracto de la utilidad dejada de percibir con base en la parte no ejecutada del contrato, porque en el expediente no está probado el monto de la misma ni siquiera con el dictamen pericial; y negó los demás perjuicios que no fueron demostrados.

6.2. Uno de los magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal *a quo*, aclaró voto, dado que, en su opinión, el comportamiento asumido por el contratista demuestra el incumplimiento de sus obligaciones, lo que permite concluir que efectivamente se dio la causal de caducidad, pero, acompaña la decisión final, pues, estimó que, frente a ese incumplimiento, la entidad debió requerirlo para que se le garantizara el derecho de defensa.

7. La apelación

La entidad pública demandada interpuso el 12 de enero de 2000 recurso de apelación contra la providencia anterior, en el cual reiteró los conceptos expresados en la contestación de la demanda y en los correspondientes alegatos.

Adujo que la conducta desplegada por ella al declarar la caducidad del Contrato 224 de 1991, celebrado con la empresa Scanogafía Neurológica Ltda., se ajustó a las facultades que le atribuía el Decreto ley 222 de 1983 y encuadra dentro la Cláusula Décima Séptima que establece esa posibilidad por la mala atención, las deficiencias en el servicio que pongan en peligro o agraven la salud de los pacientes y el trato discriminatorio, ya que el contratista incumplió con la obligación de prestar los servicios a los beneficiarios del ISS en forma oportuna y en igualdad de condiciones frente a los pacientes propios, circunstancia que fue comprobada por medio de testimonios rendidos por los señores Correa, Zuleta y Monsalve, quienes depusieron al respecto.

En este sentido, afirmó que, al ser informado el ISS de las irregularidades que se venían presentando, actuó en forma justa y legal a decretar las pruebas correspondientes, “*...situación ésta que fue advertida y notificada por el funcionario encargado de los servicios de salud, del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional de Antioquia, doctor César González García, tal y como lo manifiesta el apoderado de la parte demandante en el hecho octavo, cuando dice: ‘en ningún momento la entidad demandada, hizo un requerimiento formal con respecto a las quejas de los pacientes en las cuales fundamentó su caducidad, a*

excepción de la llamada hecha por el doctor César González, a quien además de escucharle el anuncio de que se terminaría el contrato debido al llamado por él (incumplimiento del contratista)”; como por confesión efectuada también por su apoderado cuando manifestó “no hubo pues, intimidación previa, sino una categórica notificación verbal del doctor González, según la cual el contrato se ‘terminaría’ porque Scanografía Neurológica lo había incumplido, discriminando a los pacientes de los Seguros Sociales y poniendo su vida en peligro, lo que está muy distante de la verdad.”

De lo anterior, coligió el recurrente que no hubo violación al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la C.P., toda vez que el demandante tuvo conocimiento aunque en forma verbal de la existencia del proceso que llevaría a decretar la caducidad del contrato, estaba enterada de las quejas presentadas por los beneficiarios del ISS y pudo estar presente al momento de recibir las declaraciones de éstos, por tanto, la decisión no fue sorpresiva y se le dio la oportunidad de expresar su inconformidad.

8. Actuación en esta instancia

8.1. En auto de 28 de julio de 2000, se admitió el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la parte demandada.

8.2. A través de auto de 15 de septiembre de 2000, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

La Sala confirmará la sentencia del tribunal *a quo*, para lo cual abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) La competencia; 2) El objeto del litigio y el motivo de la apelación; 3) Los hechos probados, 4) El debido proceso en la actividad contractual; 5) El incumplimiento del debido proceso en el caso concreto.

1. Competencia

La Sala destaca que es competente para conocer de la apelación del presente proceso suscitado mediante la interposición de una acción de controversias contractuales y proveniente del Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el recurso interpuesto en consideración a que la providencia apelada fue proferida en proceso de doble instancia, toda vez que la pretensión mayor asciende a la suma de \$10.000.000.00, y la mayor cuantía exigida para la fecha de presentación de la demanda -25 de febrero de 1992- era de \$6.860.000,oo.

2. El objeto del litigio y el motivo de la apelación

Según la demanda se persigue la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 001968 de 3 de septiembre y 0003002 de 16 diciembre, ambas de 1991, proferidas por el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Antioquia, mediante las cuales se declaró la caducidad del Contrato No. 224 de 1991, celebrado entre dicho Instituto y la sociedad Scanografía Neurológica Limitada, y se confirmó esta decisión, respectivamente; así como la responsabilidad patrimonial de aquél y la consecuente condena de perjuicios materiales y morales.

Para tal efecto, formuló, en esencia, dos cargos a saber: (i) vulneración al debido proceso (artículo 29 C.P.), toda vez que se omitió el requerimiento previo a la declaratoria de la caducidad del contrato, y se recogió las pruebas del presunto incumplimiento en forma irregular, todo sin previa controversia y sin constatar los argumentos de descargo; (ii) desconocimiento del principio *pacta sunt servanda* y la existencia de una fuerza mayor (funcionamiento irregular del equipo durante 10 días) como eximiente de responsabilidad.

El Tribunal *a quo*, entre otros aspectos, declaró la nulidad de los actos administrativos atacados, al considerar que la caducidad del Contrato No. 224 de 1991 debió estar precedida de una actuación administrativa en la que se aplicara el artículo 29 de la Constitución Política que establece el derecho al debido

proceso y se observaran los artículos 14, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, lo cual no sucedió en el *sub exámine*, porque: (i) el contratista no fue citado al procedimiento, no fue escuchado previamente y no conoció la existencia de las quejas antes de conocer la decisión que lo tomó por sorpresa; y (ii) la prueba no podía ser valorada para adoptar la medida, dado que fue secreta y no fue posible controvertirla, lo que la torna nula de pleno derecho, de conformidad con el inciso final del citado artículo 29 superior.

La entidad demandada apeló para que la decisión sea revocada, puesto que estimó que no hubo violación al debido proceso, toda vez que la actora tuvo conocimiento, aunque en forma verbal, de la existencia del proceso que llevaría a decretar la caducidad del contrato, estaba enterada de las quejas presentadas por los beneficiarios del ISS y pudo estar presente al momento de recibir las declaraciones de éstos, razón por la cual la decisión no fue sorpresiva y se le dio la oportunidad de expresar su inconformidad.

Así las cosas, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, se circumscribe en verificar si en el trámite de expedición de las resoluciones demandadas en las que se declaró la caducidad del contrato, se infringió el artículo 29 de la Constitución Política que ordena la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, por desconocimiento del procedimiento administrativo que debe seguirse en las actuaciones contractuales y, en particular, de los artículos 14, 28, 34 y 35 del C.C.A.

2. Los hechos probados

Dentro del proceso quedaron acreditados los siguientes hechos particulares y relevantes para resolver el caso *sub iudice*¹:

2.1. Que el 16 de abril de 1991, entre el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Antioquia y la Sociedad Scanografía Neurológica Ltda., se celebró el Contrato No. 224, de asistencia diagnóstica y terapéutica institucional, según copia auténtica

¹ El acervo probatorio en el presente proceso está constituido por prueba documental aportada fundamentalmente con la demanda y por el ISS en oficios 02-836517 y 02-837132 de 3 de junio y 9 de julio de 1992 –fl.86-, la cual se estudiará a la luz de los artículos 251 y ss. del Código de Procedimiento Civil, en especial, en cuanto a su alcance probatorio. Por eso, en cuanto a los documentos se refiere, no sobra advertir que para la decisión se analizará el mérito de las pruebas documentales aportadas en original o copia auténtica, dentro de las respectivas oportunidades procesales. Igualmente, obran en el plenario, declaraciones rendidas dentro del proceso que se analizarán conjuntamente con las anteriores probanzas. Y, finalmente, se rindió un peritaje pericial, que desechó el juez *a quo* (fls. 129 a 130) por no estar demostrados los costos operativos y la utilidad del la contratista, lo que condujo a que se condenara en abstracto.

allegada con la demanda (fls. 7 a 9 cd. ppal.). De este contrato, se destacan las siguientes cláusulas:

"PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete para con el INSTITUTO a prestar a los beneficiarios que le remita la Subgerencia de Servicios de Salud de la Seccional de Antioquia y las Direcciones de las Unidades Programáticas de la misma seccional, que acrediten la calidad de tales, con su tarjeta de comprobación de derecho vigente y su respectivo documento de identidad los servicios de: TOMOGRAFIA AXIAL COMPUTARIZADA SIMPLE CONTRASTADA CON O SIN ALTA RESOLUCION. PARAGRAFO.- EL CONTRATISTA para cumplir con el objeto de este contrato se compromete a: 1) Realizar los exámenes y/o los procedimientos por fuera de las Instalaciones del INSTITUTO y de acuerdo a las prescripciones del médico tratante. 2) Proveer los equipos especializados, las instalaciones y los recursos físicos necesarios para la realización de los exámenes contratados. 3) Prestar los servicios en forma oportuna.

SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA Además de cumplir a cabalidad con el objeto del contrato y demás obligaciones aquí previstas, de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 11 del Decreto Reglamentario 01 de 1980, EL CONTRATISTA para cumplir con sus obligaciones se compromete a: 1) Aplicar los procedimientos de acuerdo con la solicitud del médico que tenga bajo su cuidado al beneficiario respectivo, 2) Prestar a los beneficiarios el servicio en forma oportuna. (...)

SEXTA: TÉRMINO. La duración del contrato es de DOCE (12) MESES, contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento. (...)

SÉPTIMA: VALOR. Para todos los efectos legales, el valor de éste contrato no podrá exceder de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.oo).

OCTAVA: FORMA DE PAGO. EL INSTITUTO pagará al CONTRATISTA los servicios que preste en cumplimiento del contrato en la siguiente forma: Anticipo del veinte por ciento (20%) sobre el valor total del contrato, por una sola vez, al inicio o a la prórroga del contrato, previa presentación de la cuenta de cobro, que el INSTITUTO cancelará una vez perfeccionado y fenecido el contrato. EL INSTITUTO para armonizar este anticipo, tomará de cada cuenta que presente EL CONTRATISTA, un veinte por ciento (20%). La suma restante o sea el ochenta (80%) se pagará una vez el INSTITUTO y la Auditoría Fiscal correspondiente revisen la cuenta(...)"
(...)

DÉCIMA QUINTA: MULTAS. En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones pactadas en éste contrato por parte del CONTRATISTA, EL INSTITUTO impondrá a EL CONTRATISTA, multas sucesivas diarias equivalentes al uno por mil (1X1.000) del valor del contrato. Este valor será imputado al de los perjuicios que recibe EL INSTITUTO y podrá ser tomado de la garantía constituida.

DECIMA SEXTA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento de las obligaciones por

parte de EL CONTRATISTA, EL INSTITUTO impondrá mediante resolución motivada, como sanción pecuniaria una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, sin perjuicio que se le apliquen las demás sanciones establecidas.

DECIMA SEPTIMA: CADUCIDAD. EL INSTITUTO se reserva el derecho de declarar la caducidad administrativa del presente contrato por las causales estipuladas en el artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983 y en especial por las siguientes: a) Mala atención a los beneficiarios del INSTITUTO. b) Cobro de medicamentos, procedimientos o servicios que no se hayan suministrado o practicado al beneficiario o que se le hayan suministrado o practicado sin orden previa del INSTITUTO. c) Cuando el INSTITUTO compruebe que por deficiencias en la calidad de la atención que se le debe otorgar al paciente se ponga en peligro su integridad física o se presenten complicaciones que agraven su estado de salud e impliquen la práctica de procedimientos. d) Cuando el INSTITUTO o el CONTRATISTA sean condenados por sentencia judicial a indemnizar daños y perjuicios causados a los beneficiarios, por errados procedimientos o negligencia en la prestación del servicio objeto del contrato. e) El trato discriminado a los beneficiarios del INSTITUTO frente a los demás pacientes de la institución. f) Cuando las dependencias del INSTITUTO encargadas del control, vigilancia e inspección de la ejecución del contrato presenten informes que a su juicio ameriten decretarla. g) Cuando la Superintendencia de Seguros de Salud lo solicite.

