

**EL DEBIDO PROCESO DENTRO DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA, EN LOS
CONTRATOS ESTATALES DE OBRA**

CESAR EDUARDO CUADRADO SIERRA

AUTOR

Código: 3501012

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCIÓN POSGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**EL DEBIDO PROCESO DENTRO DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA, EN LOS
CONTRATOS ESTATALES DE OBRA**

CESAR EDUARDO CUADRADO SIERRA

AUTOR

Código: 3501012

**Trabajo de grado para obtener el título de Especialista en Derecho
Administrativo.**

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCIÓN POSGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

EL DEBIDO PROCESO DENTRO DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA, EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE OBRA^{1*}

Cesar Eduardo Cuadrado Sierra^{**2}

Resumen

El debido proceso como una garantía judicial de la administración hacia los particulares y la participación de los ciudadanos, mediante procesos de selección, para contratar con entidades estatales. Son derechos, principios y obligaciones recíprocas entre estos dos. Más cuando falta o se adolece de una de estas garantías dentro de un proceso sancionatorio por el incumplimiento de un contrato celebrado entre las partes. Se genera una violación a los principios fundamentales, que la administración debe resguardar. Por lo cual, se hace necesario resaltar los principios de la actuación administrativa más relevantes en el desarrollo de sus políticas y en la celebración de contratos, para así poder deducir si existe o no, una violación de derechos por la actuación legal de la entidad.

Palabras clave:

Derecho a la igualdad, derecho al juez natural, potestad sancionatoria, debido proceso, proceso sancionatorio.

¹ * Trabajo presentado para optar por el título de Especialista en Derecho Administrativo, de la Universidad Militar Nueva Granada, 2016- II

² ** Abogado Universidad Militar Nueva Granada – UMNG – Correo Electrónico cuadritomil@hotmail.com

THE DUE PROCESS, INSIDE DE SANCSIONAROTY ACTION, IN THE STATE CONSTRUCTION CONTRACTS

Summary:

The due process as a judicial warranty of the administration to the particulars and the participation of the citizens, through the selection process. To contract with state entities. Are rights, principles and reciprocal obligations between them. But when there it's a lack or a suffer one of those warranties, inside a sanctionatory process for not complying a contract celebrated between the parts, it creates a violation of the fundamental principles, that the administration, should care for. Whereby, its necessary to highlight the principles of the administrative action that are more relevant in the development of their politics and in the conclusion of contracts, by it, could make a deduction of, if there is or not, a violation of rights for the legal actuation of the entity.

Keywords:

Equality Right, right to have a natural judge, sanctionatory power, right process, sanctionatory process.

INTRODUCCIÓN:

Sobre el debido proceso como garantía judicial, al desarrollarlo por medio de contratos con entidades estatales, comienza a desfigurarse en gran medida su alcance y características, amparados bajo un principio de legalidad de la norma.

Para profundizar sobre el tema es necesario hacer una descripción sobre qué tipos de contratos entran dentro de la contratación estatal, para hacer una discriminación sobre los contratos a tratar, en especial los contenidos en la ley 80 de 1993 artículo 32 a nombrar:

1. **Contratos de obra:** Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.
2. **Contrato de consultoría:** Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre-factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Aplican interventorías
3. **Contrato de prestación de servicios:** Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales

cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados

4. **Contrato de concesión:** Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.
5. **Encargos fiduciarios y fiducia pública:** administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley 80 de 1993.

Además de la explicación del *principio del debido proceso*, que, aunque se encuentra dentro de la ley, códigos y constitución, no existe una definición clara de que es el debido proceso, mas este se debe entender como una garantía a la persona (Constitución Política de Colombia. 1991. Artículo 23), dentro de las actuaciones de las autoridades públicas, quienes deben garantizar y ceñirse a las

normas de cada proceso, para evitar cualquier vulneración de los derechos de la persona y así evitar cualquier caso de arbitrariedad. Razón por la cual la presente investigación va encaminada al desarrollo del debido proceso dentro de la actuación administrativa en especial sobre los procesos sancionatorios de responsabilidad contractual, debiéndose entender este termino sanción, como el conjunto de penas a las que se puede ver sujeto el contratista dentro de la actuación ya sean inhabilidades, suspensiones o de índole monetario.

