

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

COMUNICADO No. 33

Agosto 5 y 6 de 2015

LA FACULTAD CONFERIDA A LAS ENTIDADES PÚBLICAS, PARA CUANTIFICAR LOS PERJUICIOS QUE SE DERIVAN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA, NO DESCONOCE EL DERECHO DE IGUALDAD, NI EL DEBIDO PROCESO, NI EL PRINCIPIO DE BUENA FE, ASÍ COMO TAMPOCO, LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMALIDADES

I. EXPEDIENTE D-10626 - SENTENCIA C-499/15 (Agosto 5) M.P. Mauricio González Cuervo

1. Norma acusada

LEY 1474 DE 2011

(julio 12)

Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública

ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, **cuantificando los perjuicios del mismo**, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

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

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

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

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

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos examinados, la expresión: "*cuantificando los perjuicios del mismo*"; contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte determinó que conferir en el contexto de los contratos estatales, facultad a las entidades públicas para que, en caso de declarar el incumplimiento del contrato por parte del contratista, cuantifiquen los perjuicios que de él se deriven, tiene justificación constitucional. Esa cuantificación se efectúa en el marco de un procedimiento administrativo reglado, con fundamento en las pruebas que se practican y prevé la audiencia y participación del contratista, lo que garantiza el derecho a la igualdad, el debido proceso y respeta el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades.

El análisis de la Corte partió del amplio margen de configuración en materia de contratación estatal, por lo cual desarrolló un juicio integrado de igualdad, aplicando un test leve, del cual concluyó que: *(i)* los fines perseguidos por la norma demandada, cuales son, luchar contra la corrupción y garantizar la protección efectiva del interés general, son legítimos desde la perspectiva constitucional; *(ii)* el medio empleado para ello, esto es, cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, luego de haberse tramitado un proceso administrativo, resulta adecuado para el logro de tales fines; *(iii)* la cuantificación de tales perjuicios debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego de haber seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que presenten en su contra; *(iv)* ni la existencia de los perjuicios, ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe; *(v)* la cuantificación de los perjuicios obedece a la realidad de la ejecución del contrato, fundada en pruebas, de modo que, de ninguna manera, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial.

4. Salvamento de voto

El magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** manifestó su salvamento de voto, toda vez que, en su concepto, la demanda no cumplía a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 y desarrollados por la jurisprudencia. En particular, la Sala encontró que el demandante no fundamentó en debida forma el concepto de violación constitucional que se alegaba, en la medida en que no expuso de manera específica y suficiente, las razones por las cuales la facultad que se otorgaba a la entidad contratante, en caso de incumplimiento del contratista, para cuantificar los perjuicios causados, desconocía el preámbulo de la Constitución, los derechos a la igualdad y el debido proceso, así como, los principios de buena fe y de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal. A su juicio, la Corte ha debido proferir un fallo inhibitorio.

LA CORTE CONSTITUCIONAL ENCONTRÓ QUE EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO CONVOCADO PARA DIRIMIR CONTROVERSIAS ENTRE LA EMPRESA ISAGEN Y EL CONSORCIO LA MIEL Y DEL CONSEJO DE ESTADO AL RESOLVER EL RECURSO DE NULIDAD INSTAURADO CONTRA DICHO LAUDO, NO SE INCURRIÓ EN LOS DEFECTOS ORGÁNICO, SUSTANTIVO Y FÁCTICO ADUCIDOS POR ISAGEN.

II. EXPEDIENTE T 4230220 - SENTENCIA SU-500/15 (Agosto 6)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

La Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó la decisión de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 17 de octubre de 2013, mediante la cual se resolvió negar la acción de tutela iniciada por Isagen S.A. E.S.P., en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado y del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional, quienes habían resuelto las controversias contractuales entre la empresa accionante y el Consorcio Miel. De manera general, consideró la Corte que el carácter excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales es aún más restrictivo tratándose de procesos arbitrales, toda vez que en éstos, las partes, en desarrollo

del principio de voluntariedad, deciden apartarse de la justicia ordinaria para llevar la controversia a la decisión de un tribunal de arbitramento, cuyas decisiones, por lo mismo, se ven dotadas de una autonomía y firmeza que escapa a la actuación de los mecanismos de controversia comunes.

En este contexto, la Corte no encontró que se configuraran los defectos del laudo alegados por la accionante, en el entendido que, tanto el Tribunal de Arbitramento en su decisión, como el Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación, habían abordado adecuadamente los aspectos invocados en sede de tutela.

Concretamente, (i) en relación con el defecto procedimental, la Corte concluyó que no superaba el requisito general de procedibilidad que exige que se muestre que las irregularidades procesales alegadas en el escrito de tutela, hayan tenido un efecto decisivo o determinante en la providencia cuestionada.