DECIMA OCTAVA: EFECTOS DE LA CADUCIDAD. Ejecutoriada la resolución de caducidad producirá los siguientes efectos: a) La terminación inmediata del contrato en el estado en que se encuentre. b) Liquidación del contrato y pago de las prestaciones a favor o a cargo de las de las partes. c) Si la declaratoria de caducidad se produce por culpa imputable al CONTRATISTA deben hacerse efectivas las multas, si se hubiere decretado antes, la cláusula penal o las garantías correspondientes. d) La resolución de caducidad presta mérito ejecutivo contra EL CONTRATISTA y las entidades que hayan constituido las respectivas garantías. e) EL CONTRATISTA sancionado con la caducidad, queda inhabilitado para contratar con entidades de derecho público por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la mencionada providencia."

Adicionalmente, se estipuló en el contrato lo concerniente a la responsabilidad por perjuicios y su exoneración; las vigencias de las tarifas acordadas, la disponibilidad y el registro presupuestales; los requisitos para el pago de cuentas; la supervisión por parte de los funcionarios de la Subgerencia de Servicios de Salud, Seccional Antioquia; los informes y la generación de información estadística; el control, inspección y vigilancia externa a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud; la restricción a la cesión; la constitución de las garantías; la sujeción al régimen contractual propio del contrato administrativo; la falta de inhabilidades e incompatibilidades por el contratista; los requisitos para la legalización y perfeccionamiento del contrato y los gastos que ello ocasionara (Cfr. cláusulas

tercera, cuarta, quinta, novena, décima, décima primera, décima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima sexta, vigésima primera, vigésima segunda, vigésima tercera y vigésima quinta).

2.2. Que el 16 de julio de 1991, el señor Luis Fernando Correa Henao, informó a la Subgerencia de Servicios de Salud del ISS, que se había dirigido a donde el contratista Scanografía Neurológica Limitada para que se le realizara el examen de escanografía abdominal ordenado por el ISS, pero que al presentarle a la secretaría de esa firma la orden de remisión, ésta le respondió que no había citas sino hasta el mes de septiembre (copia auténtica del examen ordenado y la declaración a fls. 90 y 91 cd. ppal).

2.3. Que el 23 de julio de 1991, el señor Jorge Zuleta Montoya, a quien el ISS le había ordenado un examen de TAC de cráneo y orbita no contrastado, también declaró ante la Subgerencia de Servicios de Salud que se había presentado a donde el contratista Scanografía Neurológica Ltda., pero igualmente se le respondió que no había citas sino hasta el 16 de septiembre de 1991; además, anotó que había llamado el día anterior para averiguar cuánto se demoraba un examen y que en dicho centro, al conocer que se trataba de un paciente del ISS, se le dijo que las órdenes del Seguro Social se demoraban mucho para ser atendidas, debido a que éste le enviaba muchas órdenes (copia auténtica del examen ordenado y la declaración a fls. 94 y 95 cd. ppal.).

2.4. Que el día 25 de julio de 1991, también se presentó a la Subgerencia de Servicios de Salud el señor José Ignacio Monsalve Castaño y manifestó que desde hacía más o menos un mes y 10 días Scanografía Neurológica le había dado una cita para ese día a las 9:00 a.m, no obstante lo cual, después de hacerlo esperar, el médico lo llamó y le dijo que el equipo estaba descompuesto desde el día anterior, que el repuesto se demoraba para conseguirlo y que, por tanto, volviera al ISS para que le dieran cita en otra clínica porque allí no se podía (copia auténtica del examen ordenado y la declaración a fls. 93 y 96 cd. ppal.). Se dejó constancia en el acta de esa diligencia que la funcionaria María Eugenia Cuartas, por solicitud de la División de Servicios de Apoyo, llamó telefónicamente a Scanografía Neurológica Limitada para averiguar por un TAC SUBASTRAGALINO, contestándole una Señora de nombre Stella, quien le informó que si era "particular" el examen se lo "podían hacer en horas de la tarde o mañana".

2.5. Que ese mismo 25 de julio de 1991, la División de Servicios de Apoyo, Subgerencia de Servicios de Salud, del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Antioquia, mediante memorando interno suscrito por los funcionarios César González García y Hernán Duque Restrepo (copia auténtica a fls. 100 y 101 cd. ppal.), solicitó concepto a la Oficina Jurídica sobre el manejo que se le debía dar al contratista Scanografía Neurológica Limitada, del cual se había recibido las siguientes quejas:

“- Caso paciente LUIS FERNANDO CORREA HENAO, Diagnóstico posible ABSCESO PANCREATICO, señalado como URGENTE y a quien se le expidió cita para 2 meses después.

- Caso paciente JORGE ZULETA MONTOYA, Diagnóstico posible metástasis a órbita o cerebro de cáncer próstata, cita asignada para Septiembre.

Ambos casos exigen atención inmediata, puesto que se arriesga la vida del paciente. Por lo tanto, creemos que el contratista ha faltado a la ética médica al desconocer la gravedad de ambos casos.

- Caso paciente JOSE IGNACIO MONSALVE CASTAÑO, a quien se le asignó una cita un mes antes para el día 25 de julio. En este día le dijeron que el equipo estaba descompuesto, lo cual comprobamos inmediatamente que era falso según diligencias adelantadas por nuestra funcionaria MARIA EUGENIA CUARTAS G. haciéndose pasar por un paciente privado.”

Teniendo en cuenta las anteriores quejas, los mencionados funcionarios sugirieron en dicho documento a la Oficina Jurídica de la entidad la caducidad del contrato celebrado con Scanografia Neurológica Limitada.

Además, sobre la situación descrita y la justificación del aludido memorando, el señor César Rodrigo González García, Jefe de la División de Servicio de Apoyo, Diagnóstico y Terapéutico del ISS, Seccional Antioquia, para la época de los hechos que suscitan este proceso, en declaración rendida el 27 de octubre de 1992 ante el Tribunal *a quo* (fls. 104 a 109 cd. ppal.), reiteró que tuvo conocimiento de que se presentaron dificultades con pacientes que eran remitidos a donde la contratista por las autoridades médicas del Seguro Social para practicarles algunos procedimientos.

Recordó que, no obstante que uno de los casos, esto es, el del paciente que se le debía tomar un TAC de abdomen, revestía gravedad, se le fijó una cita para varios

días después de haber sido enviado, hecho que sumado a los otros constituía, a juicio de la Gerencia de Salud, una violación a la ética médica.

Agregó también que, ante esta situación, conversó con personal del Contratista para indagar el por qué se había dilatado tanto en el tiempo una cita de carácter urgente, a lo cual se le respondió que los pacientes del Seguro Social solamente podían recibir servicios que no excedieran de una cifra diaria (\$150.000) determinada en función al valor del contrato y su plazo. Finalmente, adujo que, luego de la conversación con el señor Mario Vásquez [Gerente de la firma contratista], quien le señaló que los problemas del Seguro Social no se les podía trasladar al contratista, y de analizar la situación descrita, fue que se solicitó a la Oficina Jurídica que se estudiara la caducidad del contrato.

2.6. Que, mediante Resolución No. 0001 de 3 de septiembre de 1991, se decretó la caducidad del Contrato de asistencia diagnóstica y terapéutica institucional No. 224 de 16 de abril de 1991, suscrito entre el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Antioquia y la Sociedad Scanografía Neurológica Ltda., con invocación de artículo 62 y ss. del Decreto 222 de 1983 y la Cláusula Décima Séptima del mismo, de acuerdo a lo que consta en la copia auténtica adjunta a la demanda (fls. 10 a 12 cd. ppal.).

En consecuencia, se dispuso: (i) la terminación del contrato, (ii) su liquidación, (iii) la efectividad de la cláusula penal estipulada a favor del instituto por valor de \$300.000, bien por consignación del contratista, o tomada de los saldos que se le adeudaran o con cargo a la garantía única constituida; (iv) la inhabilidad del contratista para contratar con entidades de derecho público por el término de 5 años, contados desde la ejecutoria de la providencia; y (vi) la indicación de la procedencia de recurso de reposición contra la medida.

Dentro de los motivos aducidos por la Administración para declarar la caducidad, están las quejas formuladas y el informe de la División de Servicios de Apoyo, según dan cuenta las consideraciones del acto administrativo en mención, así:

“Que con fundamento en el informe presentado por la División de Servicios de Apoyo del Instituto, se viene incumpliendo por parte del Contratista con la obligación antes expresada [prestar a los beneficiarios del Instituto los servicios en forma oportuna y sin ninguna discriminación frente a los pacientes propios del contratista] hechos sucedidos con los afiliados del ISS, señores Luis Fernando Correa

Henao, Jorge Zuleta Montoya y José Ignacio Monsalve los días 16, 23 y 25 de julio pasado, cuya discriminación y omisión en la atención oportuna requerida por los pacientes, colocó sus vidas e integridad física en grave peligro.

Que la Cláusula Décima Séptima del Contrato 224 de 1991, estipula la declaratoria de caducidad por parte de la Entidad contratante, cuando se presenten las causales del artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983 y enumera otras causales para ello, y como son en el numeral a. 'mala atención a los beneficiarios', y en el numeral c. 'cuando el Instituto compruebe que por deficiencias en la calidad de la atención que se le debe otorgar al paciente se ponga en peligro su integridad física o se presenten...' y numeral e. 'el trato discriminado a los beneficiarios del Instituto frente a los demás pacientes de la institución'. Consideramos tipificadas las tres causales transcritas, dadas las anomalías denunciadas por los afiliados ya enunciados, respecto a la atención recibida del Contratista, al ser remitidos por la Subgerencia de Salud en busca de las prestaciones de los servicios de salud, y obtener de éste un trato discriminatorio e ineficaz, incumpliendo con las obligaciones contraídas."

La anterior decisión fue notificada a la sociedad contratista el 10 de septiembre de 1991 (copia auténtica del acta de la diligencia a fl. 13 *ídem*).

2.7. Que contra la anterior decisión la sociedad contratista interpuso el 20 de septiembre de 1991, recurso de reposición, en el que discrepó en relación con la afirmación de que a los tres pacientes remitidos se le había dado un trato discriminatorio y se les había puesto en peligro sus vidas e integridad física, porque: (i) a los pacientes se les pospuso el turno del examen por encontrarse los equipos dañados; (ii) los pacientes no revestían de urgencia, pues eran remitidos con carácter ambulatorio y luego de practicados sus exámenes, por la evolución que habían tenido y el estado actual de su salud, llevan una vida normal; (iii) siempre permanecía un médico especialista para evaluar la urgencia y gravedad de los mismos y si a alguno era necesario posponerle la cita se debía a causas ajenas, como son los daños de los equipos, (iv) el número grande de solicitudes de exámenes por el Instituto hacía imposible su atención inmediata; y (v) Scanografía tiene una larga y valiosa trayectoria, y en los 9 de años de labores de la entidad ninguna entidad o paciente se ha quejado de mala atención, realizando su actividad con alta calidad y sin discriminación alguna (copia auténtica del escrito del recurso con constancia de recibo fl. 13 a 14 cd. ppal).

2.8. Que el 10 de septiembre de 1991, según oficio de esa fecha que obra en copia auténtica (fl. 21 cd ppal.), SIEMENS había informado a Scanografía Neurológica Ltda., en relación con el equipo SOMATON CR, lo siguiente:

“El equipo de la referencia presentó funcionamiento irregular durante el mes de julio de 1991, debido a una falla del circuito de control de rotación del Gantry SIMONOREG. Los primeros síntomas se presentaron los días 15 y 16 de julio. (...) [E]l equipo continuó presentando la misma falla intermitente, hasta que el día 23 de julio se paró definitivamente (...). Se realizó calibración completa y los acompañamos el último día 26 de julio de 1991 a que se realizaran unos estudios y entregando el equipo a satisfacción de la parte Médica de su institución. Para sus archivos de estadística que aplicamos para el mes de julio fue: 60% de funcionamiento normal; 15% de funcionamiento intermitente; 25% de daño total (equipo parado).”