La relevancia de este tema lo podemos ver en todos los contratos estatales. Donde las entidades en representación de la administración pública, contratan con particulares para el desarrollo de proyectos según las necesidades de cada una, y las mismas en su calidad de representantes, deben garantizar el debido proceso en cada una de sus actuaciones, tal cual lo indica la, ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en su artículo 3 numeral primero.

Aunando en lo anterior sobre el debido proceso. La corte constitucional se ha manifestado entendiendo este como: (sentencia C-980 del 01 de Diciembre de 2010. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) *“la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones como establecer prerrogativas”* siendo entendido el mismo como una garantía de procedimiento para poder llevar a cabo el proceso sancionatorio, sin incurrir en falencias y arbitrariedades.

Sobre las sanciones, el proceso disciplinario y su formalidad, el autor (BULLA, 2014) las entiende como:

“se concreta a los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas transitorias, para que sean investigados por el funcionario competente establecido y determinado con anticipación y con observancia, el cumplimiento, el acatamiento fiel a las ritualidades o formalidades del proceso disciplinario”

Esto de la mano de su concepción sobre el debido proceso como (BULLA, 2014) “una herramienta o institución de hondo calado democrático que se ha erigido contra las actuaciones absolutistas de algunos estados” solicitando para que este pueda darse de forma completa cumplir con los requisitos de preexistencia de normas, competencia del titular de la acción sancionatoria, favorabilidad, presunción de inocencia, entre otras. Estas encaminadas a evitar arbitrariedades dentro de la administración que puedan resultar en violación a los derechos de la persona individualizada. Así mismo la corte constitucional ha entendido en cuanto al proceso sancionatorio *que*: Sentencia T-433 del 20 de Agosto de 1998. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra “*en todos los campos donde se haga uso de la facultad sancionatoria, entiéndase ésta como la prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos, deben ser observados los requisitos o formalidades mínimas que integran el debido proceso*” entendiéndose de esta forma que este proceso sancionatorio debe ir ligado a unas garantías mínimas como lo son el debido proceso.

Problema:

El problema a tratar dentro del presente artículo es si: ¿Se garantiza el debido proceso dentro de las actuaciones de la administración, cuando se sanciona a particulares con quienes contrato? Ya que si no se encuentra una garantía mínima dentro de las actuaciones sancionatorias de la entidad, podría entenderse que hay una actuación inconstitucional tanto de la entidad contratante como de la misma norma que le permite actuar de tal forma a la administración.

Objetivos:

1. Identificar los límites de los poderes administrativos de las entidades estatales, que celebran con particulares.
2. Analizar la naturaleza del debido proceso y su integración en la actuación administrativa dentro de los procesos sancionatorios.
3. Determinar la facultad discrecional sancionatoria de la administración pública, desde la perspectiva de los derechos a la igualdad y el debido proceso como con los principios de la dignidad y presunción de la buena fe.

Metodología:

Utilizando una metodología descriptiva: Se partió desde el estudio de la ley 80 de 1993, sobre la contratación estatal, para lograr encontrar los tipos de contratos que podían celebrarse entre entidades territoriales y particulares, para

asi tomar como objetivo, el estudio de los contratos de obra. A partir de la ley 1437 de 2011, se estudio el proceso disciplinario y la facultad sancionatoria de las entidades territoriales dentro de la contratación, remitiéndose de esta forma a la ley 1474 de 2011, quien en su articulo 86, desglosa todo el proceso sancionatorio, tanto quien lo adelanta, como las partes dentro del proceso.

A partir de la Constitución Política de 1991, se hizo el estudio de los derechos de las personas, las garantías y obligaciones. Mas al encontrar solo su definición tuvo que ser estudiado el desarrollo jurisprudencial de las mismas para poder llegar de esta manera a descubrir como se le dio vida a la norma y como ha sido interpretada.

A través de la honorable Corte Constitucional, en materia del debido proceso, sus garantías mínimas y los principios que configuran la garantía, la obligación y el derecho al mismo, se definió lo que es la misma y quienes son llamados a garantizarla dentro de las actuaciones de la administración en la contratación y en especial dentro de los contratos de obra, para de esta manera mirar, como la misma garantía protege y acobija otros derechos, como lo son la igualdad, la legalidad, *iurit Novit curia* y *entre otros*.