Sobre los demás defectos alegados, aunque se consideró que superaban la valoración de los requisitos generales de procedibilidad, no tenían la entidad suficiente para concretar una vulneración de contenido *iusfundamental*. (ii) Respecto al defecto orgánico, en cuanto se constató que los falladores, dentro del proceso arbitral, habían tenido en cuenta que, no obstante la transferencia universal de una parte del negocio de una empresa miembro del consorcio, las partes habían manifestado su voluntad inequívoca de someterse a la justicia arbitral, tanto al momento de suscribir el contrato de obra, como en el otrosí que modificó la cláusula compromisoria. Estimó la Corte, a partir de un recuento jurisprudencial y doctrinario, que las irregularidades en que fundaba su pretensión la accionante, no habían dado lugar a un desconocimiento del principio de voluntariedad, como presupuesto de la competencia del tribunal de arbitramento, pues es claro que Isagen expresó su voluntad de someter las controversias contractuales a la justicia arbitral, sin que tal voluntad pueda tenerse como afectada por error o por dolo, o reputarse como inexistente por una alteración en la composición del consorcio no comunicada oportunamente a la entidad contratante. (iii) Sobre el defecto sustantivo, se observó, a partir de un detenido examen de las providencias cuestionadas, que las mismas no carecían de motivación, y que ésta era razonable, en lo que concernía a la validez de la cláusula compromisoria. (iv) Y, en relación con los defectos fácticos invocados, se advirtió que, como lo señalaron los falladores dentro del proceso arbitral, Isagen no hizo un reproche constitucional adecuado que llevara a concluir que, de haberse tenido en cuenta las deficiencias probatorias alegadas, la decisión final en el laudo hubiera sido diferente. En particular se señaló que Isagen no puso de presente la manera como dichas deficiencias habían incidido sobre la materialidad de la controversia.

4. Salvamentos y aclaración de voto

La magistrada **María Victoria Calle Correa** y los magistrados **Jorge Iván Palacio Palacio** y **Alberto Rojas Ríos** salvaron el voto, por cuanto a su juicio había un defecto orgánico en el laudo arbitral, que no fue debidamente controlado por el Consejo de Estado y, en consecuencia, hubo una violación del derecho al debido proceso de ISAGEN.

En efecto, en su concepto el Tribunal arbitral fundó su presunta competencia en un Otrosí al contrato pactado, que sin embargo fue suscrito con un consorcio conformado de un modo que no se correspondía con la realidad. El Otrosí modificadorio N° 13 transformó la cláusula compromisoria en lo atinente a un previo requisito de mediación, para dejar el arbitraje como el mecanismo directo de resolución de conflictos y desavenencias. En la suscripción de este Otrosí aparecían por una parte ISAGEN, y por otra un consorcio conformado de la siguiente manera: "CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT SA, ALSTOM BRASIL LTDA, ABB SAE SADELMI SPA Y KVAERNER ENERGY AS". No obstante, aunque aparece en el consorcio la compañía ABB Sae Sadelmi SPA, lo cierto es que jurídicamente esa compañía ya no existía para cuando se suscribió el Otrosí No. 13.

Estas irregularidades indujeron a ISAGEN a incurrir en un manifiesto error, el cual por recaer sobre un contrato (y su respectivo Otrosí) celebrado específicamente en consideración a la persona era entonces dirimente y suponía un vicio de la voluntad. En tal virtud, se presentó con respecto al Otrosí un defecto orgánico que violó la Constitución, pues esta última prevé que los árbitros tienen competencia en la medida en que hayan sido “habilitados por las partes” (CP art 116), y en sentido estricto no hay una voluntad jurídicamente válida, reconocible y oponible, de habilitar jurídicamente a un tribunal arbitral para que resuelva una controversia, cuando el pacto en que supuestamente se funda esa atribución se edifica sobre la base de un manifiesto error dirimente, que vicia la voluntad de una parte. Esto a su turno implicó una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, pues este supone el derecho a no ser juzgado sino por juez “competente” (CP art 29), lo cual se desconoció, según lo antes dicho, en el presente caso.

El magistrado **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** se reservó la presentación eventual de una aclaración de voto.

LA CORTE NO CONSTATÓ NINGUNO DE LOS DEFECTOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE CONTROVIRTió EN SEDE DE TUTELA LA DECISIÓN DE LA SECCIÓN PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO QUE DECLARó LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONCEJAL CARLOS ARTURO ROMERO JIMÉNEZ

III. EXPEDIENTE T 3756821 - SENTENCIA SU-501/15 (Agosto 6)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

La Sala Plena de la Corte Constitucional decidió confirmar los fallos proferidos por la Sección Segunda – Sub Sección B- y la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negaron la tutela promovida por Carlos Arturo Romero Jiménez contra la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado que declaró la pérdida de su investidura como concejal de Bogotá.