El ingeniero José Alejandro Rozo Ángel, Subgerente Técnico de la Siemens, en su calidad de autor del anterior informe, en declaración rendida el 27 de octubre de 1992 ante el *a quo*, ratificó su contenido y reconoció su firma (fls. 113 a 114 cd. ppal.). Igualmente, este oficio fue enviado el 23 de septiembre de 1991, por Scanografía Neurológica Ltda. al ISS, Seccional Antioquia (oficio en copia auténtica a fl. 88 cd. ppal.).

De otra parte, cabe observar que esos daños en la máquina o equipo de scanografía fueron corroborados por testimonios rendidos dentro de este proceso, así:

- a) Por la señora Ana Lucía del Perpetuo Socorro, Médica Radióloga al servicio de Scanografía Neurológica Limitada para ese entonces, quien en declaración rendida ante el Tribunal *a quo* (fls. 110 a 111 cd. ppal.) sostuvo que la firma tuvo problemas serios en la ejecución del contrato con el ISS por daños del equipo o de la cámara, lo que es frecuente en ese tipo de máquinas y por eso contaba con asesoría de ingenieros en Medellín y Bogotá.
- b) Así mismo, por la señora Fanny Upegui Blel, Administradora de Empresas vinculada a Scanografía Neurológica Ltda., la cual declaró (fls. 115 a 117 cde. ppal.) que el desarrollo del contrato con el ISS era normal, las citas se otorgaban de acuerdo a la disponibilidad de turnos; pero ratificó que el “escanógrafo” presentó fallas técnicas al momento en que se estaban haciendo exámenes del Seguro Social, aunque dice que se siguieron atendiendo pacientes, y respecto del otro equipo, esto es, el “mamógrafo” mencionó que estaba bueno y con él se

hicieron los exámenes que ordenó el Instituto; además, indicó que, en cuanto al procedimiento a seguir en esos casos de fallas, “[c]uando son pacientes de otras entidades, ya del Seguro, del Departamento o de Coomeva (...) toca enviarlos a la institución que nos lo remitió para que les cambien la orden y los manden para otra parte. A los pacientes que son particulares es muy sencillo: [se] llama a la Clínica Medellín, Clínica Soma y los atienden inmediatamente porque muchas de las entidades que mencione no tienen contratos con la institución que presta el servicios de escanografía”.

2.9. Que desde el 10 de septiembre de 1991 la contratista dejó de atender pacientes remitidos por el ISS, dada la medida adoptada de caducidad del contrato, tal y como da cuenta el testimonio rendido por la mencionada administradora Fanny Upegui Blel, la que al respecto señaló:

“...Se atendieron hasta el 10 de septiembre y se dejaron de atender porque nos llegó la caducidad del contrato. Yo llamé a la Subgerencia del Seguro, a Ramiro Roldán, le pregunte sí podía seguir atendiendo pacientes del Seguro, él hablo con el Dr. César González e inmediatamente me dijo: no puede atender un solo paciente más del seguro, entonces nos tocó llamar a todos los pacientes que teníamos citados para cancelarles la cita...” (fls. 116 cd. ppal.)

A este respecto, también depuso en el proceso el señor Pompilio de Jesús Yepes Builes (diligencia a fls. 112 a 113 cd. ppal.), quien, como paciente del ISS, además de haber presentado una queja ante el mismo el 10 de septiembre de 1991 (vid. fl. 92 *ídem*), aseveró que en relación con una orden del mes de agosto de 1991 para practicarse un TAC, en Scanografía Neurológica Limitada le fijaron la cita para dos meses después, esto es, para el mes de octubre de ese año, la que además le fue cancelada sin ninguna explicación; señaló que, finalmente, fue remitido a otra institución, y comentó que, con todo, por la gravedad del diagnóstico y en vista de la demora para la cita, había llamado como “particular” a Scanografía y allí le habían dicho que lo atendían en dos días, lo cual le pareció “el colmo”.

Igualmente, Ana Lucía Cardona, quien en su calidad de usuaria del Instituto de Seguros Sociales, afirmó en similar diligencia ante el *a quo* (fls. 11 a 122 cd. ppal.), que fue remitida a finales de julio para tomarse un examen en Scanografía Neurológica Limitada, pero la cita que le habían fijado para finales de septiembre nunca se cumplió, pues llamaron a cancelarla, arguyendo que ya no tenían contrato con el Seguro Social, razón por la que el Instituto la remitió a otra clínica

en donde se le efectuó el TAC, que determinó la necesidad de una operación en la cabeza.

Así mismo, el Tribunal *a quo* tomó declaración de la señora Lucy Martínez de Muñoz (fls. 118 a 120 cd. ppal.), quien en su calidad de usuaria del ISS, señaló que fue remitida por el Instituto el 2 de agosto de 1991 a donde la contratista para hacerse un TAC, pero la cita que sólo se la dieron para el 16 de octubre de ese año luego se la cancelaron, porque habían terminado el contrato con el Instituto.

2.10. Que el 25 de septiembre de 1991, mediante oficio 02809716 (copia auténtica visible a fl. 22 cd. ppal.) el Subgerente de Servicios de Salud del ISS, Seccional Antioquia, solicitó a Scanografía Neurológica Ltda., el listado de los pacientes programados con examen al momento de producirse la declaratoria de caducidad del contrato, con el fin de reubicarlos en otro sitio.

2.11. Que con fecha 1 de octubre de 1991, Scanografía Neurológica Ltda., contestó el anterior requerimiento, enviando el listado solicitado con los nombres de los pacientes programados, el tipo de examen de esconagrafía y el teléfono de los mismos (copias auténticas fls. 23 a 26 cd. ppal.).

2.12. Que con fecha 11 de octubre de 1991, el señor Cesar González García, Subgerente de Servicios de Salud, amparado en los casos de los usuarios Correa, Zuleta y Monsalve, presentó informe a la Oficina Jurídica desestimando los argumentos presentados por la firma Scanografía Neurológica Limitada para los efectos del recurso de reposición (copias auténticas fls. 97 a 99 cd. ppal.).

2.13. Que la declaratoria de caducidad del Contrato No. 224 de 16 de abril de 1991 quedó en firme, toda vez que el Instituto negó reponer esta decisión en Resolución No. 003002 de 16 de diciembre de 1991, (copias auténticas de este acto a fls. 16 a 19 cd. ppal), para lo cual, con base en las quejas y en el informe del Subgerente de Servicios de Salud, entre otros motivos, adujo:

“Que para resolver el recurso de reposición se considera: 1. Que el 16 de julio de 1.991, se presentó a la Subgerencia de Servicios de Salud el Señor Luis Fernando Correa Henao, quien se había remitido a Scanografía Neurológica para un examen de scanografía (sic) abdominal, manifestando que se había presentado ante la Secretaría de la firma contratista, presentándole la orden de remisión del ISS, respondiéndole que no había citas para el mes de septiembre; 2. Que igualmente el 23 de julio de 1991, el pensionado Jorge Zuleta Montoya,

fue remitido por el ISS a Scanografía Neurológica para que le realizarán un TAC de cráneo y probita no contrastado, también se le respondió que no habían citas sino hasta el 16 de septiembre de 1991, manifiesta además el pensionado: 'Cabe anotar que el el día de ayer llamé a Scanografía Neurológica y averigué cuanto (sic) se demoraba un examen como el que me tienen que hacer y la señorita me respondió insitio (sic) mucho que le dijera por quien (sic) iba enviando y al decirle que era por el Seguro Social, me dijo que las órdenes del Seguro Social se demoraban mucho para ser atendidas, debido a que ésta (sic) Entidad le enviaba muchas órdenes'; 3. El día 25 de julio del año en curso, se presentó a la Subgerencia de Servicios de Salud el afiliado José Ignacio Monsalve Castaño, remitido por el ISS a Scanografía Neurológica, para que le practicaran (sic) un TAC SUBASTRAGALINO, manifestando que desde hacía más o menos un mes y 10 días le habían dado una cita para ese día (25 de julio) a las 9:00 a.m. Ese día a la hora señalada se presentó a la cita, entregó la orden del Seguro, y le dijeron que esperara, posteriormente apareció la Secretaria y manifestó que el equipo estaba dañado que regresara al ISS para que le dieran la remisión para otro contratista; inmediatamente una funcionaría de la Subgerencia de Servicios de Salud, llamó telefónicamente a Scanografía Neurológica y le contestó una Señora Stella, preguntándole por un exámen (sic) de TAC SUBASTRAGALINO, le preguntó si era particular, la funcionaria del ISS, le respondió que sí, a lo que manifestó la persona de Scanografía Neurológica, que podrían hacer el examen en la tarde ó (sic) en la mañana; 4. Una semana después de ocurridos estos hechos, el Jefe de la División de Servicios de Apoyo, habló telefónicamente con el Representante Legal de la firma contratista, quien dijo que ellos habían evaluado el contrato y les daba para hacer dos ó (sic) tres procedimientos diarios equivalentes a \$100.000.00 que se producen de dividir el valor del contrato por el número de días del año de la vigencia del mismo; 5. Es de tener en cuenta que el Instituto a nadie le ha asignado el paciente urgente; es importante resaltar que en Medicina existen dos conceptos: 1) Ambulatorio y 2) Hospitalizado, el primero implica que 'el paciente no sea de atención urgente', pero sí tener un padecimiento grave, como es el caso del señor Zuleta M., porque en la orden se habla de una metástasis de carcinoma de próstata a órbita y posible invasión intracraneana. El Tac, fué (sic) expedido para tomar decisiones con el paciente y el hecho de no realizarlo oportunamente se está violando el contrato, en lo dispuesto en la cláusula segunda numeral 2°, de prestar a los beneficiarios los servicios en forma oportuna; con el exámen (sic) ordenado se buscaba exactamente brindarle una mejor calidad de vida al paciente, interviniendo oportunamente en un proceso de por sí grave, como es el cáncer de próstata; es obvio que cualquier médico en ejercicio de la profesión y en cumplimiento del Código de Ética, no puede rechazar la prestación oportuna de un servicio en caso grave, aduciendo que no es urgente. En el caso del señor José Ignacio Monsalve, también ambulatorio, nuevamente se confunde el concepto de urgencia con ambulatorio, 'realmente el caso no era ni urgente ni grave', pero este paciente se discriminó por ser remitido por el ISS, alegando daño del equipo; con relación al paciente Luis Fernando Correa Henao, se confunde otra vez el criterio de urgencia con ambulatorio y se desconocen las indicaciones enviadas por el Médico ordenador del exámen (sic), cuando en la orden de julio 16, se anota muy claramente caso 'urgente'

para ‘descartar abceso pancreático’; obviamente no se trataba de paciente hospitalizado, pero de gravedad y urgente dada la posibilidad de abceso pancreático, repito. Es importante anotar que con ningún contratista se tiene contratada específicamente la urgencia, sino que se remiten a los diferentes contratistas de acuerdo al procedimiento, es claro que la decisión de hacerlo ó no, evaluando la verdadera urgencia recae en el contratista. Que el hecho de que los pacientes no estén muertos ó (sic) se les haya presentado complicaciones de salud y que esten (sic) aparentemente llevando una vida normal, no es un criterio para decir retrospectivamente que ese exámen (sic) no era urgente, dada la gravedad de sus lesiones, adicionalmente no es el contratista quien debe evaluar ó (sic) o no la normalidad de la situación actual de los pacientes, porque solamente se limitan a hacer procedimientos, ordenados por el Médico tratante, quien tiene la responsabilidad del seguimiento y tratamiento del paciente.”

La anterior decisión fue notificada a la sociedad contratista mediante edicto desfijado el 4 de febrero de 1992 (copia auténtica a fl. 13 cd. ppal.).

2.14. Que según consta en oficio No. 833579 de 5 de junio de 1992, suscrito por la División de Presupuesto y Contabilidad, la ejecución financiera del contrato No. 224 de 1991, caducado el 3 de septiembre de 1991, fue la siguiente: valor total: \$30.000.000; valor ejecutado: \$21.184.796; saldo por ejecutar: \$ 8.815.204 (original a fl. 103 cd. ppal.).