Por parte de la doctrina, se busca el desarrollo de los estudiosos del derecho tanto disciplinario como constitucional, tomando y valorando sus estudios respectivos, las definiciones dadas, que aportan mas claridad a la investigación y así, de esta forma llegar a generar una hipótesis, sobre lo que es la contratación estatal, el debido proceso y poder llegar a concluir como sin unas garantías

mínimas dentro de la etapa sancionatoria. No se puede hablar de un debido proceso y garantizar el mismo por parte de la administración.

Marco teórico:

Limites de los poderes administrativos de las entidades estatales que celebran con particulares:

Siendo la administración la llamada a cumplir con las políticas públicas, desarrollando los principios consagrados en la Constitución Política Nacional, de igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, es esta quien entra a ser la representante del estado frente a los ciudadanos y quien en primera medida, debe garantizar la correcta ejecución de políticas públicas y salvaguardar los derechos de los ciudadanos, en especial al no violar los derechos de los mismos en sus actuaciones.

Lo anterior en concordancia con lo contemplado en la ley 1437 de 2011 artículo 3, donde nos habla de los principios de la administración y la subordinación de la misma ley y la administración, a la Constitución, al mismo código 1437 en su parte primera y demás leyes especiales. Donde se puede entender que, bajo ninguna forma, la administración podrá estar por encima de la ley y tampoco podrá vulnerar los derechos de los ciudadanos, sino que por el contrario la misma debe actuar como garante de estos y ceñirse a lo preceptuado en las normas de mayor jerarquía.

En materia sancionatoria además de los derechos y garantías que gozan las personas del común frente a la administración se deben garantizar los principios de la presunción de inocencia, no reformato in peius y non bis in idem.

Sobre la presunción de inocencia la corte constitucional ha definido esta como *“una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”* Corte Constitucional, Sentencia C-289 de 2012, M.P. Humberto Antonio, Sierra Porto.

Sobre la contratación estatal, las entidades administrativas en virtud del principio de igualdad, en especial del de igualdad de oportunidades, permiten a particulares contratar con estas mediante concursos abiertos, donde es elegido el mejor proponente para la ejecución de la obra o labor contratada. Siendo desarrollado así uno de los fines del estado como lo es la integración y la legitimación de sus políticas publicas. Garantizando a su vez el principio de transparencia, en cada una de las instancias de este concurso, llámese etapa precontractual, contractual o post-contractual como contempla la ley anticorrupción 1474 de 2011. Así mismo en virtud de los fines de la contratación estatal, las entidades estatales quienes vayan a contratar con particulares, deben garantizar la efectividad de los derechos de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de tales fines

Sobre el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones se debe entrar a definir el mismo como un régimen (Corte Constitucional Sentencia C-257/13, M.P. Jaime Córdoba Triviño) “...*dirigido a impedir o limitar el ejercicio de la función pública a los ciudadanos que no observen las condiciones establecidas para asegurar la idoneidad y probidad de quien aspira a ingresar o está desempeñando un cargo público*”, entendiéndose como su finalidad la suspensión de manera transitoria de derechos, a particulares y/o empleados públicos, finalidad desarrollada a través de la constitución y la ley en especial la ley 734 de 2002 y 1474 de 2011, donde la segunda, delega el desarrollo y la potestad sancionatoria en primera mano a la procuraduría General De La Nación y los órganos de control interno de las entidades públicas (art 3) y la tercera desarrolla el proceso sancionatorio en su artículo 86 De lo cual se puede deducir, que para que una entidad pueda ejercer función sancionatoria, dentro de los contratos de obra, debe tener una oficina jurídica, adscrita a la misma entidad y las decisiones sancionatorias, serán tomadas por el Jefe de la entidad.

En este tipo de contratos, la aplicación de las clausulas penales dentro de los contratos de índole estatal, en especial los de obra pública, están contempladas dentro del artículo 1592 del código civil, que nos indica que: “*La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.*”, y también en la ley 1474 de 2011, que si bien está contenida dentro del contrato, el cual es ley para las partes y a su vez el acuerdo consensual entre las mismas. No se puede entender que por la suscripción del contrato por parte de la entidad contratante y el contratista, se esta

garantizando el debido proceso, solo por haber consentimiento de las partes al suscribir tales obligaciones y muchos menos se puede garantizar el mismo derecho, dejando a discreción de la administración la aplicación de dichas sanciones. Esto también en cuanto al régimen de inhabilidades, como medida sancionatoria a imponer al contratista por incumplimiento en sus funciones, por parte de la entidad contratante.

