

( **20 OCT 2016** )

"Por medio de la cual se deja sin efectos la Resolución No. 0768 del 22 de julio de 2016"

**EL RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DEL TOLIMA**

En uso de sus facultades legales y estatutarias y,

**CONSIDERANDO**

**I. ANTECEDENTES**

1. La Universidad del Tolima el 13 de agosto de 2014 suscribió contrato de obra No. 0671-14 con el Consorcio CLB Tolima 2014, con el objeto: "CONSTRUCCIÓN DEL HOSPITAL VETERINARIO DE LA FACULTAD DE MEDICINA VETERINARIA Y ZOOTECNIA, SEDE SUR BARRIO MIRAMAR, UNIVERSIDAD DEL TOLIMA", con un plazo de ejecución de 244 días, por un valor de SEIS MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES NOVENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS (\$6.139.093.699,88). Se exigió la constitución de garantías que ampararán el cumplimiento del contrato, buen manejo e inversión del anticipo, pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, estabilidad y calidad de la obra y responsabilidad civil extracontractual, así como también se estableció multa y cláusula penal por el 20% del valor del contrato.
2. El 11 de septiembre de 2014 se suscribió acta de inicio.
3. El 11 de mayo de 2015 se suscribió acta de suspensión No. 1 por actualización y validación de informes técnicos.
4. El 12 de noviembre de 2015 se suscribió acta de reinicio No. 1 y se prorroga el término del contrato de obra por 110 días más.
5. El 08 de enero de 2016, se suscribe acta de suspensión No. 2, por problemas de suministro de agua en el sector.
6. El 15 de enero de 2016, se suscribió acta de reinicio No. 2
7. El 25 de enero de 2016, se suscribió acta de suspensión No. 3 por finalización del contrato de interventoría.
8. El 28 de marzo de 2016, se celebra contrato de prestación de servicios No. 0017-16 para continuar con la interventoría de la obra.
9. El 11 de abril de 2016, se suscribió acta de reinicio No. 3.
10. El 19 de mayo de 2016, se suscribió acta de suspensión No. 4, por no actualización de garantías por parte del contratista y determinar procedencia o no de actualización de diseños eléctricos.
11. El 17 de junio de 2016, se suscribió acta de suspensión No. 5, por no actualización de garantías por parte de la aseguradora.



( **20 OCT 2016** )

12. El 27 de junio de 2016, se amplían las garantías por parte de la Compañía Seguros del Estado S.A.
13. El 22 de julio de 2016, se expide la Resolución No. 0768 "Por medio de la cual se declara el incumplimiento, se declara el siniestro y se hace efectiva la cláusula penal del Contrato de obra No. 0671 de 2014 suscrito entre la Universidad del Tolima y el Consorcio CLB Tolima 2014".

## II. CONSIDERACIONES

Encontrándose el presente expediente para resolver los recursos de reposición interpuestos por el Consorcio CLB Tolima 2014 y la aseguradora, contra la Resolución No. 0768 "Por medio de la cual se declara el incumplimiento, se declara el siniestro y se hace efectiva la cláusula penal del Contrato de obra No. 0671 de 2014 suscrito entre la Universidad del Tolima y el Consorcio CLB Tolima 2014", considera este ente universitario, una vez revisada la carpeta contractual, que no es procedente analizar y resolver los recursos interpuestos, teniendo en cuenta que observa un indebido trámite en la expedición de la resolución de la que se pretende su revocatoria, por las razones que pasan a explicarse:

El Artículo 69 de la Constitución Política, garantiza y reconoce la autonomía universitaria, principio que rige y orienta la actividad de la Universidad del Tolima, y en desarrollo del mismo establece sus estatutos conforme a la ley, de forma tal que goza de plena autonomía y facultad de regirse bajo su propia normatividad.

Dicha disposición expresa:

**"ARTICULO 69.** Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

*La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.*

*El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.*

*El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior".*  
(Negrillas y subrayas fuera del texto).