2.15. Que la sociedad Scanografía Neurológica Ltda., además del contrato suscrito con el ISS, venía prestándole o había prestado esos mismos servicios del contrato a otras entidades, como a Empresas Públicas de Medellín, la Clínica Medellín, el Hospital Juan Pablo Tobón Uribe y el Hospital General de Medellín, quienes en comunicaciones enviadas a Tribunal a quo (originales a fls. 77, 80, 81, 84 cd. ppal.), manifestaron como buena y satisfactoria la calidad y oportunidad de los mismos.

2.16. Que en el mes de diciembre de 1991, Scanografía Neulógica Ltda., recibió del Instituto de Seguros Sociales el pago de servicios prestados, por fuera del contrato del *sub lite*, correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 1990 (copias auténticas de facturas, cuentas de cobro y recibos a fls. 27 a 35 cd. ppal.).

3. El debido proceso en la actividad contractual

Como en el *sub lite* se discute la vulneración del derecho del debido proceso (art. 29 C.P.) de la actora en la actuación que condujo a la declaratoria de caducidad del contrato celebrado con la Administración, motivo por el que se cuestionan los actos administrativos que contienen dicha decisión, estima la Sala que debe realizar las siguientes reflexiones en esta materia:

3.1. Derecho fundamental al debido proceso

El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una sentencia o decisión justa sobre sus derechos (vida, integridad, libertad o patrimonio) involucrados en las mismas². Se encuentra establecido en la Constitución Política de 1991 como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85), en los siguientes términos:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

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

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

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

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso...”

² El “*due process of law*” o “debido proceso legal”, tiene origen en la Carta Magna sancionada en 1215 en Inglaterra. La Carta de Derechos o “*Bill of Rights*” que integra las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América, elaboradas en 1789 y que entraron paulatinamente en vigor en los estados de esa federación hasta el 15 de diciembre de 1791, lo consagró en las enmiendas V, VI y VII. Y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, de la Revolución Francesa, lo estableció en los artículos 7, 8, y 9. Actualmente, varios instrumentos internacionales lo reconocen, entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículos 10 y 11; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año artículo XXVI; el Pacto Interamericano de Derechos Políticos y Civiles de 1966, artículo 14; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, artículos 8 y 9; la Convención de los Derechos del niño de 1989, artículo 40.

La dimensión y contenido del derecho al debido proceso supera el juzgamiento penal y se explica y justifica que sea una garantía fundamental consagrada en las constituciones concebidas bajo el modelo del Estado de Derecho para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, dado que tiene por objeto, como anota la doctrina:

“...el que la persona que haya sido sindicada de la comisión de un delito [o a la que se le impute una responsabilidad de otra índole o esté involucrado en una situación que pueda afectar sus intereses de libertad, vida o patrimonio], sea sometida en el curso del proceso judicial, a una serie de formas y de etapas que deben ser respetadas, a fin, primordialmente, de que pueda defenderse de los cargos que se le imputen y que el juez deba proferir sentencia con base en suficientes elementos probatorios, ya sea para absolverla o para condenarla. El debido proceso, implica, en primer término que toda persona sea juzgada por **juez competente**, esto es, que quien haya de decidir sobre culpabilidad o inocencia, tenga autoridad pre establecida para ello y, muy importante, que ofrezca la condición esencial de **imparcialidad**. El debido proceso significa [como dice BIDART], que: a) ningún ajusticiable pueda ser privado de un derecho, sin que se cumpla un **procedimiento regular** fijado por la ley; b) que ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que deber ser ‘el debido proceso’; c) para que sea el ‘debido’, tiene que brindar suficiente **oportunidad al procesado de participar** con la utilidad del proceso; d) esa oportunidad requiere que tenga **conocimiento del proceso y de cada una de sus actos y etapas a fin de poder brindar pruebas, o de controvertirlas**, o, en todo caso, de **ser oído**. En ello consiste básicamente el **derecho de defensa**”³ (Negrilla ajena al texto original).

Como puede apreciarse, el debido proceso comporta varias garantías no limitadas pero si mínimas establecidas a favor del interesado que ha acudido o se la ha hecho comparecer a la administración pública o ante los jueces, a saber: (i) ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente a la conducta que se le imputa (*lex previa - iudicium per legem terre*); (ii) no ser condenado sino por hechos que estén consagrados como delito o infracción al momento de su comisión (*nulo crimen nulla sine lege*); no ser sancionado, sino conforme a las sanciones consagradas previamente en la ley (*nulum poena sine lege*); (iii) no ser juzgado sino con arreglo al procedimiento y las formas propias para cada juicio señaladas en la ley y ante la autoridad judicial o administrativa competente (*legale iudicium sourum*), independiente e imparcial; (iv) a que se presuma su inocencia respecto de la conducta ilícita que se le atribuye hasta que no se le demuestre su culpa; (v) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*); (vi) a la aplicación

³ Cfr. NARANJO, Mesa, Vladimiro; Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Edt. Temis, Séptima Edición, 1997, Pág. 509.

de la norma más favorable en materia penal; (vii) a aportar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra; (viii) obtener la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; entre otras garantías procesales para la realización del derecho sustancial de las personas, por cuya observancia y respeto deben velar los jueces y las autoridades en las actuaciones judiciales y administrativas.

Igualmente, corolario del debido proceso son: (x) las garantías de contradicción y de audiencia (*audiatur et altera pars*). El derecho de contradicción posibilita a las partes (demandante o demandado, sindicado, peticionario o administrado) en paridad o igualdad de condiciones formular la demanda y pretensiones (o solicitudes), contestarla y presentar defensas, interponer recursos, aportar pruebas y contraprobar, etc. La audiencia impone el deber al juez o funcionario de oír a las partes antes de tomar una decisión que los vincule o afecte, para lo cual es menester que se otorgue dentro de la respectiva actuación la oportunidad a cada una de ellas de fijar una posición sobre el asunto o en relación con las manifestaciones de la otra y de controvertir las imputaciones y acusaciones que se le hagan en el juicio o procedimiento administrativo que se le promueva o adelante.

Con otras palabras, es derecho de las partes o interesados explicar al juez o funcionario en la oportunidad que se le conceda su opinión sobre la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra, para que éstos conozcan todos los aspectos significativos del asunto sometido a su consideración, de manera que se les facilite dictar una sentencia o decisión justa o acertada en el derecho positivo o un acto con iguales predicados, de acuerdo con el evento. La audiencia, así concebida, es un imperativo de respeto al procesado, a la parte o al administrado, según el caso, a quienes les interesa que en una situación que les concierne no se tome una decisión en la que pueda resultar sancionada o perjudicada sin que se les dé la ocasión de manifestarse y defenderse⁴.

En esta dimensión, su correcta aplicación evita una sentencia o decisión en contra de una parte no citada legalmente o soportada en hechos y pruebas sobre las cuales no hubiere tenido ella la oportunidad de exponer y explicar su postura y

⁴ Cfr. LARENZ, Karl, Derecho Justo, Ed. Civitas, 2001, Págs. 186 a 189.

argumentos en defensa de los derechos en controversia dentro de la actuación judicial o administrativa.

En definitiva, el derecho al debido proceso rige con carácter obligatorio en las actuaciones judiciales y administrativas, como un bloque de principios y reglas aplicables por los jueces y las autoridades públicas en la relación procesal con el propósito de obtener una sentencia justa y acorde con el derecho material y el respeto de los derechos fundamentales de los individuos⁵, en todas aquellas actuaciones tendientes a producir la constitución, modificación o extinción de un derecho o una obligación o la imposición de una sanción que puedan afectar sus intereses de libertad, vida o patrimonio.

Es decir, procura a las personas, en condiciones de igualdad, participación y respeto, que el asunto que les interesa será decidido por el juez o autoridad administrativa imparcialmente y sin arbitrariedades, mediante un proceso leal y justo. Por eso, bien se pregonó en nuestro medio que tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocido en el Preámbulo de la Carta Política, como una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional, en el entendido de que tutela la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y lo protege de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad judicial o administrativa que conoce y resuelve su situación jurídica⁶, de manera que también se constituye en una condición para la validez de sus actuaciones y, por esa vía, en un mecanismo para la racionalización del poder⁷ y de preservación de la seguridad jurídica⁸.

En síntesis, el debido proceso elevado en nuestro ordenamiento jurídico a la categoría de derecho constitucional fundamental, en sus manifestaciones de principio de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, derechos de contradicción, audiencia y defensa, aplicación de la Ley preexistente, observancia

⁵ "En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que (...) buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando garantías que sean necesarias para la protección de derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales. En otras palabras, se busca equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general." Cfr. SANTOFIMIO, Gamboa, Jaime Orlando, Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150 de 2007, Edt. Universidad Externado de Colombia 2009, Pág. 80 a 82.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA, Sentencia C- 214 de 28 de abril de 1994.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 945 de 4 de septiembre de 2001.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 195 de 6 de abril de 1999.

de las formas de cada juicio, valoración razonable de la prueba, inocencia⁹ -entre otros-, es una garantía para los sujetos e intervinientes en cualquier actuación judicial o administrativa que, a su vez, obliga a los funcionarios judiciales y a las autoridades administrativas a respetarlos y asegurar su plena vigencia en la solución de cualquier conflicto o asunto judicial o administrativo.

3.2. La actividad contractual como actuación administrativa y su interrelación con el debido proceso

El Estado, para la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios y la ejecución de obras, lo cual obtiene mediante la contratación de los particulares o de las entidades que lo integran. Es decir, el contrato celebrado por las entidades públicas se fundamenta en el interés general, pues es un medio o instrumento al que recurren éstas en aras de conseguir sus objetivos institucionales, desarrollar sus funciones y cumplir la misión que dentro del Estado y la sociedad les ha sido confiada.

Por ello, el contrato estatal es una forma de actividad administrativa, dado que tiene por objeto la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en armonía con los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ésta para su logro, quienes si bien concurren a él persiguiendo un interés particular, que consiste en el derecho a una remuneración razonable, proporcional y justa previamente estipulada, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual, cumplen una función social que implica obligaciones¹⁰. O sea, todo contrato estatal es expresión nítida de la función administrativa¹¹, tanto en su celebración como en su ejecución, en el entendido de que persigue la realización de un interés público¹².

⁹ Artículo 29 Constitución Política y Arts. 3 y 9 de la Ley 270 de 2006, Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹⁰ Art. 3 de Ley 80 de 1993.

¹¹ Artículo 209 -inciso primero- Constitución Política: "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..."

¹² ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, Págs. 110 y ss.

Precisamente, una tesis con rigor científico explica el fenómeno de la contratación administrativa a través de la teoría de la causa- fin, que representada por el interés público relevante se incorpora como elemento esencial al contrato y funciona durante toda su ejecución, siendo evidente que traduce el ejercicio de la función administrativa; es decir:

“[E]l contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, (...) procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (...). La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil...”¹³

Así las cosas, es claro que la actividad contractual del Estado, que consiste en la selección del contratista colaborador, la adjudicación del contrato, su celebración, ejecución y liquidación, configura una típica acción de la Administración, lo cual implica que ella debe realizarse cumpliendo tanto los principios y las reglas que especialmente la encauzan (Estatuto General de la Contratación y normas legales y reglamentarias expedidas en esta órbita), como todos aquellos principios y reglas de la función administrativa, uno de los cuales, es precisamente el del debido proceso y las demás garantías que lo definen y perfilan en el ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [vii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas¹⁴.

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Págs. 15 y ss.

¹⁴ Cfr. SANTOFIMIO, Gamboa, Jaime Orlando, Ob. Cit. Págs. 80 a 82.

Sin embargo, surge en el ambiente jurídico -doctrina y jurisprudencia- la válida inquietud acerca de la forma cómo todas las garantías enunciadas que integran el debido proceso rigen en materia de contratación, al igual que sobre la intensidad y el grado (pleno o limitado) con la que deben ser aplicadas en esta órbita de la actividad del Estado, sobre la base de que la norma constitucional (art. 29 C.P.) reconoció este derecho sin distinciones, pero sin olvidar que con el desarrollo de dicha actividad se persigue un interés general que debe ser satisfecho con eficiencia, eficacia, calidad y en los términos debidos para su obtención oportuna, de suerte que se asegure la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y el funcionamiento del Estado.