Si bien las cláusulas pecuniarias impuestas dentro del contrato y el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, en razón a un proceso disciplinario son de aplicación de la administración, como un medio de indemnización frente al posible incumplimiento del contrato y una suspensión de sus derechos, como garantía a los fines del estado y la administración. La valoración de los descargos presentados por el contratista o interventor dentro de los contratos de obra en razón al presunto incumplimiento, también se dejan a la misma entidad contratante, violando de esta manera el principio de imparcialidad, debido proceso, buena fe, entre otros consagrados en la ley 734 de 2002 y la constitución.

Esto en razón a que al ser la entidad contratante parte y juez dentro del proceso, conllevaría a entrar en medidas arbitrarias que pudieran degenerar, en sanciones monetarias e inhabilidades contra los particulares, y perdiendo de esta manera legitimación frente a su calidad de representante de la administración por su vulneración a derechos fundamentales de los administrados.

En cuanto a la competencia sancionatoria de la administración, esta proviene directamente de la constitución, ya que en su artículo 150 faculta al congreso para

“expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.” Siendo la misma ley 80 de 1993 quien en su artículo 58 delimita las sanciones e inhabilidades imputables a la persona en razón a su relación contractual y también la ley 734 de 2002 en cuanto a las inhabilidad y régimen sancionatorio en general, delegando de esta manera la potestad sancionatoria a las oficinas de control interno de las entidades publicas y la ley 1474 de 2011, es quien regula el proceso de imposición de sanciones a los particulares quienes ejercen un servicio publico.

1. Ese mismo artículo 58 de la ley 80 de 1993 delimita la sanción en 3 clases:
 - a. Pago de indemnizaciones: entendiéndose estas como la tasación monetaria del perjuicio causado a la entidad en razón al incumplimiento del contrato.
 - b. Destitución: aplica para funcionarios públicos en caso de responsabilidad disciplinaria.
 - c. Inhabilidades: siendo esta la incapacidad de la persona, sea bien servidor público o persona natural, para contratar con entidades estatales durante un periodo de diez (10) años.
2. Si es cierto la ley es quien da la potestad a las entidades estatales, para el cobro de las sanciones tal cual como lo señala en su artículo 4 en la ley 80 de 1993, en los casos estipulados por la caducidad del contrato (art 18 ley 80/1993) e imposición de medidas disciplinarias a particulares contemplado en la ley 734 de 2002 articulo 52 y S.S., mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado en los términos del artículo 59 de la

misma ley 80 de 1993 (en cuanto a clausulas penales) y art 97 ley 734 de 2002. La violación del principio de imparcialidad y al principio de juez natural, se hace inminente, ya que la administración al ser parte dentro del contrato, celebrado entre el particular y ella, y a su vez quien decide la sanción imputable al contratista o interventor, por el incumplimiento del contrato, viola la garantía procesal de no ser juez y parte dentro del proceso, ya que esta se puede sustraer de realizar juicios de valor, haciendo un análisis crítico de la situación en particular, ya que esta no va a entender como propias las falencias dentro de un proceso de responsabilidad civil o penal, sabiendo que esto acarrearía sanciones de índole penal, disciplinarias, fiscal y civil de ser imputada la culpa a sí misma.

3. Si bien se pueden tener en cuenta en el caso de la contratación estatal en Colombia, pronunciamientos de índole jurisprudencial en el derecho comparado frente a la actuación de la administración como juez y parte, como por ejemplo la de la sala constitucional de la Corte Suprema De Justicia de Costa Rica, San José, del diecisiete de octubre del dos mil siete Sentencia 15001-07 y del 20 de Junio de 2011, Sentencia 10193-11, que nos indica “...*en caso de que existan motivos que permitan anticipar algún grado de parcialidad en el asunto, las partes pueden hacer uso de la facultad que les otorga la Ley para abstenerse o para recusar*”, se debe tener en cuenta dentro de la actuación el elemento humano de la administración, que si bien, se presume de buena fe, también se puede presumir que en virtud de la auto-conservación, el funcionario público que

dirime el caso, no fallara en su contra y mucho menos, se abstendrá de fallar, sabiendo que puede hacerlo mediante un acto administrativo, que presta merito ejecutivo y es de carácter vinculante para las partes. Generando lo mencionado una inseguridad jurídica permanente, en la actuación administrativa, pues si uno de los fines de la administración es la imparcialidad, el mismo tema debe ser dirimido por el juez natural, quien actúa en virtud del principio de imparcialidad la cual atiende a la ajenidad del juez frente a los intereses de las partes en la causa, por lo cual su fin seria en verdad la administración de justicia.