Constituyendo este el fundamento constitucional para la autoregulación que en el desarrollo de su actividad puede darse la Universidad del Tolima, debe precisarse que existe disposición legal, que autoriza a las universidades estatales u oficiales para determinar entre otros aspectos, su régimen de contratación tal y como se dispone en el inciso 3 del artículo 57 de la Ley 30 de 1992, en el que señala "El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la



( **20 OCT 2016** )

presente Ley", de igual forma dicha normativa establece en forma expresa en su artículo 93:

*"Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, **los contratos** que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las **normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.**"* (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional manifestó:

*"[...] bien podía la ley, sin infringir la Constitución, establecer un régimen contractual diferente para tales entes universitarios, como lo hizo en las normas acusadas, al determinar en el inciso tercero del artículo 57, que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende el régimen contractual; y consagrar en el artículo 93 que los contratos que celebren dichas instituciones se regirán por las normas del derecho privado, y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos, exceptuando los de empréstito, que deben someterse a las reglas del "decreto 222 de 1983, o a las normas que lo modifiquen o deroguen". Y como este ordenamiento fue derogado por la ley 80 de 1993, ha de entenderse que la normatividad a la cual se remite el precepto demandado, es la citada ley.*

*Al tener el legislador la facultad de establecer el precitado régimen especial en materia contractual, resulta apenas obvio que se hubiera consagrado en el artículo 94 demandado, algunos requisitos adicionales para la celebración de contratos con las universidades estatales u oficiales, los cuales son necesarios para la validez de los mismos, como son: aprobación y registro presupuestal, sujeción de los pagos a las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional en los casos que exija la ley, sin lesionar mandato alguno del Estatuto Superior."<sup>1</sup>*

En este orden de ideas, las universidades públicas están sujetas al régimen privado de contratación y no al estatuto general de contratación pública, atendiendo la autonomía universitaria que las cobija, sin embargo, vale la pena aclarar que si bien la Universidad del Tolima es un ente estatal y los contratos que celebra en desarrollo de su actividad, gozan de régimen especial al aplicarse normas de derecho privado, no quiere ello decir que sean totalmente ajenos a la aplicación de instituciones jurídicas de derecho público.

Las disposiciones referidas a este asunto contenidas en la ley 30 de 1992, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-547 de 1994, en la cual se señaló que esta remisión al derecho privado en materia contractual para los entes universitarios del Estado no desconoce la Constitución y, por el contrario, tiene fundamento en la autonomía que les brinda la propia Carta:

*"En consecuencia, bien podía la ley, sin infringir la Constitución, establecer un régimen contractual diferente para tales entes universitarios, como lo*

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-547 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

( 20 OCT 2016 )

*hizo en las normas acusadas, al determinar en el inciso tercero del artículo 57, que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende el régimen contractual; y consagrar en el artículo 93 que los contratos que celebren dichas instituciones se regirán por las normas del derecho privado, y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos (...)*

*En este orden de ideas, la Corte considera que no le asiste razón al demandante, pues los mandatos acusados no infringen el inciso final del artículo 150 de la Carta, y por el contrario son pleno desarrollo del artículo 69 ibidem, que garantiza la autonomía universitaria y autoriza al legislador para expedir un régimen especial aplicable a las universidades estatales, lo que permite que en materia contractual se rijan por disposiciones distintas de las que se consagran en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993-, el cual es aplicable a los entes públicos que en párrafos anteriores se mencionaron."*

Pese la autonomía propia del ente universitario, dicha facultad no puede considerarse absoluta y sin limitación alguna, pues en desarrollo de la misma, deben respetarse postulados y principios generales que propendan por la efectividad del mínimo de garantías con que deben contar quienes interactúan en las diferentes actividades con la Universidad, como es el caso del ejercicio contractual.

Así las cosas, evidencia esta alta dirección universitaria, que no obra en el expediente contractual, constancia del trámite previo, adelantado para la expedición de la resolución por la cual se declara el incumplimiento, la ocurrencia del siniestro y se hace efectiva la cláusula penal del contrato de obra No. 0671 de 2014, lo que podría configurar una violación al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

El respeto al debido proceso implica que se actúe y se decida por la autoridad competente conforme a las leyes preexistentes al acto materia de decisión y con observancia de las formas propias de cada juicio, teniendo en cuenta el derecho defensa y de contradicción.

El debido proceso resulta lesionado si se demuestra una actuación que implique desconocimiento o merma de las correspondientes garantías, de modo tal que por razón de esa violación se afecten derechos sustanciales de cualquiera de las partes.