La Corporación, en el proceso de consolidación jurisprudencial respecto a la garantía del debido proceso en asuntos contractuales, concluyó en forma categórica que este derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política rige en los procedimientos administrativos, incluyendo dentro de éstos el contractual, sancionatorios o no, y que este mandato constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano, deducción a la que llegó con base en los siguientes planteamientos:

“...Para la Sala, el mandato del artículo 29 constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y en la racionalización de los procedimientos administrativos sancionatorios o no, susceptibles de ser cobijados con la aplicación de este derecho, y su desconocimiento será cosa del pasado. Ahora, y pese a que **la determinación del campo de aplicación de cada uno de los derechos que integra el debido proceso es un asunto que se deberá ir decantando caso a caso, es necesario dejar sentadas, por lo menos, las bases sobre las cuales esa tarea se debe realizar**. En principio, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en materia administrativa, porque el mandato constitucional quiso extender, sin distinciones, este haz de garantías al campo administrativo. Esta idea no es más que la aplicación del principio del efecto útil en la interpretación de las normas, a la vez que una forma de realizar el mandato constitucional de manera efectiva. No obstante lo anterior, es forzoso aceptar que i) muchos de esos principios rigen en materia administrativa en forma plena y absoluta, ii) mientras que otros lo hacen en forma matizada, es decir, que no es posible hacer una trasferencia de ellos de la materia judicial a la administrativa, sin que sufran cambios y se transforme su estructura original. Pertenecen, por ejemplo, al primer grupo, el derecho a ser investigado o sancionado por la autoridad competente, a que se observen las formas propias del procedimiento, a que no se dilate injustificadamente el procedimiento, a que se presuma la inocencia, la posibilidad de controvertir las pruebas y que se tome por nula la obtenida con violación del debido proceso, el derecho a la defensa, la posibilidad de impugnar la decisión condenatoria, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo

hecho, el principio de la favorabilidad y el derecho a que no se agrave la sanción impuesta cuando el apelante sea único. Pertenece al segundo grupo otros, muy pocos: el principio de legalidad de la falta y de la sanción y la posibilidad de estar asistido por un abogado durante el procedimiento. Lo anterior no significa que, en algunos procedimientos administrativos, tales principios no rijan en forma plena. Cuando se dice que no rigen en forma plena estos derechos se quiere significar, por ejemplo, que la ley no siempre es quien define las faltas y las sanciones, sino que se acepta que los reglamentos pueden contribuir en la definición de estos aspectos. En otras palabras, la reserva de ley de estas materias se relaja, y admite una alta colaboración del reglamento en su configuración. En cuanto al derecho a la asistencia de abogado durante el procedimiento, esta garantía no se ha trasladado al común de los procedimientos administrativos, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional -por ejemplo, en la sentencia C-071 de 1995-, quien asegura que este derecho no es predictable, como regla general, en los procedimientos administrativos. Valorado en su conjunto, el avance del derecho al debido proceso, en materia administrativa, ha sido formidable en los pocos años de vigencia de la Constitución, gracias a la categoría de derecho fundamental de que se reviste y que lo hace especialmente protegible...”¹⁵

Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, por una parte, con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista es indispensable observar el debido proceso en las diferentes fases o etapas de dicha actividad, en especial, desde la formación de la voluntad entre el Estado y los particulares contratistas para la suscripción del contrato (precontractual) hasta su cumplimiento (ejecución contractual); y por otra parte, es menester determinar el campo de aplicación de cada uno de los derechos que contempla el debido proceso y su intensidad, según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues va de suyo que varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta en algunos eventos, pero en otros lo será en forma matizada, modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración, tal y como se pasará a describir a continuación a propósito de la ejecución del contrato y en particular en ejercicio de una potestad sancionatoria como es la caducidad del contrato.

Cabe resaltar que el desarrollo y la aplicación del derecho al debido proceso, encuentra mayor concreción en los procesos de selección contractuales, dado el nivel de detalle con que se encuentra reglado en las normas que ocupan del tema.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Exp. 14567.

Es válido afirmar que el derecho al debido proceso y las correlativas garantías de defensa y de contradicción, que según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política rigen en los procedimientos administrativos -sancionatorios o no-, en la etapa precontractual tienen específicas reglas, como por ejemplo: (i) dar publicidad tanto a la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como a los diferentes actos y hechos que se presenten dentro del procedimiento adelantado, garantizando a partir de ese conocimiento a los participantes o posibles oferentes la oportunidad de presentar observaciones sobre las bases del proceso y sus documentos; (ii) suministrar a quien demuestre un interés legítimo la información del proceso y las copias de los documentos que la integran, con sujeción a las reservas de ley; (iii) observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable; (iv) cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados para asegurar que no se presenten dilaciones injustificadas en el procedimiento; (v) evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; (vi) brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc.; y (vii) motivar la actuación de la Administración y dar a conocer las razones de sus decisiones. Es decir, la observancia estricta de las etapas y las reglas de juego establecidas en las bases y documentos de los procedimientos o modalidades de selección del contratista garantizan el debido proceso, la igualdad, la libertad de concurrencia, la imparcialidad, la objetividad, la transparencia y, en últimas, la legalidad en la actividad contractual del Estado. No obstante, en la presente providencia no se abordará el análisis del debido proceso en la etapa precontractual dado el marco del litigio que se examina.¹⁶

3.3. Cumplimiento del debido proceso en el ejercicio de la potestad exorbitante de declarar la caducidad del contrato.

Tratándose de alguno contratos¹⁷, la Administración, como parte del negocio jurídico estatal, con el cual se persigue la satisfacción de las necesidades, carencias, exigencias y requerimientos de los asociados, se encuentra en una

¹⁶ Acerca de este principio en la etapa precontractual ver: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre 2007, Exps.: 24715, 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447 Acumulados.

¹⁷ Aquellos en los cuales se pacten o entiendan incorporadas las cláusulas excepcionales al derecho común, establecidas en el artículo 14 y ss de la Ley 80 de 1993.

especial posición de mando (*imperium*) del contrato¹⁸, privilegiada o de superioridad jurídica¹⁹, que se caracteriza por el reconocimiento de poderes exorbitantes para controlar y dirigir el contrato, interpretarlo, modificarlo (*ius variandi*), terminarlo o caducarlo unilateralmente con sujeción a la ley, mediante la expedición de actos administrativos debidamente motivados que vinculan jurídicamente a su cocontratante, los cuales deben ser proferidos de conformidad con un procedimiento establecido y dentro de ciertos límites fijados por el orden jurídico²⁰.

Así las cosas, la Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino también con fundamento en el *ius puniendi* del Estado ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista, las cuales se pueden traducir en la terminación anormal y anticipada del contrato, como ocurre con el decreto de caducidad del mismo, o, sin que suceda su extinción, en medidas coercitivas y apremiantes para, precisamente, compelirlo a la observancia de los dictados del contrato y evitar así su incumplimiento total, de suerte que no se perturbe la prestación de los servicios o la obtención de los bienes u obras involucradas en el respectivo negocio jurídico.

La caducidad es la potestad exorbitante que tiene la Administración para terminar unilateralmente un contrato estatal con efectos hacia el futuro, en ciertos eventos contemplados en la ley, dentro de los que se encuentra el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que repercuta seriamente en la ejecución del contrato, con el propósito de desplazarlo o removerlo de manera que pueda asumir aquella directamente la construcción de la obra o la prestación del servicio objeto del mismo o por medio de un tercero que cumpla las exigencias de idoneidad y capacidad necesarias para desarrollarlo²¹.

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Administración Pública, define la caducidad como aquella estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo

¹⁸ De laubadére, André – Venecia, Jean Claude, Gaudemet Yves, *Traité de droit administratif*, T I, 14 Ed. 1996, pág. 51.

¹⁹ BERÇAITZ, Miguel A, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Ed. de Palma, 1980, pág. 209.

²⁰ Establecidas en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993; aun cuando se ha reconocido también otras potestades que han sido consideradas como exorbitantes, por ejemplo, las multas.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031.

del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre²².

Ahora bien, a la vez que el ejercicio de la potestad excepcional de la caducidad rompe el vínculo contractual y extingue el negocio jurídico estatal, sin reconocimiento indemnizatorio alguno a favor del contratista, priva a éste de los derechos que le habían sido concedidos en el contrato, en tanto su aplicación se origina en acciones u omisiones suyas e imputables a título de dolo o de culpa²³.

La definición actual de dicho instituto representa una importante modificación frente al régimen anterior del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 61 a 65²⁴), en el que la caducidad se encontraba establecida por la ocurrencia de varios supuestos exigidos en causales que no reflejaban la esencia de este instituto, pues, además de proceder por el incumplimiento de las obligaciones del contratista del que se derivaran consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato o causaran perjuicios a la entidad pública contratante (art. 62 - f) o por aquellas que tuvieran por convenientes las partes en orden al exacto cumplimiento, podía declararse por factores personales o financieros del contratista que afectaban la capacidad de cumplimiento, como son su muerte o incapacidad física permanente, o su interdicción judicial, o la disolución de la persona jurídica contratista, o su incapacidad financiera (art. 62 *ibídem*)²⁵.

²² Art. 18 de la Ley 80 de 1993. Existen otras causales especiales para caducar el contrato calificadas y establecidas por la ley, como por ejemplo: i) cuando se viole el deber de los contratistas de no acceder a peticiones y amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho, circunstancias que los contratistas deben informar a la entidad contratante y a las autoridades (Ley 487 de 1998, prorrogada y modificada por las leyes 782 de 2002 y 1106 de 2006 y No. 5 del art. 5 de la Ley 80 de 1993); ii) cuando en un proceso fiscal un contratista resultare responsable, en cuyo caso el organismo fiscal solicitará a la entidad contratante imponer la sanción de caducidad del contrato (art. 61 de Ley 610 de 2000); iii) por no prorrogar la garantía de los contratos, en los de concesión y obras por etapas (art. 5 del Decreto 679 de 1994) iv) cuando los contratistas no realicen los trabajos encomendados en el contrato con profesionales de ingeniería nacional (Ley 64 de 1978); v) cuando se incurra en mora de cuatro meses en el pago de las obligaciones al sistema de seguridad social y parafiscales (art. 1 de la Ley 828 de 2003), y, finalmente, vi) las especiales para ciertos tipos de contratos, como los de concesiones mineras, en los cuales se consagran en forma especial las causales de caducidad de los mismos (art. 112 de la Ley 685 de 2001).

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. 13.352.

²⁴ Normas que, en su orden, señalaban la obligación de pactar la caducidad, las causales de caducidad, los efectos, la forma de su declaratoria y la presunción de su inclusión en los contratos en que fuera obligatoria, respectivamente.

²⁵ Estas causales se encuentran ahora previstas para la terminación unilateral del contrato en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, además de la situación de orden público.

Bajo dicho régimen jurídico establecido en el Decreto 222 de 1983 –vigente para la época del contrato fuente del conflicto en estudio-, la declaración de caducidad producía los efectos de terminación unilateral y liquidación anticipada del contrato, razón por la cual también ordenaba esa normativa que debía hacerse mediante resolución motivada por el jefe de la entidad contratante “*en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso*” (art. 64 *eiusdem*). Esta resolución debía notificarse personalmente a los interesados, o cuando ello no fuere posible, se publicaría un aviso en periódicos de amplia circulación, con inserción de la parte resolutiva; y contra ella sólo procedía el recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de notificación o de su publicación (*ídem*).

Sin embargo, en uno y otro régimen jurídico (Ley 80 de 1993 o decreto ley 222 de 1983), la caducidad se presenta como extinción unilateral del vínculo contractual, con el propósito de que se cumpla efectivamente con su objeto y se obtenga el interés general que se persigue con el contrato, es decir, opera como una resolución anticipada del contrato.