Recordó la Corte que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, al establecer las causales por las cuales pueden ser sancionados con pérdida de investidura los diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales, desarrolla el mandato superior contenido en el artículo 133 de la Carta según el cual el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

Analizada la decisión cuestionada por vía de tutela en el marco de las precisas causales de procedibilidad del mecanismo constitucional contra providencias judiciales, encontró la Sala que no se configuraban los defectos fáctico, sustantivo, violación directa de la Constitución y desconocimiento de precedente, alegados por el demandante en relación con la justificante de fuerza mayor invocada en el proceso de pérdida de investidura.

A juicio de la Corte, no concurre el defecto fáctico alegado, porque el actor no demostró que la decisión careciere de un fundamento probatorio apropiado o que el órgano judicial acusado hubiese dado a los medios probatorios existentes una valoración abiertamente irrazonable, irracional o contraevidente, en tanto la excusa presentada por el accionante el 1º de enero de 2008 ante el Concejo de Bogotá fue tenida en cuenta y razonablemente valorada por la Sección Primera del Consejo de Estado.

De igual modo, el Tribunal Constitucional encontró que no se configura un defecto sustantivo, en los términos en que ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, toda vez que la Sección Primera del Consejo de Estado aplicó la norma pertinente sobre la fuerza mayor como justificante, frente a la causal examinada en el juicio de pérdida de investidura, y bajo una interpretación razonable concluyó que la excusa formulada no reunía

los atributos de imprevisibilidad e irresistibilidad que caracterizan dicha causal como eximente de responsabilidad. En efecto, la expectativa que generaba el anuncio del Alcalde Mayor sobre el eventual nombramiento de la compañera del actor como Secretaria de Gobierno no satisfacía los presupuestos de imprevisibilidad e irresistibilidad que exige la fuerza mayor, y esta interpretación a juicio de la Corte resulta razonable.

Tampoco, se constató la violación directa de la Constitución en la valoración de la causal invocada como fuerza mayor, toda vez que no se advierte que el fallo cuestionado hubiese dejado de aplicar una disposición ius fundamental que fuese imperativa para regir el caso concreto, o que hubiese aplicado la ley al margen de los dictados de la Constitución. El fallo impugnado se enfoca en una perspectiva de defensa de los derechos de representatividad del electorado, frente a los cuales no pueden sobreponerse intereses personales o familiares, a menos que estos, en efecto, constituyan fuerza mayor.

Así mismo, no se acreditó que la decisión de pérdida de investidura se hubiese producido con violación del precedente horizontal, comoquiera que las decisiones invocadas por el accionante se produjeron frente a situaciones fácticas distintas a las que son objeto del presente examen.

En conclusión, no se constató ninguno de los defectos a través de los cuales se controvertió en sede de tutela la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado que declaró la pérdida de investidura del concejal Carlos Arturo Romero Jiménez y por consiguiente se confirmarán los fallos de instancia que negaron la acción de tutela.

Salvamentos y aclaración de voto

La magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** y los magistrados **Jorge Iván Palacio Palacio** y **Alberto Rojas Ríos** se apartaron de la decisión mayoritaria, por considerar que la Corte ha debido conceder los derechos fundamentales del concejal Carlos Arturo Romero Jiménez al debido proceso, a la igualdad y a la participación política.

En su concepto, el régimen sancionatorio de pérdida de investidura en relación con la causal de no posesión del cargo, se sitúa en un escenario que exige probar la responsabilidad subjetiva del obligado, como condición para la imposición del castigo. La aplicación de la sanción exige una valoración de los hechos y por ello, no es válido concluir, que sin importar las circunstancias de caso, se exige únicamente, el simple resultado de la efectiva toma de posesión del cargo.

Para los magistrados **Ortiz Delgado, Palacio Palacio** y **Rojas Ríos**, en la decisión de pérdida de investidura se configuró un defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, toda vez que al analizar la situación planteada por el señor Romero Jiménez, lo hizo desde una perspectiva que desconocía el efectivo ejercicio de los derechos de su esposa para aceptar y ejercer el cargo en que iba a ser nombrada y afectaba de forma desproporcionada los derechos políticos. Por consiguiente, el alcance que le otorga la sentencia del Consejo de Estado al requisito de irresistibilidad de la fuerza mayor resultaba contrario a la Constitución. Así mismo, los magistrados consideraron que se produjo una violación en el caso concreto por la no aplicación del régimen de responsabilidad subjetiva de la pérdida de investidura, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

Por su parte, el magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** anunció la presentación de una aclaración de voto.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta (e)