Al respecto, la ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la **contratación con recursos públicos**, aplicable a los contratos estatales que celebra la Universidad del Tolima, señala:

*"ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto*



**Universidad del Tolima**

**Barrio santa Helena parte alta / A.A. 546 - Ibagué, Colombia Nit. 8907006407  
PBX: 2771212 - 2771313 - 2771515 - 2772020 línea 018000181313**

( **20 OCT 2016** )

*de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

*PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

*PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas."*

Ahora bien, las normas administrativas deben ser aplicadas, teniendo en cuenta el debido proceso y las garantías mínimas que de allí se derivan. Las potestades del Estado en materia administrativa no pueden desconocer los principios de celeridad, economía, imparcialidad, publicidad, presunción de inocencia y contradicción.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha expresado:

*"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 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*

**Universidad del Tolima**

**Barrio santa Helena parte alta / A.A. 546 - Ibagué, Colombia Nit. 8907006407**

**PBX: 2771212 - 2771313 - 2771515 - 2772020 línea 018000181313**

( **20 OCT 2016** )

*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.”<sup>2</sup>*

De otra parte, la legislación contencioso administrativa recoge en sus principios orientadores la celeridad, publicidad y contradicción de todas las actuaciones administrativas. Las potestades de la administración deben ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien, o un derecho, revocación de un acto favorable, imposición de una multa, pérdida de un derecho o de una legítima expectativa, modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto o declarando la ocurrencia de un siniestro garantizado con una póliza de estabilidad.

La Corte Constitucional sobre el debido proceso administrativo ha expresado lo siguiente:

*“En lo que se refiere a las actuaciones administrativas, éstas deben ser el resultado de un proceso donde quien haga parte del mismo, tenga oportunidad de expresar sus opiniones e igualmente de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos, con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, respetando en todo caso los términos y las etapas procesales descritas.”*

*Sobre el particular, el artículo 35 del C.C.A. señala lo siguiente:*

*“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.” (...)*

*“Así, el debido proceso se vulnera cuando no se verifican los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos” (...)*

*“Igualmente, el debido proceso reposa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual necesariamente debe ser desvirtuada por las autoridades para que produzca efectos el señalamiento del procesado como infractor y se haga acreedor a las sanciones previstas en las normas. Ello implica necesariamente que se permita, por parte*

<sup>2</sup> 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 numero 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

( 20 OCT 2016 )

*de quienes intervienen en las actuaciones, el normal desarrollo de las mismas, de manera que se respeten sus etapas y pueda llegar a su fin con la respectiva decisión de fondo, susceptible ésta de los recursos consignados en la ley”.<sup>3</sup>*

En consideración a lo anterior, previamente a la imposición de cualquier tipo de sanción o acción que perjudique la situación jurídica en este caso del consorcio contratista, debe adelantarse el trámite correspondiente a fin de que esté presente y pueda ejercer su derecho de defensa en cumplimiento a la garantía constitucional consagrada en el artículo 29 de la C.P.

Al respecto, ha expresado el Consejo de Estado:

*“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 insito 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.”<sup>4</sup>*

Revisado el expediente, se repite, no existe constancia del trámite que debió adelantar el ente universitario para la declaratoria de incumplimiento ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, por lo que se considera que al no existir una actuación que garantizara el derecho de contradicción de manera previa a la expedición del acto, se omitió el deber de preservar el debido proceso del Consorcio CLB Tolima 2014 y su garante, en ese orden de ideas, con el fin de proteger derechos de orden constitucional como el debido proceso, el derecho a la defensa y el de contradicción que deben estar presentes en cualquier actuación adelantada, es necesario dejar sin efectos la Resolución No. 768 del 22 de julio de

<sup>3</sup> Sentencia T- 467/95. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

<sup>4</sup> 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 numero 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

( **20 OCT 2016** )

2016, así como la totalidad de actuaciones surtidas en el marco del presente trámite administrativo.

Por lo anteriormente expuesto se,

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Dejar sin efectos la Resolución No. 0768 del 22 de julio de 2016, así como la totalidad de actuaciones surtidas en el marco del presente trámite administrativo, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** En firme esta decisión, adelantese el trámite correspondiente.

**ARTÍCULO TERCERO:** Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

**20 OCT 2016**

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.



**OMAR A. MEJÍA PATIÑO**  
Rector



Vto. Bno. Adriana León García  
Asesora Jurídica