La jurisprudencia ha reconocido en la caducidad de los contratos ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista, la sanción más drástica que la entidad pública contratante le puede imponer a su contratista²⁶, puesto que no sólo entraña el aniquilamiento unilateral del contrato ante su incumplimiento grave para lograr los fines perseguidos en el mismo, en condiciones que garanticen la adecuada y continua prestación del servicio, sino que comporta para él la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas por cinco (5) años fijada en la ley²⁷; y que tiene una connotación resarcitoria, al implicar el cobro al contratista de las multas impuestas y de la cláusula penal pecuniaria pactada, así como la efectividad de las garantías del contrato, dado que se constituye en el siniestro del incumplimiento.

Empero, si bien la caducidad es una potestad sancionatoria, su legitimidad y su ejercicio grava, primordialmente, como se señaló, en las necesidades públicas y en el cumplimiento de las funciones estatales que determinan la continuidad sin dilaciones e interrupciones del servicio público; es decir, con su declaración se

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, Exp. 10.652.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 21 de abril de 2004, Exp. 12.852.

pretende garantizar que en aquellos casos de grave afectación de los contratos por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista no se interrumpa o paralice su prestación y las funciones de las entidades contratantes, sino que, con esa terminación anticipada del contrato, se asegure su continuidad, mediante la correcta ejecución de su objeto directamente por la entidad afectada o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido

En el anterior contexto, esta Sala ha señalado que los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un contrato estatal son: (i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); (ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); (iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); (iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y (v) que su aplicación esté precedida de audiencia del contratista²⁸, puesto que el ejercicio de tanto poder de la Administración, que la sitúa en una posición privilegiada o de superioridad (*potentior personae*), debe respetar los derechos constitucionales al debido proceso y las garantías que el comprende, en especial, el derecho de defensa de los afectados con esta medida de excepción (art. 29 C.P.).

3.4. Alcance de la protección del principio del debido proceso en la adopción de la caducidad

Conocidas en forma sucinta la noción y condiciones materiales de configuración de la facultad exorbitante de declarar la caducidad de un contrato, y teniendo en cuenta que se trata de una sanción cuya imposición tiene la potencialidad de lesionar derechos subjetivos de los contratistas, es indiscutible, según se vio, que su ejercicio implica que se garantice el derecho constitucional al debido proceso. Refuerza la inferencia anterior un sector de la doctrina, según la cual:

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031.

“...La garantía constitucional del debido proceso se debe observar en el ejercicio de todas las actuaciones administrativas, y si **la potestad sancionadora del contrato** es una típica actuación administrativa (...) se concluye sin mayor esfuerzo que **está sometida a las reglas de audiencia bilateral y contradicción, presunción de inocencia, reserva legal, etc., con ciertas atenuaciones que permiten armonizarlas con su finalidad de asegurar el cumplimiento del contrato.** La prevalencia del interés público no es incompatible con los derechos y libertades de los administrados, lo que permite la aplicación del principio del debido proceso para disciplinar las medidas sancionatorias en la actividad contractual del Estado (...).

[L]as sanciones en materia contractual, revisten singular gravedad, como por ejemplo, la caducidad o la resolución del contrato por incumplimiento trae como consecuencia una inhabilidad para contratar con el Estado por el término de cinco años; o las multas que no sólo gravan el patrimonio del contratista sino que inciden desfavorablemente en su participación en las futuras licitaciones o concursos, por cuanto normalmente en todos los pliegos de condiciones o términos de referencia el cumplimiento de los contratos con las entidades públicas, constituye un parámetro de calificación y evaluación. Las sanciones afectan derechos fundamentales del particular que colabora con la gestión contractual pública, tales como el buen nombre y prestigio profesional, la libertad de empresa y de concurrencia, la igualdad de acceso a los beneficios del Estado y la garantía del patrimonio económico. **La gravedad de las sanciones contractuales, como lo resalta la doctrina científica, impiden que se puedan aplicar de plano e imponen la necesidad que la Administración previamente a su adopción, observe un procedimiento que preserve la plenitud de las reglas del debido proceso.”**²⁹ (Negrilla extratextual).

Sin embargo, como la caducidad está concebida en procura de la obtención de los fines generales perseguidos con el contrato, es menester armonizar adecuadamente la protección del derecho al debido proceso desde esta perspectiva con la prevalencia del interés público.

Cabe precisar que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han otorgado un alcance diferente al concepto del debido proceso dentro del ámbito de la contratación, dando lugar a las tesis que se esbozan a continuación:

Primer criterio: la imposición de la cláusula de caducidad no requiere de procedimiento previo.

La Corte Constitucional, en Sentencia T- 569 de 1998, señaló que, aun cuando se ha identificado la declaración de la caducidad de los contratos como una sanción para el contratista, no por ello se puede deducir que su aplicación esté

²⁹ Cfr. ESCOBAR Gil, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Edt. Legis, 1999, Pág. 362 a 364.

condicionada al agotamiento de un procedimiento previo en el que se debata entre la administración y el contratista la necesidad, viabilidad y fundamentos de su imposición, por lo siguiente:

“...3.3. Primero, porque la ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en reconocer en esta cláusula, una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, hecho que hace necesaria **la intervención rápida de la administración a fin de garantizar que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesion a la comunidad en general.** (...)”

(...)

3.4. Segundo, porque **su aplicación no puede confundirse con la facultad sancionatoria que se le reconoce a la administración en otros campos como el disciplinario, tributario, etc.**, en desarrollo de su potestad punitiva, que exige, por su misma naturaleza, la observancia de un debido proceso a efectos de imponer las sanciones correspondientes, tal como ha reconocido esta Corporación (...)

3.5. Como la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos donde el Estado es parte, no es propia de la facultad sancionatoria que se le ha reconocido, sino de su especial condición, que lo faculta para dar por terminado un contrato, **no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo, como lo entienden quienes incoaron esta acción, en donde el contratista y los terceros que puedan estar interesados en la ejecución de éste, deban ser escuchados sobre la procedencia o no de esta cláusula**, pues ella, en sí misma, debe responder a hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal, en el acto administrativo que se profiera para el efecto. Y es este acto, el que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso administrativa.

3.6. **La comprobación de tales hechos, es producto del seguimiento de la ejecución del contrato que está obligado a realizar el ente estatal**, por medio de visitas, requerimientos e informes que le permitan determinar la forma en que se está cumpliendo lo pactado. Seguimiento en el que ha intervenido el contratista y que le permitirá a la administración adoptar la decisión correspondiente.

Es claro que en estos casos, **el contratista debe poder participar en estas visitas, acceder a los informes que, sobre el cumplimiento del contrato, puedan estar efectuados tercero (v.gr. interventores) o la misma administración, gozando de la oportunidad para rebatirlos**. Igualmente, está participando cuando rinde o responde requerimientos sobre el cumplimiento de sus obligaciones, e.t.c, y si bien no existe un procedimiento específico previo para la declaración de caducidad, estos pasos previos se constituyen en el mecanismo que

le permite al contratista conocer de la inconformidad que sobre su conducta contractual puede tener el ente estatal correspondiente. Por tanto, **sí existe, en estos casos, una intervención activa del contratista y, son estas "actuaciones previas", las que han de considerarse como el procedimiento que la administración debe agotar para declarar la caducidad, permitiéndose, entonces, la audiencia del contratista, garantizando así, su derecho a conocer y participar en la decisión de la administración.** (...)

(...)

3.9. Lo anterior, sin embargo, no significa que el contratista esté indefenso o quede inerme ante el poder de la administración, pues **el legislador le ha impuesto a ésta, la obligación de dictar una resolución -acto administrativo- donde quede plasmada la razón o razones que dan lugar a la aplicación a la cláusula de caducidad, con el objetivo no sólo de cumplir el requisito esencial de todo acto que emana de ella, cual es su motivación, sino otorgar al particular la posibilidad de controvertir la decisión misma.** Primero, ante la propia administración a través del *agotamiento de la vía gubernativa*, y si ésta no prospera, acudir, entonces, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que se discuta en esta sede, si el empleo que el ente estatal ha hecho de la mencionada cláusula ha cumplido sus objetivos o, por el contrario, ha sido producto de su arbitrariedad.”³⁰ (Negrilla por fuera del texto).

En síntesis, de conformidad con la jurisprudencia transcrita, constituyen las razones por las cuales no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo para el ejercicio de la potestad excepcional de declarar la caducidad del contrato, las siguientes:

- (i) La finalidad misma de la medida que busca que ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista que impiden lograr el objeto del contrato, se deba actuar con rapidez por la administración para terminarlo en procura de garantizar el interés general que en él se involucra y evitar así una lesión o daño a la comunidad;
- (ii) su naturaleza no disciplinaria, tributaria o de otra índole que exigen una forma de observancia del debido proceso;
- (iii) su configuración mediante hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal en el correspondiente acto administrativo;
- (iv) el seguimiento previo por parte de la entidad en relación con la ejecución del contrato (visitas, informes, etc.) que permiten la comprobación de los hechos que dan lugar a la misma y que ha contado con la intervención del contratista, con lo cual se satisface el principio de la audiencia previa del mismo y su previo conocimiento y participación en la

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Primera de Revisión, Sentencia T- 569 de 8 de octubre 1998.

decisión; y, (v) el contratista siempre podrá discutir el acto administrativo ante la propia administración o ante la jurisdicción.

Segundo criterio: necesidad de agotar un procedimiento previo para la declaratoria de caducidad.

El Consejo de Estado en el ámbito de las potestades sancionatorias, como la declaratoria de caducidad (predicable a las otras potestades, como la de imposición de multas), ha exigido la aplicación del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas previas a su decreto, pues, sostiene que siendo una medida de gran trascendencia, que implica no sólo la terminación anticipada del contrato, sino la inhabilidad por cinco años para contratar con el Estado, no se puede tomar en forma sorpresiva para el contratista a quien debe brindársele la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales y contradecir las imputaciones de incumplimiento que se le hacen por la administración, sin perjuicio de los recursos administrativos y las acciones judiciales que pueda presentar, postura que fue explicada en providencia de 24 de septiembre de 1998, con base en estos argumentos:

“...El artículo 77 de la Ley 80 de 1993 señala que ‘las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales’, en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de dicha ley. De la normatividad del C.C.A. citada por la actora como infringida merece resaltarse el artículo 3º en cuanto señala que todas las actuaciones administrativas deben regirse por los principios orientadores, de los cuales se destaca la utilización de las normas de procedimiento para agilizar las decisiones (principio de economía), que se logre la finalidad con los procedimientos aplicados (principio de eficacia) y fundamentalmente **que los interesados tengan la oportunidad ‘de conocer y de controvertir estas decisiones por los medios legales’ (principio de contradicción)**. Por su parte el artículo 14 hace referencia a la citación de terceros determinados que ‘pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión’; el art. 28 en igual sentido establece el deber de comunicar la actuación administrativa iniciada de oficio a particulares que resulten afectados en forma directa; el art. 34 según el cual en las actuaciones administrativas se pueden pedir y practicar pruebas sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado y por último, el art. 35 señala que la decisión debe adoptarse habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones. (...) Como puede observarse, las anteriores normas aplicadas en su conjunto integran un procedimiento de imperativo cumplimiento en todas las actuaciones administrativas iniciadas de oficio por la administración, dentro de las cuales estarían por expresa remisión del art. 77 de la Ley

80 de 1993 las actuaciones contractuales que adelante la entidad pública contratante y que puedan incidir en la relación contractual.

(...)

De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que **en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso** (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.

Si en gracia de discusión no se admitiera la aplicación de las normas de la primera parte del C.C.A., habría que acudir a las previsiones del art. 5º de la Ley 58 de 1982, según el cual 'A falta de procedimiento especial las actuaciones administrativas de nivel nacional, departamental y municipal se cumplirán conforme a los siguientes principios: audiencia de las partes, enumeración de los medios de prueba que puedan ser utilizados en el procedimiento; necesidad por lo menos sumaria de motivar los actos que afecten a particulares' (se destaca). Adicionalmente, cuando el artículo 50 del C.C.A. establece que 'contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas' proceden los recursos en vía gubernativa, significa que el acto definitivo como equivocadamente lo denomina la ley -sería más exacto llamarlo resolutorio- es el resultado de un procedimiento administrativo que previamente tuvo un trámite con intervención de las personas interesadas o afectadas con él. (...)