La naturaleza del debido proceso y su integración en la actuación administrativa:

Sobre el debido proceso como una garantía constitucional y un derecho fundamental de las personas dentro del territorio, es un deber de la administración en cualquiera de sus actuaciones garantizarlo. En particular dentro de la contratación estatal, como medio de actuación directa de la administración con los particulares. Ya que no puede incurrir la administración en violaciones de derecho de ninguna índole, siendo esta quien debe velar por los mismos.

Si bien en la teoría, el debido proceso es una garantía judicial aplicable a todas las personas y actos jurídicos, en la práctica hay actuaciones discrecionales dentro de la administración pública para la aplicación de sanciones. Tales Como las clausulas penales contractuales, impuestas por entidades competentes y/o

superiores jerárquicos, siempre y cuando se pueda demostrar la imputación objetiva, a título personal de la conducta que se le atribuye como omisiva o activa.

Sobre la imputación objetiva, la misma se definirá como “..La vinculación de la alteración negativa, cierta personal, y que no se esta en el deber normativo de tolerar, lo que configura el daño antijurídico con el comportamiento activo u omisivo de la administración publica...” (Botero, 2015, p 7)

Si bien el constituyente del 91, “promovió la garantía y el respeto a la dignidad humana y el interés general, que han de constituir la guía permanente en el actuar de los operadores y sujetos disciplinables, como requisito indispensable para materializar los fines estatuidos” (Forero, 2004, p. 38), en materia disciplinaria al facultarse a las entidades administrativas, para llevar a cabo sus propias audiencias sancionatorias, aunque una medida ceñida a la ley y a la constitución, la misma no garantiza el acceso a la correcta administración de justicia de los contratistas, como sujetos de derecho.

Frente a lo anteriormente señalado no se puede dejar de lado los factores de competencias y calidades del juez, ya que muchas veces, quien imputa la sanción por el incumplimiento contractual, desconoce tanto la norma, como el procedimiento y mucho menos puede conocer las circunstancias que la generaron, por lo cual se genera nuevamente una violación al debido proceso, al carecer la administración de la persona idónea para fallar sobre el caso concreto, violando en concreto el principio “*iura novit curia*” que si bien es una presunción, que el juez

conoce de derecho, no se puede aseverar que un representante de la entidad contratante cumple con estas cualidades.

Como lo señala la ley 80 de 1993 en su artículo 59 sobre el acto sancionatorio cuando nos indica: “...*Así mismo, en ella se señalarán los medios de impugnación y defensa que procedan contra tales actos, el término que se disponga para ello y la autoridad ante quien deba intentarse.*”, y ley 1474 de 2011 artículo 86 “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.” contra el acto administrativo aplican recursos y no es última instancia. Más la interposición de recursos ante los mismos actos administrativos, acarrea un desgaste, tanto del aparato judicial y/o administrativo, como para el patrimonio económico del contratista o interventor, generando de esta manera, cargas al administrado que de por sí no debería solventar y las cuales van en contra de cualquier ideal de justicia, sin dejar de lado una flagrante violación al principio de economía, de la administración.

En razón a lo anteriormente citado, es menester hacer un estudio sobre estas normas, que resultan por sí mismas, violatorias de principios fundamentales de los ciudadanos e inconstitucionales, ya que como lo cita el autor Arturo Hoyos (Hoyos, 2004, pág. 88):

“los diversos aspectos de la garantía constitucional que tratamos son desarrollados por leyes procesales, que establecen los diversos

procedimientos y competencias según los cuales se desarrollan los diversos procesos. Como se deja dicho, la ley debe respetar los diversos elementos de la garantía del debido proceso y, de no hacerlo, quedara viciada de inconstitucionalidad.”

Al desconocer principios de ley e ir en contra de los fines de la administración como lo es la sujeción a la constitución, y la violación de derechos como el debido proceso, imparcialidad, celeridad, economía, eficacia, entre otros. No solo se ve, este actuar errado como una violación a los principios del ciudadano, sino también a los de la administración. Ya que juicios posteriores, en otras etapas del proceso o demandas de nulidad y restablecimiento del derecho y de responsabilidad contractual, con fallos a favor de la parte actora, pueden generar detrimentos patrimoniales al estado, al configurarse la falla del servicio, como requisito para la responsabilidad estatal.

En cuanto a la integración del debido proceso en la actuación administrativa, en teoría este se presume de todas las actuaciones de la administración, en virtud del desarrollo del artículo 83 de la Constitución política Nacional. Más en materia post contractual, y disciplinaria, el mismo se queda bastante rezagado, al no poder garantizar principios mínimos como el debido proceso y a citar los siguientes:

1. Juez natural
2. Presunción de inocencia.
3. Iura novit curia

4. Presunción de la buena fe.
5. Principio de imparcialidad e igualdad.

Sobre el juez natural, es procedente aclarar que, si bien las acciones sancionatorias, deben ser adelantadas por parte de las oficinas jurídicas, de cada una de las entidades. No se puede entender por este hecho que sean las mismas las llamadas a resolver los casos o controversias de responsabilidad, entre la entidad contratante y el contratista, ya que las mismas, deben ser dirimidas por un juez competente para el caso, ya sea en materia administrativa o civil, según corresponda, y no un empleado de la entidad que pueda resolver en las dos materias dentro de un mismo proceso. Ya que esta misma actuación de por si es violatoria del principio de imparcialidad y igualdad, sobre el cual se debe ceñir la administración, dado que, si quien sanciona, es a su vez juez y parte dentro del proceso, no habrá objetividad referente a su decisión.

Sobre el principio de *iura novit curia*, como se ha indicado anteriormente, este concede la garantía de que el juez conoce del tema que se le esta hablando y es competente en materia de resolver sobre la materia en litigio. Más en las oficinas jurídicas de las entidades, aunque se tengan empleados, como abogados, arquitectos e ingenieros, lo mismo no puede indicar la condición de juez de los mismos para conocer y dirimir una controversia. Mucho menos si la misma es en su contra.

Sobre la buena fe Esguerra (2012) indica que:

“... por virtud, entonces, de lo dispuesto en la primera parte del artículo 83 de la Constitución, el principio de la Buena fe ya no es solo un desiderátum, sino un imperativo que obliga por igual a los particulares y al estado; una regla jurídica de alcance general que les impone a unos y a otro el deber perentorio de ceñir a la verdad todas sus actuaciones publicas.

Y, de conformidad con lo señalado en la segunda parte del mismo tal comportamiento, inspirado en el valor ético de la verdad, debe darse por supuesto, sin necesidad de demostración, en todas las gestiones que los asociados realicen ante las autoridades publicas.”

Siendo entonces la misma tanto una garantía, como una presunción de la actuación de todos los administrados como también de la administración. Garantía que en los procesos disciplinarios se deja de lado, cuando se procede a endilgar culpas, al contratista, sin que se tengan en cuenta las propias dentro del proceso.

En razón a lo anterior y en virtud a la violación se los tantos principios que configuran el debido proceso, dentro de la actuación administrativa y en especial de la disciplinaria, se puede deducir la constante violación a la que pueden ser sometidos, los administrados o el contratista. Por una potestad sancionatoria, que no debería recaer en manos de las entidades estatales, sino en manos de un juez administrativo, civil o tan si quiera una persona optima que no tenga intereses dentro del proceso. Yendo de esta manera, en contra de los fines del proceso disciplinario que Forero (2004. P.39) delimito, tales fines como la moralidad,

transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia, los cuales se quedan solo en palabras y obligaciones a nunca cumplir, puesto que, sin una actuación transparente de la administración, donde se garantice la igualdad de trato de parte de la administración a los administrados y donde se obre con honradez y lealtad a la constitución y las leyes. La potestad sancionatoria de las entidades administrativas, solo será una institución que fomente el autoritarismo y la violación constante de la constitución

La facultad discrecional sancionatoria de la administración pública, en la contratación estatal, desde la perspectiva de los derechos a la igualdad, legalidad y el debido proceso.

La facultad discrecional de la administración de iniciar y adelantar procesos sancionatorios a través de sus oficinas jurídicas y en primera mano de la Procuraduría General de la Nación (como ya se ha indicado), es delegado a su vez por la rama legislativa y en concreto con el manual único disciplinario y ley 1474 de 2011. Mas al estar este en contra posición de derechos fundamentales, se trae un análisis bastante enriquecedor de la violación de derechos por esta facultad, frente a los contratistas, en los contratos de obra.

Sobre la potestad sancionatoria Moreno (2009) la define como “la capacidad de exigir obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administradora.” Capacidad que recae netamente en el estado para ejercer esta función ya que la misma “se traduce normalmente en la sanción correctiva y

disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas” (Moreno 2009, p 470), entendiéndose por definición, que la misma potestad es aplicable solamente, a estas personas que cumplan las condición esencial de ser servidor publico. Gozando de esta calidad solo quienes cumplan los requisitos del articulo 123 de la Constitución Política Nacional.

Sobre el principio de legalidad: contemplado en la Constitución Política Nacional, en su articulo 4, consagra tanto la sujeción de los ciudadanos a la ley y la Constitución, como la existencia de ley para poder exigir el cumplimiento de la misma. Así mismo Atehortua (2010, p. 82) indica que su función es

“limitar la subjetividad de los operadores jurídicos, pues en su mandato de llevar un “apego estricto a la ley” esta implícita la prohibición de adoptar decisiones fundadas en conceptos de naturaleza subjetiva, es decir, que puedan variar según el criterio de cada operador”

Siendo así el principio de legalidad de materia netamente objetiva y positivista, donde no hay lugar a la interpretación, y en materia administrativa se debe aplicar bajo el rigor de la norma, y no puede ser subjetivo el mismo en cuanto a la aplicación del criterio del operador. Por cuanto si bien la norma, permite a las entidades territoriales mediante sus oficinas Jurídicas, adelantar los procesos sancionatorios de índole contractual, para regular la conducta de los trabajadores y hacer acompañamiento a la toma de decisiones del jefe de la

entidad, la potestad sancionatoria de la entidad, no debería recaer sobre la misma entidad, sino sobre un ente que no este supeditado a la jerarquía de la entidad.

Sobre el principio a la igualdad en la contratación estatal: Atehortua (2010. P.84), indica que su función es:

“identificar la presencia de discriminaciones” prohibidas por Constitución y por ley, puesto que en aplicación de las pautas que componen el principio de igualdad es posible determinar cuando las condiciones distintas de las personas han justificado un tratamiento diferente y cuando no”

Y bajo este entendimiento es una obligación del estado y en su representación de la entidad contratante, garantizarla en todas las etapas del proceso; y en nuestro caso en concreto en la etapa contractual y post-contractual, cuando se endilgan responsabilidades y posteriormente y sanciones disciplinarias. Actuaciones donde se debe dar un trato equitativo a todos los trabajadores aun mas, teniendo en cuenta su vinculación laboral y la gravedad de la misma sanción.

Sobre el debido proceso: Atehortua 1995 define el debido proceso como: “...la plena observancia de las formas propias de cada proceso o juicio, según el caso.”, al igual se ha desarrollado la teoría de índole constitucional entendiéndose el mismo como la realización y efectivización de los principios de igualdad, imparcialidad, legalidad, publicidad, transparencia, buena fe y economía, constituyéndose en una garantía mínima de derechos, para el resultado justo y equitativo dentro del proceso. Además el principio formula el sometimiento a la

decisión de la administración por conducto de sus servidores públicos competentes.

Es en razón a lo anterior, que no se pueden observar las garantías mínimas, dentro del proceso sancionatorio adelantado por entidades estatales dentro de la contratación estatal, por el presunto incumplimiento de contratos, pues si bien la garantía es de índole constitucional y debe ser cumplida por todas las entidades, en los casos de sanciones a contratistas. Las plantas de personal de las entidades, no cuentan con funcionarios competentes, para llevar a cabo audiencias disciplinarias, ni mucho menos para garantizar derechos constitucionales, como la transparencia dentro del proceso, al estar la misma oficina jurídica supeditada, a la entidad administrativa. Por cuanto no puede haber objetividad en la imposición de sanciones disciplinarias a contratistas, por cuanto a final de cuentas quien va a dirimir la controversia contractual, va a ser el Jefe de la entidad.

Conclusión:

Como se pudo ver la búsqueda de esta investigación, fue encaminada hacia la aplicación correcta del debido proceso en la actividad administrativa, en especial sobre los contratos de obras, celebrados entre entidades administrativas y particulares, para que ejerzan función administrativa, como garantía máxima de los derechos de las partes dentro de los contratos así mismo lo cita el autor (Hoyos, 2004, pág. 89)

“en la tramitación de los diversos procesos, deben también respetarse los elementos integrantes del debido proceso legal y, como regla general, si se viola alguno de dichos elementos de tal manera que afecte la posibilidad de las personas de defender efectivamente sus derechos ante tribunal competente, la sanción correspondiente será la nulidad constitucional”,

Ya que su no observancia, como ya se ha citado genera desigualdad ante la administración y cargas extras al ciudadano, que no debe soportar por el actuar autoritario de la administración.

Por ende se puede concluir de la presente investigación, que sin las garantías mínimas del proceso como lo son: el juez natural, la igualdad ante la ley, presunción de buena fe y en especial la falta de la garantía de imparcialidad. No se puede hablar de una correcta administración de justicia por parte de la administración, si no hay unos estándares mínimos a ser cumplidos por la entidad. Ya que si bien es la misma ley 1474 de 2011, quien permitió y ordenó el desarrollo del procedimiento sancionatorio. No se tomo en cuenta que aun en los contratos estatales, se deben tener unas garantías mínimas hacia el contratista, para de forma contundente poder garantizar sus derechos a la correcta administración de justicia, igualdad ante la ley y en si al debido proceso.

Garantizando a su vez repeticiones innecesarias contra la administración como lo son demandas administrativas de nulidad y restablecimiento del derecho y accionantes de repetición contra los jefes de las entidades quienes son los llamados a dirimir las controversias contractuales e imponer las multas.

Por lo anterior, no se puede hablar de un debido proceso en los contratos de obra, celebrados con las entidades estatales. Pues si bien el procedimiento está ceñido a la ley 1474 de 2011, y es la misma quien faculta potestativamente a la entidad para desarrollar las actuaciones, por el presunto incumplimiento del contrato. La misma entidad no garantiza con su obrar el debido proceso, tanto por desconocimiento, incompetencia o factores ajenos, que terminan en violaciones de derechos del contratista y/o interventor. Generando desigualdad ante la ley hacia los contratistas y falta de legitimación de la administración desde la perspectiva pública.

Bibliografía:

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia del siete (7) de mayo de dos mil trece (2013). Conjuez ponente JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Arturo Hoyos. (2004). *El debido proceso*. Panamá.: TEMIS.

Carlos Arturo Gómez Pavonea. (2014) *La lucha por los derechos en el derecho disciplinario*, Bogotá.: EDICIONES NUEVA JURIDICA

José Rory Forero. (2014), *Principios y Garantías Constitucionales*. Bogotá.: EDICIONES NUEVA JURIDICA

Javier Tamayo Jaramillo, (2000), *La responsabilidad del estado*. Bogotá.: TEMIS.

Jairo Enrique Bulla Romero (2014), *manual de derecho disciplinario*, Bogotá.: EDICIONES NUEVA JURIDICA.

William René Parra Gutiérrez, (2000), *Los contratos estatales*, Bogotá.: EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL.

Diego Younes Moreno, (2009), *Derecho Administrativo Laboral*.: Bogotá. Editorial TEMIS.

José Rory Forero, (2004), *de las pruebas en materia disciplinaria*, Bogotá.: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ.

Enrique Gil Botero, (2015), *Tesaurus de responsabilidad extracontractual del estado*, jurisprudencia 2012-2014, Bogotá.: Editorial TEMIS.

Juan Carlos Esguerra Portocarrero, (2012), *La protección constitucional del ciudadano*.: Bogotá, editorial LEGIS.

André de Laubadère, (1984), *Manual de derecho administrativo*, Bogotá.: Editorial TEMIS.

Carlos Alberto Atehortúa Ríos, (2010), *Temas en Contratos Estatales*, Bogotá.: DIKE Biblioteca Jurídica.

Carlos Arturo Gómez Pavajeau, (2015), *La lucha por los derechos en el derecho disciplinario*, Bogotá.: Ediciones Nueva Jurídica.

Carlos Alberto Atehortúa Ríos, (1995), *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal*, Bogotá.: DIKE Biblioteca Jurídica