(...)

El carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad del contrato estatal es algo que no puede ponerse en duda, ya que no sólo significa el aniquilamiento del contrato sino que comporta para el contratista la inhabilitación para celebrar contratos durante cinco (5) años (art. 8º lit. c) Ley 80 de 1993). (...) Si la declarativa de caducidad es el aniquilamiento de la relación contractual, es apenas obvio que una medida de tanta trascendencia en el contrato no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales. Es este el sentido del art. 18 de la Ley 80 de 1993 cuando señala que '*en caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado*', como sería la imposición de multas compulsivas. (...)

Aplicados los razonamientos anteriores al caso que se examina se tiene que la entidad demandada declaró la caducidad administrativa del contrato que celebró con la demandante para la prestación de servicios profesionales como instrumentadora quirúrgica a través de la resolución 291 de 2 de abril de 1997 y le imputó como causal de incumplimiento hechos que ocurrieron el mismo día de la expedición del acto -participación en el cese de actividades del personal de la salud que constituyeron riesgos y perjuicios en la vida e integridad de pacientes...- de acuerdo con informes que la contratista no pudo conocer para controvertir antes de que se tomara la decisión.

La entidad demandada actuó con fundamento en un hecho que calificó de inmediato como de incumplimiento grave. En estas condiciones, la contratista fue sorprendida con la terminación del contrato sin que hubiera mediado procedimiento administrativo alguno sobre su conducta. **Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso.**

Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste a los procedimientos que establece el Código Contencioso Administrativo, de obligatorio cumplimiento por disposición del art. 29 de la Carta y 77 de la Ley 80 de 1993 y que con ello desconoció y vulneró fundamentalmente el derecho de defensa que estatuye el art. 35 de la normatividad examinada.”³¹ (Negrilla ajena al texto original).

De acuerdo con la providencia que antecede, los motivos por los que debe adelantarse un procedimiento previo a la adopción de la caducidad del contrato, consisten básicamente en que: (i) las actuaciones contractuales se sujetan, según remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a las normas generales del Código Contencioso Administrativo (arts. 3, 14, 28, 34, 35 y 50) o, en su defecto, a las de la Ley 58 de 1982 (art. 5), que imponen previa la decisión que en ellas se adopte adelantar un procedimiento en el que se le de la oportunidad de conocer y expresar previamente sus opiniones, o sea, con audiencia del interesado; (ii) con mayor razón de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción; y (iii) el carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad implica que no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales, so pena de que cuando no se le ha dado a conocer los diferentes factores que

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 24 de septiembre de 1998, Exp. 14.821. Con todo, es de anotar que esta providencia fue anterior a la Sentencia T- 569 de 8 de octubre 1998 proferida por la Corte Constitucional y a ella había precedido la Sentencia No. T-145 de 1993 de esa misma Corporación en la que había manifestado la falta de respaldo constitucional de la imposición de sanciones administrativas de plazo con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, sin vinculación previa del afectado, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso.

constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), se comprometa la legalidad de la medida³².

Tercer criterio: no es necesario en todos los casos el procedimiento administrativo previo sometido a los principios de la actuación administrativa.

En otra oportunidad, el Consejo de Estado, frente a la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo en el que se declaró por la administración el incumplimiento de un contrato, precisó la jurisprudencia anterior, en el sentido de que no es necesario el procedimiento administrativo previo en todos los eventos sujeto o con aplicación a las reglas de la actuación administrativa general, como cuando el contratista está advertido de las consecuencias de sus comportamientos contractuales. Así discurrió en providencia de 4 de mayo de 2000:

"La Sala precisa que esa providencia no contiene una condición general por virtud de la cual todos los actos contractuales deban expedirse siempre que estén precedidos de un procedimiento administrativo sometido a los principios de la actuación administrativa.

En la providencia que se comenta **la Sala refirió a la necesidad de que el contratista no sea sorprendido por actos administrativos contractuales sancionatorios, fundados en hechos o actos desconocidos por ellos, que no tuvieron la oportunidad de conocer y controvertir.**

Entonces se afirmó: "*Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso.*"

³² En Sentencia de 9 de julio de 1998, Exp. 13.900, el CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, había sentado las bases para el desarrollo de esta tesis, así: "...siendo el derecho de defensa parte sustancial del debido proceso, y el derecho a la audiencia previa, inherente a la esencia de tales derechos fundamentales, todas las veces que el reglamento no sea explícito en reconocer esas garantías, la administración está en el deber de acudir al C.C.A., para llenar el vacío y, en todo caso, otorgarle al interesado la oportunidad de expresar su opinión, antes, naturalmente, de decidir. Los recursos por vía gubernativa no suplen esa exigencia, porque se trata de otra fase de la actuación, en la que se discute la decisión con quien haya participado en el procedimiento de formación de la misma..." Posteriormente, se prohíjo esta misma tesis en Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 14040.

Esa providencia tuvo en cuenta que es distinto cuando el contratista está advertido de las consecuencias de sus comportamientos contractuales.

En el caso concreto, la Sala encuentra que el acto demandado se fundó en el incumplimiento contractual por vencimiento del plazo; hecho futuro y cierto conocido por la contratista, porque se pactó de manera clara y expresa en el contrato.

Si en el contrato se pactó como plazo del mismo el de 90 días contados a partir de la fecha de perfeccionamiento; y se dispuso que el contrato quedaba perfeccionado al ser suscrito por las partes contratantes, era fácilmente deducible para la contratista que el plazo vencía el día 21 de febrero de 1998 en consideración a que el mismo fue firmado el día 21 de noviembre de 1998 [Sic: 99].

Resulta por tanto que en el presente caso, no aparecen de manera manifiesta circunstancias de hecho que hiciesen necesario que la contratista fuese advertida previamente por la Administración, de la fecha exacta del vencimiento del plazo contractual y de las consecuencias derivadas del no cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro del mismo".³³ (Negrilla por fuera de texto).

Posteriormente, en este mismo sendero la jurisprudencia para disipar cualquier vulneración al debido proceso señaló que cuando la Administración pretenda declarar la caducidad de un contrato debe adelantar un procedimiento en el que se le permita a la parte afectada ejercer su derecho de defensa, que como mínimo consiste en requerir al contratista para que cumpla el contrato³⁴, regla que consideró que no es absoluta en tanto en cada caso particular se determinará si había lugar o no a declarar la caducidad y si era necesario el requerimiento, como ocurre en aquellos contratos de intervención o de obra en que la administración mantiene un control permanente de ella, al punto que participa paso a paso en la ejecución del mismo, hecho que le permite requerir, cuestionar y supervisar al contratista³⁵.

Así por ejemplo aplicó la anterior tesis en la siguiente providencia:

"Por consiguiente, al contratista no se le vulneró el derecho de defensa con el acto administrativo que impugna, como quiera que la multa

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 4 de mayo de 2000, Exp. 17.871. En igual sentido: Auto de 13 de diciembre de 2001, Exp. 19.443, en el que se dijo: "...como el acto demandado no se fundó en un hecho intempestivo para el contratista, sino en el vencimiento de un término contractual pactado y conocido previamente por él como se deduce de lo afirmado por el actor en el hecho 13 de la demanda: (...), no resulta evidente la violación al debido proceso administrativo que se aduce..."

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Autos de 15 de mayo y 17 de julio de 2003, Exp. 24.101 y 24.436.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 5 de abril de 2001, Exp. 13.919

impuesta no fue ninguna sorpresa para el contratista, pues todo el tiempo fue informado de las irregularidades e inconformidades en que reparaba la contratante. Tratándose de una acto administrativo expedido dentro de la actividad contractual, la administración involucra al contratista en la toma de sus decisiones cuando con ocasión del desarrollo y ejecución del contrato le pone de presente, le manifiesta las actuaciones particulares que se van presentando en el contrato, a manera de quejas, reclamos, solicitud de mejorar el servicios, etc. De tal manera que lo que se pretende con las actuaciones administrativas en las que involucra al administrado, es evitar decisiones sorpresivas, intempestivas, que asalten la buena fue de los contratantes.”³⁶

Y en otra oportunidad explicó:

“[L]a Sala observa (...) que previamente a la declaratoria de caducidad del contrato, el municipio le corrió traslado al contratista de los informes de interventoría en los cuales se precisaba el incumplimiento del mismo, brindando la oportunidad de controvertirlo. Bajo estas circunstancias, no es equivocado sostener que la sociedad (...) conocía suficientemente las observaciones que había hecho la entidad contratante sobre su comportamiento durante el desarrollo del contrato y durante ese trámite administrativo tuvo la oportunidad de oponerse y controvertir los informes rendidos por el interventor. Después de concluido dicho procedimiento la administración sancionó al contratista, al declarar la caducidad del contrato, por esa razón no cabe concluir que se violó el derecho al debido proceso. En principio la decisión de la entidad contratante fue el resultado de los informes presentados por el interventor que revelaban el comportamiento del concesionario durante la ejecución del contrato...”³⁷ (Se resalta)

Adicionalmente, ha estimado la Sala que para la protección del derecho de defensa es necesario que los actos mediante los cuales se utilizan las atribuciones excepcionales estén debidamente motivados, puesto que es la única forma en que el contratista puede controvertir los fundamentos en que se basó la Administración para proferir la medida³⁸. Incluso, destacó la jurisprudencia que para que surta efectos el acto administrativo contra quien va dirigida la medida excepcional, es menester que el mismo le haya sido notificado, momento a partir del cual se

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. 18.091.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 24 de julio de 2003, Exp. 18.091.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 6 de noviembre de 1992, Exp. 7.030.

encuentra en la posibilidad de ejercer los recursos y mecanismos para controvertir la decisión, una vez ésta ha sido proferida³⁹.

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...”⁴⁰, 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 concreto⁴¹. 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 proporcionalidad⁴².

En conclusión, siguiendo esta línea de pensamiento, la jurisprudencia de la Sección ha precisado que el ejercicio de este tipo de facultades por parte de la Administración, dada su naturaleza sancionatoria, no puede ser utilizada de manera sorpresiva, toda vez que en ella debe aplicarse el debido proceso y, como corolario del mismo, debe brindarse una oportunidad al particular para que ejerza su derecho de defensa y adecue su conducta a los compromisos contractuales adquiridos⁴³.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 20 de mayo de 1993, Exp. 7.455: ... la declaración de caducidad sólo surte efectos legales a partir de la notificación que en debida forma se haga a la parte contratista del acto administrativo que la declare; Auto de 14 de noviembre de 2002, Exp. 22849, “ya se había indicado la importancia de la debida notificación de los actos administrativos en cuanto atañe al estudio del fenómeno de la caducidad. Se dijo, entonces, que la notificación ha sido entendida como una garantía al derecho de defensa de los particulares frente a las decisiones de la administración...”

⁴⁰ Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre la modalidades selección, publicidad y selección, y se dictan otras disposiciones”.

⁴¹ Sobre el alcance de esta norma Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencias de 7 de octubre de 2009, Exps. 17.936 y 18.496.

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. 17.009.

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 2 de febrero de 2006, Exp. 8.385.

3.5. Estado de la cuestión y entendimiento del debido proceso en la actividad contractual cuando la Administración pretenda declarar la caducidad del contrato

De acuerdo con lo expuesto, no es materia de discusión que el debido proceso consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, y que implica, entre otros aspectos, el derecho de ser juzgado por conductas que estén previamente contempladas en la ley, por juez o autoridad pública competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, con garantía de los derechos de presunción de inocencia, de audiencia, defensa y contradicción, entre otros, es extensiva a toda clase de actuación tanto judicial como administrativa, incluyendo dentro de ésta última las derivadas de la actividad contractual del Estado.

Sin desconocer que, en veces, la especificidad y naturaleza del asunto y la concurrencia del derecho individual fundamental con el interés general, conlleva a que el conjunto de garantías que integran el debido proceso deba regir en forma ajustada, matizada o atemperada en ciertas actuaciones administrativas en el ámbito de la contratación, es decir, con modificaciones, alcances y proyecciones diferentes.

Por regla general, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en esta actividad administrativa en cumplimiento del mandado perentorio del artículo 29 de la Constitución Política y para lograrlo es necesario precisar la manera, forma y grado en que ello debe serlo, dado que el mismo debe ser armonizado con la naturaleza y objetivos de la contratación pública, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.)⁴⁴, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.).

⁴⁴ Constitución Política: "Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."

Esta finalidad de la contratación, como modalidad de la función administrativa, justifica que la aplicación de los derechos de los administrados que conducen a la garantía del debido proceso, deba ser armonizada o atemperada sin pérdida del núcleo o contenido mínimo esencial de los mismos, con el interés público que anima el cumplimiento del contrato.

Es decir, como arriba se explicó, la determinación del campo de aplicación de cada una de las garantías que integran el debido proceso y su intensidad se deben analizar según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta para algunos eventos, pero en otros lo será en forma modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración.

Así, el debido proceso como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celebrado por la Administración (y va de suyo para la imposición de las multas y la cláusula penal) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general o gubernativo puro, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste, como se explicó, en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra.

Incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestado al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas *in situ* de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la

adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual.

Este entendimiento tiene sustento en el interés público de que la ejecución de los servicios, el suministro de los bienes o la realización de las obras no se interrumpa o paralice, lo que ocurriría si somete en todos los casos a la Administración a un trámite dispendioso que frustre la finalidad de la medida sancionatoria y, por ende, el cumplimiento oportuno del contrato, con desfase de los plazos generales y parciales para su ejecución en tiempo debido, los cuales, como se sabe, se fijan y pactan de acuerdo con la oportunidad en que se necesita el bien, el servicio o la obra para satisfacer el interés público o colectivo involucrado en el contrato.

En otros términos, so pretexto de la garantía al debido proceso que se deba cumplir no puede diluirse la responsabilidad que le que quiepa al contratista y menos aún debilitarse las facultades sancionatorias con que cuenta la Administración para la cabal ejecución del contrato. Se pretende con la aplicación de este derecho fundamental que el contratista tenga conocimiento de las razones que a juicio de la entidad configuran un incumplimiento de sus obligaciones, el cual está sujeto a la aplicación de las sanciones que prevé la ley y el contrato, cuyo clausulado éste conoce desde la suscripción e iniciación del mismo.

Ahora bien, cuando el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, dispone que “*las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales*”, condiciona esa remisión “en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de dicha ley”, de manera que las reglas contenidas en los artículos 3, 14, 15, 28, 29, 34, 35 y 36 del Decreto 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-, y los artículos 3º a 8º de la Ley 58 de 1982, que le ordenan a las entidades públicas comunicarle a los interesados la existencia y el objeto de las actuaciones que los puedan afectar, y le otorga a éstos el derecho de formular descargos, solicitar pruebas o presentar alegaciones, y en particular el artículo 35, según el cual “... *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...*”, deben ser armonizadas con los fines de la contratación pública y la prevalencia del interés general.

Así, durante la etapa de la ejecución del contrato en materia del ejercicio de las potestades exorbitantes sancionatorias (caducidad, multas y cláusula penal) la aplicación matizada y razonada de las garantías del debido proceso, se impone y resulta necesaria para la satisfacción de las necesidades, carencias, exigencias y requerimientos asociados a los contratos, en tanto los motivos que fundamentan la aplicación de esas prerrogativas están relacionados con el interés público, los servicios públicos y las necesidades colectivas apremiantes, cuya responsabilidad se encuentra radicada en la Administración, quien, por tal razón, no puede permitir incumplimientos que retrasen o demoren la obtención del objeto contractual, lo que se presentaría en grado mayor si tuviese que adelantar unas serie de actuaciones rodeadas de un excesivo ritualismo y adicionales a las propias de la ejecución del contrato para ejercer dichas facultades y adoptar las medidas necesarias con el fin de salvaguardar y lograr el objeto del contrato.

No puede perderse de vista que la potestad sancionatoria encuentra su fundamento no sólo en el propósito de reprimir las faltas contractuales del cocontratante, sino principalmente en la necesidad de asegurar mediante ese poder la efectiva y debida ejecución del contrato y, por esta vía, la satisfacción del interés público, ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista que impiden lograr el objeto del contrato, razón por la cual la Administración debe actuar con firmeza y celeridad delante de un contratista incumplido.

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 negocial le ha dado a conocer al contratista los hechos de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de la 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.

De ahí que, si bien las garantías que rigen el debido proceso son aplicables en materia de potestades sancionatorias contractuales, lo cierto es que ello no tiene lugar con el mismo ritualismo que en el derecho penal o disciplinario. Con otras palabras, el derecho al debido proceso contractual en el ejercicio de las facultades

sancionatorias no debe ser entendido como la necesidad de adelantar una actuación con formación de un expediente como si fuera un proceso penal o disciplinario, dado que esa visión no sería congruente con lo perseguido por la ley al otorgar los poderes excepcionales de la Administración; por el contrario, el procedimiento en materia sancionatoria contractual de la Administración debe ser armonizado con el interés público y general ínsito en los contratos que celebra la administración y debe ser aplicado en los términos ya explicados.

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.

4. El incumplimiento del debido proceso en el caso concreto

En el caso analizado en relación con la vulneración al debido proceso, advierte la Sala que la entidad demandada mediante la Resolución No. 0001 de 3 de septiembre de 1991, confirmada por Resolución No. 003002 de 16 de diciembre de 1991 declaró la caducidad administrativa del Contrato No. 224, que celebró con la demandante el 16 de abril de 1991, para la asistencia diagnóstica y terapéutica institucional, mediante la prestación de los servicios de tomografía axial computarizada simple contrastada con o sin alta resolución, al estimar que se tipificaba un incumpliendo de la obligación de prestar a los beneficiarios del Instituto los servicios en forma oportuna y sin ninguna discriminación frente a los pacientes propios del contratista.

En efecto, muestran las pruebas que la decisión adoptada se fundamentó en los hechos sucedidos con los afiliados del ISS, señores Luis Fernando Correa Henao, Jorge Zuleta Montoya y José Ignacio Monsalve los días 16, 23 y 25 de julio de 1991, según declaraciones rendidas ante dicho Instituto, que, a juicio de la entidad demandada demostraban la configuración de las causales previstas en el artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1993 y en particular las establecidas en la Cláusula

Décima Séptima del Contrato 224 de 1991 en las letras a."mala atención a los beneficiarios", c. "cuando el Instituto compruebe que por deficiencias en la calidad de la atención que se le debe otorgar al paciente se ponga en peligro su integridad física o se presenten" y e. "el trato discriminado a los beneficiarios del Instituto frente a los demás pacientes de la institución."

Es decir, la decisión de la entidad pública contratante fue el resultado de las quejas presentadas por los usuarios Correa, Zuleta y Monsalve y del informe presentado por el interventor, César Rodrigo González García, Jefe de la División de Servicio de Apoyo, Diagnóstico y Terapéutico del ISS, Seccional Antioquia, en el que analizaba esos casos, sobre el comportamiento desplegado por la contratista Scanografía Neurológica Limitada en su atención.

Sin embargo, revisadas las pruebas y los hechos demostrados a través de las mismas en el proceso, se percata la Sala de que la entidad demandada no dio traslado al contratista de las quejas e informes que sirvieron de soporte y fundamento para declarar la caducidad por parte de la Administración, de manera que no fueron conocidas en detalle por la contratista para controvertirlas antes de que se tomara la decisión.

La entidad demandada arguyó que de acuerdo con manifestaciones realizadas en la demanda, se deduce que la contratista conoció los hechos que dieron lugar a la caducidad del contrato, en forma verbal. Tales expresiones son las siguientes:

.- En el hecho octavo, cuando se señala: "en ningún momento la entidad demandada, hizo un requerimiento formal con respecto a las quejas de los pacientes en las cuales fundamentó su caducidad, a excepción de la llamada hecha por el doctor César González, a quien además de escucharle el anuncio de que se terminaría el contrato debido al llamado por él (incumplimiento del contratista)";

.- En los argumentos del concepto de violación cuando apunta que "no hubo pues, intimidación previa, sino una categórica notificación verbal del doctor González, según la cual el contrato se 'terminaría' porque Scanografía Neurológica lo había incumplido, discriminando a los pacientes de los Seguros Sociales y poniendo su vida en peligro, lo que está muy distante de la verdad."

Como puede apreciarse, a tales expresiones no puede dárseles el alcance antes pretendido, toda vez que en ellas lo que pone de presente de manera enfática la actora es que no fue requerida formalmente y que lo único que se le señaló es que se le iba a terminar el contrato, lo cual, en manera alguna satisface el requisito de dar a conocer al afectado con la actuación adelantada el o los hechos que dieron lugar a la declaración de caducidad del contrato y menos aún representa una vinculación de la contratista a esa actuación.

Lo cierto es que la entidad pública demandada tomó la decisión con base en unos hechos que consideró tipificados en las causales de la cláusula décima séptima, sin enviar las quejas y el informe que fundamentaban sus conclusiones, y sin requerir explicaciones a la entidad contratante, es decir, que no le dio brindó en modo alguno la oportunidad de controvertirlos y presentar los argumentos que en su criterio justificaban su conducta o esclarecieran desde su perspectiva la realidad y verdad de los hechos e incumplimientos que se le endilgaban.

En tales circunstancias, salta a la vista que la contratista fue sorprendida con la terminación unilateral del contrato sin fórmula de juicio, esto es, sin que hubiera sido escuchada previamente en el procedimiento administrativo que adelantó el ISS para valorar la conducta de incumplimiento que se le atribuyó y que dio lugar a la adopción de la caducidad de su contrato y a la imposición de la sanción que ello implica. Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste al procedimiento mínimo exigido por la jurisprudencia para cumplir con la disposición del artículo 29 de la Carta Política, lo que implica que con ello desconoció y vulneró el debido proceso de la actora y fundamentalmente su derecho de defensa.

En otros términos, para la Sala es evidente que la sociedad contratista Scanografía Neurológica Limitada no conocía previa y suficientemente el alcance y los pormenores de las observaciones que habían hecho los mencionados usuarios en sus declaraciones ante la entidad contratante sobre la prestación de los servicios objeto del contrato y su comportamiento durante el desarrollo de éste, como tampoco acerca del informe y el análisis realizado por la Subgerencia de Servicios de Salud de la entidad contratante, de forma que durante ese trámite administrativo no tuvo la oportunidad de oponerse y controvertir las quejas presentadas por aquéllos y el citado informe rendido por quien ejerció la supervisión del contrato.

No obstante, la Administración del ISS sancionó al contratista, al declarar la caducidad del contrato, razón por la cual cabe concluirse que se violó el derecho al debido proceso (art. 29. C.P), al omitir su vinculación a la actuación y, por contera, sorprenderla con una decisión de caducidad del contrato, sin haberle dado la oportunidad de ser oída previamente a la misma.

Advierte la Sala que de lo que sucede en el proceso en relación con la ejecución del contrato, no se desprende que el contratista hubiese estado advertido de las consecuencias de su proceder, porque la administración le haya dado a conocer en el transcurso de la relación contractual los hechos que consideraba constituyan una infracción al contrato, a través de requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, etc.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del Tribunal *a quo*, mediante las cuales se anularon los actos demandados y se condenó a la entidad pública accionada, por cuanto encuentra demostrada la violación de la norma superior, toda vez que del acervo probatorio se desprende que los motivos que condujeron a la Administración a declarar la caducidad del contrato no fueron conocidos previamente por la Contratista, a quien ni siquiera le fueron trasladadas las pruebas recaudadas en la actuación y aducidas contra ella para soportar la sanción impuesta, con el fin de que presentará las explicaciones a que hubiera lugar y controvirtiera éstas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 2 de noviembre de 1999, por los motivos expuestos en la presente providencia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidente de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR