

MEDIO DE CONTROL – Controversias contractuales / CONTRATO DE CONCESIÓN / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRACTUAL – Contra actos administrativos que hacen efectiva multa y cláusula penal / COMPETENCIA DE ENTIDADES ESTATALES - Para imponer y hacer exigibles multas y cláusula penal en contratos celebrados en vigencia de la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007 / DEBIDO PROCESO – En el procedimiento administrativo sancionatorio contractual / DEBIDO PROCESO – Vinculación de terceros al procedimiento administrativo sancionatorio contractual / DEBIDO PROCESO – No se agota solamente con la posibilidad de interponer el recurso de reposición contra el acto administrativo que impone la sanción

(...) es tesis de la Sala que debe confirmarse la sentencia impugnada por cuanto en proceso seguido bajo las previsiones del CCA, era deber de la entidad en los términos del artículo 28 del CCA, comunicar la iniciación de la actuación sancionatoria contractual a la Aseguradora Segurexpo de Colombia S.A. por cuanto se trataba de un tercero que podría verse afectado con la actuación como en efecto ocurrió, ya que se recuerda que en el mismo acto administrativo se declaró la ocurrencia del siniestro y en el numeral sexto de la resolución se dispuso que en el caso que no pagara el contratista las sumas impuestas a título de sanción debería hacerlo su garante, es decir, la activa en esta controversia. Con esa comunicación se hubiera permitido a la aseguradora rendir descargos, solicitar pruebas y realizar la defensa de sus intereses, lo cual no se cumplió ya que como lo reconoce la pasiva y así se constata en los considerandos de la resolución sancionatoria, solamente se citó a audiencia al contratista de quien se dice no ejerció su defensa. Por lo anterior, no es suficiente garantía que se permitiera hacer uso de un recurso de reposición contra el acto sancionatorio en cuya expedición no había intervenido la demandante, siendo por demás sorprendido con una obligación de pago. (...) la comunicación a los particulares que puedan resultar afectados implica la posibilidad de pedir pruebas, expresar su opinión y que la decisión que se adopte tenga en cuenta las consideraciones expuestas por quien pueda resultar afectado, además que la decisión que se adopte le sea notificada, no siendo suficiente con darle la posibilidad de interponer recurso, por cuanto, la garantía del debido proceso exige su participación y audiencia antes de ser adoptada la decisión. (...)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la competencia de las entidades estatales para imponer multas de forma unilateral, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 21.574. En cuanto al debido proceso en el procedimiento administrativo sancionatorio, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de junio de 2020, Rad. 48945.

FUENTE FORMAL: Ley 80 de 1993 (Art. 17, 78); Ley 643 de 2001, Decreto Reglamentario No. 2483 de 2003, y resoluciones número 1074 y 1553 de 2003, 0275 y 1075 de 2004 y 1604 de 2006 expedidas por ETESA; Ley 1150 de 2007; Constitución Política (Art. 90).

República de Colombia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C” ESCRITURALIDAD

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá, D. C., ocho (08) de julio de dos mil veintiuno(2021)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Expediente	110013331721201200062-01
Sentencia	SC3-07-21-3207
Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Demandante	SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.
Demandado	EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD ETESA
Asunto	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema	NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE HACEN EFECTIVAS MULTA Y CLÁUSULA PENAL PROFERIDOS SIN AUDIENCIA DEL GARANTE DEL CONTRATO

De conformidad con lo establecido en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA 20- 11567, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se ordenó la suspensión de los términos judiciales, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia originada en el coronavirus - COVID-19, desde el 16 de marzo de 2020 al 01 de julio siguiente, reiniciando a partir de ésta última fecha el conteo de los términos judiciales.

Se trata de recurso de apelación promovido contra sentencia proferida en proceso regido por el Código Contencioso Administrativo – CCA, y por consiguiente, sin modificación por virtud de la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, aplicando en lo que corresponda, la normativa del Decreto legislativo 806 de 2020, y en este orden, surtido el trámite previsto en el artículo 212 del precitado CCA, modificado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 2010, encuentra para que la Sala provea.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desatar recurso de apelación interpuesto por la pasiva, para que se revoque la sentencia calendada veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juez Sesenta y Cinco (65) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. Demanda y argumentos de la activa

Conforme al libelo introductorio¹, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., a través de apoderado judicial y por vía de acción contractual, promovió demanda contra la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA, con las siguientes pretensiones:

“PRINCIPALES

PRIMERA: Que se declare la nulidad del artículo primero de la Resolución No. 1674 de 1 de octubre de 2009, (...) en cuanto confirmó la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009(...).

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del artículo tercero de la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009 (...), en cuanto impone una multa con violación del derecho fundamental al debido proceso y de lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

TERCERA: Que se declare la nulidad del artículo cuarto de la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009, (...) en cuanto ordena hacer efectiva una cláusula penal por un valor de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA PESOS MCTE (\$44.154.130,00)**, con violación de los artículos 1592, 1594 y 1600 del Código civil y del 38 de la Ley 153 de 1887.

CUARTA: Que se declare la nulidad de los artículos quinto y sexto de la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009 (...), en cuanto con violación de los artículos 29 de la Constitución Política, 871, 1081, 1060, 1074, 1075 y 1078 del Código de Comercio, 17 de la ley 1150 de 2007, 38 de la Ley 153 de 1887 y 1592, 1594, 1600 Y 1603 del Código Civil, declaran la ocurrencia de un siniestro y ordenan a **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.**, en su calidad de asegurador en la Póliza No. 00005830 de cumplimiento a favor de entidades estatales, proceder al pago de **SESENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$67.385.381,00)** más intereses por concepto de derechos de explotación y gastos de administración, y **UN MILLÓN TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$1.324.624,00)** diarios a título de multa, en caso de que el operador **THE POKER GROUP E.U.** no satisfaga dichas sumas.

QUINTA: Que se ordene a la **DEMANDADA** abstenerse de hacer efectiva la Póliza No. 00005830 de cumplimiento a favor de entidades estatales expedida por **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.** a favor de la **EMPRESA TERRITORIAL**

¹ Ver folios 53 a 87 del cuaderno principal del expediente.

PARA LA SALUD - ETESA, por el valor de SESENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$67.385.381,00) más intereses por concepto de derechos de explotación y gastos de administración; UN MILLÓN TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$1.324.624,00) diarios a título de multa; y, CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA PESOS MCTE (\$44.154.130,00) a título de cláusula penal.

SEXTA: Que en el evento de que **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.** se vea avocada a pagar las obligaciones de que tratan las partes resolutive de las Resoluciones No. 0933 de 17 de junio de 2009 y 1674 de 1 de octubre de 2009, proferidas por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la **EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA**, se condene a la **DEMANDADA**, a título de restablecimiento del derecho, a reintegrar a la sociedad demandante dichas sumas, indexadas de acuerdo con la variación del IPC.

SÉPTIMA: Que se condene a la **DEMANDADA** en costas y agencias en derecho.

1.2. SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Que se declare la nulidad del artículo primero de la Resolución No. 1674 de 1 de octubre de 2009, (...) en cuanto confirmó la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009, (...).

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del artículo tercero de la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009 (...), en cuanto impone una multa con violación del derecho fundamental al debido proceso y de lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y del 38 de la Ley 153 de 1887.

TERCERA: Que se declare la nulidad del artículo cuarto de la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009 (...), en cuanto ordena hacer efectiva una cláusula penal por un valor de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA PESOS MCTE (\$44.154.130,00)**, con violación de los artículos 1592, 1594 y 1600 del Código civil y 38 de la Ley 153 de 1887.

CUARTA: Que se declare la nulidad parcial de los artículos quinto y sexto de la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009 (...), en cuanto con violación de los artículos 29 de la Constitución Política, 871, 1081, 1060, 1074, 1075 Y 1078 del Código de Comercio, 17 de la ley 1150 de 2007 y 1592, 1594, 1600 Y 1603 del Código Civil, declaran la ocurrencia de un siniestro y ordenan a **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.**, en su calidad de asegurador en la Póliza No. 00005830 de cumplimiento a favor de entidades estatales, proceder al pago de **UN MILLÓN TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$1.324.624,00) diarios a título de multa**, en caso de que el operador **THE POKERGROUP E.U.** no satisfaga dichas sumas.

QUINTA: Que en atención a lo preceptuado en el artículo 1078 del Código de Comercio, la disposición contenida en el artículo sexto de la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009 proferida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la **EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA**, en el sentido de ordenarle a **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.** pagar **SESENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$67.385.381,00) más intereses por concepto de derechos de explotación y gastos de administración**, sea reducida al pago del valor equivalente a dos cuotas de derechos de explotación y gastos de administración derivados del contrato de concesión número C-0452 de 21 de junio de 2007 o, en su defecto, al monto que corresponda a la tasación que

*efectúe el Despacho, pues la **EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA** incurrió en violación de las obligaciones a ella impuestas por los artículos 1074 y 1075 del Código de Comercio.*

***SEXTA:** Que en el evento de que **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.** se ve avocada a pagar las obligaciones de que tratan las partes resolutivas de las Resoluciones No. 0933 de 17 de junio de 2009 y Asesora Jurídica de la **EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA**, se condene a la DEMANDADA, a título de restablecimiento del derecho, a reintegrar a la sociedad demandante dichas sumas, indexadas de acuerdo con la variación del IPC”.*

En fundamento de sus reclamaciones, reseña la activa, en síntesis, los siguientes

hechos:

El 21 de junio de 2007, The Poker Group E.U., actuando por medio de su representante legal, celebró con la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD-ETESA-, el Contrato de Concesión No. C0452, por un valor de cuatrocientos cuarenta y un millones quinientos cuarenta y uno mil doscientos noventa y seis pesos (\$441.541.296,00), para la operación de juegos de suerte y azar en la modalidad de localizados. Para garantizar el cumplimiento del enunciado contrato, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. expidió la póliza 00005830 de 1 de junio de 2007, en la que The Poker Group E.U. asumió la calidad de tomador y afianzado, y la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA, la de asegurado.

Mediante Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD, ETESA, declaró el incumplimiento del contrato C-0452 por un valor de sesenta y siete millones trescientos ochenta y cinco mil trescientos ochenta y un pesos (\$67.385.381,00), ordenó la suspensión de aquél, impuso multas por un valor de un millón trescientos veinticuatro mil seiscientos veinticuatro pesos (\$1.324.624,00) diarios, dispuso hacer efectiva una cláusula penal por valor de cuarenta y cuatro millones ciento cincuenta y cuatro mil ciento treinta pesos (\$44.154.130,00), y ordenó hacer efectiva la póliza 00005830, en caso que The Poker Group E.U. no procediera a cancelar dichos valores.

El precitado acto administrativo, contiene decisiones que afectan directamente a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., no obstante, la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD ETESA, no citó a dicha aseguradora a audiencia, previa su expedición.

El 4 de agosto de 2009, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009, y mediante Resolución No. 1674 de 1 de octubre de 2009, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA, decidió negativamente el recurso, y confirmó el acto impugnado en todas sus partes.

En el reseñado contexto factico, adujo la activa, como **cargos**:

Las resoluciones de las que se pretende nulidad, *vulneraron el artículo 29 de la Constitución Política y el 17 de la Ley 1150 de 2007*, en cuanto al derecho de audiencia y defensa del asegurado y la expedición de una multa cuyos fines conminatorios eran imposibles por encontrarse cancelado o suspendido un contrato.

Asimismo, *violaron los artículos 1592, 1594 y 1600 del Código Civil, y 38 de la Ley 153 de 1887*, por cuanto en vigencia de la Ley 80 de 1993, las multas y clausula penal no eran prerrogativas o poderes exorbitantes y la decisión para hacerlas efectivas no podía tomarlas la administración, sino que debería acudir al juez del contrato.

Concurrentemente, *se transgredieron los artículos 871, 1074, 1075 y 1078 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil*, en cuanto al incumplimiento de las obligaciones del asegurado que se originan una vez ocurrido el siniestro.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Sesenta y Cinco (65) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá,²(i) declaró la nulidad parcial del artículo sexto de la resolutive de la resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009, en cuanto a la ASEGURADORA SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.; (ii) declaró la nulidad del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio administrativo de la entidad demandada, frente al recurso de reposición contra la resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009, y (iii) ordenó a la pasiva abstenerse de hacer efectiva la Póliza No. 00005830 de cumplimiento y negó las demás pretensiones.

² Ver folios 481 a 492 continuación del cuaderno principal

Como razón de su decisión argumentó de una parte y en lo que refiere al acto ficto negativo originado en el silencio administrativo frente al recurso de reposición promovido contra la resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009, que habían resultado infructuosas, las gestiones desplegadas para el recaudo de la resolución No. 1674 de 10 de octubre de 2009, mediante la cual, se habría resuelto en reseña de la activa, el precitado recurso de reposición, y de su no recaudo, emerge que no existe la enunciada resolución No. 1674 de 10 de octubre de 2009, y en secuencia de ello, asume entidad el acto administrativo ficto o presunto negativo, contrastado que, (a) existió el deber de la entidad demandada de resolver el recurso de reposición contra la resolución No. 0933 del 17 de junio de 2009, circunstancia que no acaeció; (b) si bien los artículos 49 y siguientes del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, no establecen un término para resolver el recurso de reposición contra los actos administrativos en “vía gubernativa”, como tampoco lo prevé el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, ni el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, no lo es menos que en una interpretación sistemática del indicado código, es claro que la administración tenía dos (2) meses para decidir y notificar la decisión que desataba el recurso de reposición contra la resolución 0933 de 2009, ello en atención a lo establecido en el artículo 60 del CCA, el cual establece la circunstancia en que aflora el silencio administrativo negativo; y, (c) se comprobó la ausencia de notificación al recurrente -SEGUREXPO DE COLOMBIA S. A.- de cualquier decisión sobre tal asunto.

En este orden, argumenta cumplido el presupuesto de oportunidad, bajo la consideración que la decisión administrativa acusada encuentra integrada por la resolución 0933 del 17 de junio de 2009 y el acto administrativo ficto o presunto negativo que desató el recurso de reposición propuesto por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y respecto de éste último, la demanda podía demandarse en cualquier tiempo, conforme al numeral 3° del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

Encuentra probado la alegada afectación al debido proceso administrativo, bajo la premisa que la resolución 0933 del 17 de junio de 2009 y el acto administrativo ficto o presunto negativo que desató el recurso de reposición interpuesto por SEGUREXPO DE COLOMBIA S. A., desconocieron directamente el artículo 29 constitucional y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por pretermisión de los derechos de audiencia y a la defensa, al omitir citar a la mencionada aseguradora a la actuación administrativa sancionatoria seguida contra The Poker Group E.U., impidiendo que SEGUREXPO DE COLOMBIA S. A., fuera escuchado, solicitara las

pruebas que estimara necesarias, y ejerciera su defensa, en los términos que establece el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y además tratando de una actuación iniciada de oficio, era de cargo de ETESA, comunicar la iniciación de la actuación administrativa, según establece el artículo 28 del Decreto 01 de 1984.

Finalmente, precisó que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no solo es aplicable a los contratistas, sino a todos los sujetos que participan en la ejecución del contrato estatal, pues desde una perspectiva constitucional toda persona que se vea perjudicada con la decisión que adopta la administración pública debe participar en la actuación administrativa y así ejercer sus garantías constitucionales. En ese orden, al expedir resolución 0933 del 17 de junio de 2009 y el acto administrativo ficto o presunto negativo que desató el recurso de reposición, se infringió el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, así como el desconocimiento al derecho de audiencia y defensa de la demandante, lo que genera la nulidad de los actos administrativos demandados.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La pasiva pretende se revoque el fallo de primera instancia, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda, en síntesis, bajo las siguientes consideraciones³:

Cuestiona que se haya declarado la nulidad de un acto ficto o presunto, porque releva que la activa manifiesta explícitamente en la demanda, que mediante resolución 1674 de 1 de octubre de 2009, se decidió de manera adversa el recurso de reposición promovido contra la resolución 0933 de 17 de junio de 2009, y esta premisa la retoma en el acápite de pretensiones. De forma que asume probado que SEGUROEXPO DE COLOMBIA S.A. tuvo conocimiento del acto instrumentado por escrito, de manera personal o por otro medio de notificación.

Indicó que, contrario a lo afirmado por el juez, la administración a través de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la empresa territorial para salud, ETESA, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte actora confirmando en todas sus partes la resolución 0933 de 2009, razón por la cual no es dable que el Despacho de primera instancia hubiese declarado la nulidad del acto ficto o presunto negativo.

³ Ver folios 503 a 509 ibídem.

Considera importante traer a colación el principio de congruencia, por el cual se obliga a que las decisiones del juez sean concordantes con los hechos y las peticiones que se hacen en el escrito de demanda, de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 281 del CGP.

En este orden de ideas, señaló, el operador jurídico no podía ir más allá de lo pretendido por la parte demanda cual era declarar la nulidad del artículo primero de la resolución 1674 de 1 de octubre 2009, puesto que la parte demandante sí tenía conocimiento de dicho acto administrativo por lo cual pretendía se declarara su nulidad. Además, el término para interponer la acción de controversias contractuales, en relación con las actuaciones administrativas llevadas a cabo por la Empresa Territorial para la Salud ETESA, caducó porque transcurrió un término superior a los dos años establecidos como termino máximo para poder interponer la acción, en razón a que la última actuación de la administración fue a través de la resolución 1674 de 1 de octubre de 2009 y solo hasta el 24 de abril de 2012 la demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos de Bogotá, de lo que se concluye que el término de dos (2) años para demandar en acción contractual fue superado pues transcurrieron más de tres años.

En cuanto a la vulneración del debido proceso indicó que la expedición de la resolución 0933 de 2009, que declaró el incumplimiento contractual del concesionario The Poker Group E.U, tuvo su causa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de éste, según el estado de cuenta expedido por la vicepresidencia de recaudos la cual advirtió que existía mora en el pago de los derechos de explotación y gastos de administración, que una vez conocido el hecho, el Jefe de la Oficina Jurídica de ETESA envió comunicación JUR. E2-3497 al representante legal del contratista mediante la cual concedía audiencia para que allegara los argumentos que considerara necesarios para su defensa y garantizar el debido proceso, comunicación ante la cual, el contratista no ejerció su derecho de defensa.

Que, así las cosas, el incumplimiento de las obligaciones económicas por parte de la sociedad concesionaria, conllevaba la exigibilidad inmediata de las obligaciones junto con los intereses moratorios y una vez proferida la resolución 0933 del 17 de junio de 2009, la sociedad Segurexpo de Colombia S.A. interpuso recurso de reposición en su oportunidad, haciendo uso del derecho de defensa, siendo así que

por resolución 1674 de 1 de octubre de 2009, ETESA resolvió el recurso de reposición interpuesto.

Precisó que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 consagra un principio en materia sancionatoria para la administración del cual se colige que el objeto de la multa es conminar al contratista al cumplimiento y que solo podría llevarse a cabo la imposición de la multa si estuviere pendiente la ejecución de obligaciones a cargo de este, como en efecto acaeció en el presente caso. Además, dentro de las consecuencias que genera el incumplimiento en la ejecución del susodicho contrato, está la contenida en la cláusula penal pactada, referente a que el simple retardo en el cumplimiento de la obligación principal genera la obligación a título de pena, establecida en el Contrato de Concesión No. C-0452 de 2007, por lo anterior, no se desconoció derecho alguno de la parte demandante.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Con proveído del 31 de octubre de 2019, se admitió el recurso de apelación, promovido por la pasiva (fl. 529 expediente principal).

5.2. A través de auto del 19 de marzo de 2021, se dispuso a correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, disponiendo que vencido este trámite se correría traslado al Ministerio Público por igual término (expediente digital SAMAI).

5.2.1. Alegatos de la parte activa: indicó que la vulneración al debido proceso se acreditó con el hecho de que a la pasiva se le cercenó el derecho de concurrir al procedimiento administrativo sancionatorio a ejercer su defensa, al no haber sido citada previamente. Agregó que la decisión fue notificada cuando ya se había surtido el procedimiento administrativo sancionatorio, impidiendo presentar descargos y pedir las pruebas necesarias para su defensa y que, contrario a lo afirmado por la parte demandada, el ejercicio del derecho al debido proceso no se limita a la interposición de recursos en contra del acto.

En su criterio, se logró demostrar que las resoluciones 0933 del 17 de junio de 2009 y 1674 del 1 de octubre de 2009, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato y se declaró la ocurrencia de un siniestro, fueron proferidas con violación al debido proceso, razón por la cual, solicita la confirmación

de la sentencia de primera instancia al haber sido proferida en derecho y conforme las pruebas arrimadas al proceso (expediente digital SAMAI).

5.2.2. Alegatos de la pasiva: en el término de traslado, presentó alegatos de conclusión con idénticos argumentos a los del recurso de apelación (expediente digital SAMAI).

5.1.3. Concepto del Ministerio Público: El representante del Ministerio Público no rindió concepto en el presente caso.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. ASPECTOS DE EFICACIA Y VALIDEZ

Advertido que el asunto se promovió en vigencia del Código de Contencioso Administrativo C.C.A, y como norma supletoria o subsidiaria, el Código de Procedimiento Civil, norma ésta última que fue derogada por el Código General del Proceso - CGP, que encontraba en rigor para el momento en que se promovió el recurso que nos ocupa **se tiene conforme sigue:**

6.1.1. Se reitera la competencia de esta Corporación para conocer del recurso que nos ocupa, por cuanto trata de recurso de apelación contra sentencia proferida por Juez Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y el asunto se promovió en vigencia del Código Contencioso Administrativo - CCA, cuyo artículo 133 establece:

“(...) Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda. (...)”. (Subrayado y suspensivos fuera de texto).

6.1.2. Encuentran satisfechos los requisitos de sustentación clara, suficiente y pertinente del recurso de apelación, en contraste con la sentencia que es objeto del mismo. Requerimiento que tiene fundamento normativo en los incisos 3º y 4º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso - CGP, en cuanto disponen que, tratándose de la apelación de una sentencia, el recurrente debe precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión y para su sustentación será suficiente que el apelante exprese las razones de su inconformidad con la providencia objeto de alzada.

Premisa a la que agrega, el artículo 320 del mismo estatuto procesal que prescribe:

“(...) El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.(...)”

Habiendo precisado el Consejo de Estado en el reseñado contexto normativo, que quien tiene interés en que el asunto sea analizado de fondo debe señalar cuales fueron los yerros o desaciertos en que incurrió el juez de primera instancia al resolver la Litis presentada⁴.

6.1.3. En cuanto a la oportunidad de la demanda, comoquiera que uno de los presupuestos de la apelación se dirige a señalar que en el presente caso se configuró la caducidad de la acción, situación que está ligada a la declaratoria de acto ficto o presunto negativo con respecto de la decisión que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 0933 de 17 de junio de 2019, corresponde a la Sala verificar, en primer lugar, si en el presente caso se configuró realmente la existencia de un acto ficto o presunto, para concluir posteriormente sobre la caducidad, pues se recuerda que el *a quo* señaló que al ser inexistente para el proceso el acto que resolvía el recurso contra la mencionada resolución debía declararse su existencia ficta negativa y en los términos del numeral 3 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 , modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, el demandante podía interponer la acción en cualquier momento.

En ese punto, resulta necesario plantear un primer problema jurídico que se aborda en este escenario como presupuesto para el análisis de fondo de la controversia el que consistirá en:

¿Resulta aceptable jurídicamente configurar la existencia de un acto ficto derivado del silencio administrativo respecto de un acto administrativo que las partes en la controversia reconocen como existente y aunque no haya prueba de su notificación?

6.1.3.1. La configuración del acto administrativo tácito o presunto. Frente a este tópico el apelante se muestra en desacuerdo con que el juez de primer grado haya declarado la nulidad de acto ficto que resolvió el recurso de reposición contra

⁴ BIDEEM. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 31 de enero de 2019, Rad.66001- 23-31-000-2012-0027 (52663) C.P. María Adriana Marín.

la resolución 0933 de 17 de junio de 2009, porque la misma activa en los hechos y pretensiones de la demanda indicó que tuvo conocimiento de la resolución 1674 de 2009, a través de la cual la administración efectivamente resolvió el recurso de reposición, lo cual, además indicó, constituye una transgresión del principio de congruencia de la sentencia, porque se profiere sentencia con base en hechos distintos a los previstos en la demanda fallando *extra petita*.

Pues bien, encuentra esta Sala que le asiste razón al recurrente al no mostrarse conforme con la declaratoria de un acto ficto negativo por las siguientes razones:

Como se advierte de las pretensiones transcritas en el presente proveído, ni en la tituladas como principales ni en las accesorias se solicitó la declaratoria de la existencia de un acto ficto, por el contrario, la solicitud de nulidad recae sobre unos actos debidamente individualizados, estos son: la resolución 0933 de 17 de junio de 2009 en cuanto impuso multa con violación a derecho fundamental al debido proceso, hizo efectiva la cláusula penal, declaró la ocurrencia del siniestro y ordenan a Segurexpo de Colombia S.A. en su calidad de asegurador efectuar el pago de unas sumas de dinero, así mismo, declarar la nulidad de la resolución 1674 de 1 de octubre de 2009, en tanto confirmó la resolución 0933 de 17 de junio de 2009.

En adición de lo anterior, en escrito de subsanación de la demanda, cuando se le pidió al demandante que allegara copia de la resolución 1674 de 1 de octubre de 2009, este contestó que el acto no le había sido notificado personalmente, pese a que sí recibió citación con este fin, en estos términos lo señaló:

“Tal como fue puesto de presente a ese Despacho, la Entidad demandada hizo caso omiso al derecho de petición presentado por la Dra. María Juana Herrera - documento anexo a la demanda -por medio del cual se solicitó, entre otros, copia auténtica de la Resolución No. 1674 de 2009.

*Al no haber dado respuesta favorable al derecho de petición, la cual se hubiera logrado únicamente, con la entrega de las copias auténticas requeridas, **IMPOSIBLE** resulta para mi representada que se alleguen a la demanda tales documentos. Para efectos de que obre la prueba que, como bien nos es sabido, constituye pieza fundamental del expediente, se solicitó expresamente en el acápite de pruebas, que se fijara fecha y hora para la **exhibición** de unos documentos, entre los cuales se encuentra la Resolución No. 1674 de 2009.*

*En relación con la fecha de notificación del acto administrativo, es preciso advertir que mi representada **NUNCA** se notificó personalmente de dicha Resolución (Resolución No. 1674 de 2009), razón por la cual y, al no haber podido tener acceso a la misma por la omisión en la respuesta favorable al derecho de petición, **no es posible conocer con exactitud, el día en que la notificación se produjo.***

*No obstante, es de indicar que la comunicación No. JUR. 1.1.-E2-404, por medio de la cual se **citó** a **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.**, para acercarse a las oficinas de la Entidad demandada, con el propósito de notificarle la Resolución No. 1674 de 2011, fue recibida por mi defendida el 2 de febrero de 2010, y que, en ella, se otorgaban cinco (5) días para acercarse a la Entidad a surtir la notificación personal, so pena de entenderse notificada. Al no haberse dirigido a la **EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA**, no cabe ninguna duda que, la única conclusión que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico se extrae, es que la Resolución No. 1674 de 009 **FUE NOTIFICADA, POR TEMPRANO, EL 9 DE FEBRERO DE 2010 (CINCO DÍAS HÁBILES POSTERIORES AL RECIBO DE LA CITACIÓN)**.*

*Se concluye entonces que: (i) la Resolución requerida **no puede** ser aportada por mi mandante, en cuanto consta de manera exclusiva en los archivos de la Entidad demandada, **motivo por el cual se solicitó la exhibición documental en el libelo**; y, (ii) si bien no puede afirmarse el día exacto de notificación del acto administrativo, por no haber accedido la Entidad demandada a otorgar copia con constancia de ejecutoria a mi defendida, es claro que, como mínimo, ésta - la notificación - se surtió el 9 de febrero de 2010.”*

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se ha considerado que el acto administrativo tiene como elementos esenciales los de existencia, referidos al órgano y su contenido; los de validez, que son relativos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento, y los de eficacia u oponibilidad, es decir, el agotamiento de presupuestos para hacerlo capaz de producir efectos jurídicos.

En lo que atañe a la **existencia** del Acto Administrativo, la Corte Constitucional consideró que está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. De forma que, el acto administrativo existe desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada a su publicación o notificación⁵.

La **validez** de acto administrativo, de otro lado, atañe a la conformidad que este tiene con el ordenamiento jurídico, consecuencia del respeto a la legalidad o del sometimiento a las exigencias del derecho vigente, o en otras palabras, se refiere al valor que tiene el acto administrativo cuando quiera que es confrontado con los preceptos legales, los cuales generan acatamiento por parte de los administrados en la medida en que rigen las relaciones entre ellos y el Estado⁶.

⁵Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara

⁶ Carlos Ariel Sánchez Flórez, Acto Administrativo. Teoría General. Editorial Legis. 2004. Pag. 98.

La **eficacia**, por su parte, se contrae al agotamiento de aquellos requisitos indispensables para que el acto existente y válido produzca finalmente los efectos que estaría llamado a producir.

Frente a este último elemento, resulta pertinente para el caso citar pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado, en el cual se destaca la publicidad del acto administrativo como presupuesto de eficacia, Corporación⁷ que al respecto señaló:

“Constituyen presupuestos de existencia la expresión del designio o voluntad de la administración, el objeto o materia sobre la cual recae el querer de la administración y la causa o motivo que induce a la decisión de la administración. Son presupuestos de validez el sometimiento del acto al ordenamiento jurídico⁸ y el cumplimiento de las formalidades sustanciales que se exigen para su producción. Son presupuestos de eficacia final la publicidad del acto, la firmeza jurídica y la ausencia de la pérdida de su fuerza ejecutoria.”

*Concretamente sobre la publicidad de los actos administrativos como presupuesto de eficacia, el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) dispone que “los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados...”,⁹ Y que “sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación **ni producirá efectos legales** la decisión...¹⁰ (resalta la Sala).*

Así que entonces, como puede observarse, la publicidad de los actos administrativos no es un requisito para su existencia ni para su validez sino para que ellos puedan producir los efectos a que están destinados.

Con otras palabras, los vicios en la publicidad de los actos administrativos, por no generarse en su producción sino en su comunicación, sólo impactan en su eficacia final y por ello tales hechos jamás pueden aducirse como circunstancias de inexistencia del acto o como causal de invalidez del mismo.¹¹

Tal consecuencia, que ahora se reitera en esta providencia, la tiene fijada desde antaño esta Corporación cuando señaló:

“la falta de notificación o la notificación irregular de los actos administrativos, fenómenos que tienen efectos equivalentes según lo preceptuaba el decreto Extraordinario No. 2733 de 1959 y no lo dispone hoy el Decreto Extraordinario No. 01 de 1984, no es causal de nulidad de los mismos; en efecto, dicha notificación es necesaria, cuando así lo señala ley(y lo hace para todos los actos administrativos de contenido particular que hayan culminado una actuación administrativa), como una condición de su eficacia; es decir en tanto constituye una de las etapas del procedimiento que tiene por objeto dar firmeza a la decisión administrativa, la cual -a su turno- es requisito necesario para su ejecución válida. En otros términos, la

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de agosto de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicado: 23358.

⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Procedimientos Administrativos y Tecnología. Universidad Externado de Colombia. Bogotá DC. 2011. Pg 58. El sometimiento a la legalidad de la administración y por lo tanto de sus decisiones guarda a la luz del moderno estado social y democrático de derecho una nueva dimensión: la de su sujeción al ordenamiento jurídico, esto es al del bloque de la legalidad ampliado a partir del respeto y sometimiento incluso del derecho internacional, en especial el de los derechos humanos

⁹ Artículo 43. En este mismo sentido el artículo 65 del nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) expresa que “los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.

¹⁰ Artículo 48. Idéntica previsión contiene el artículo 72 del nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011): sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión ...”

¹¹ Con lo que se ha expresado sobre los presupuestos de existencia, de validez y de eficacia del acto administrativo, el Magistrado Ponente sistematiza lo que expresa en su obra. Cfr. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. 1. 11, El Acto Administrativo, Bogotá, universidad Externado de Colombia, 2008, p. 143-169

notificación del acto administrativo no dice la relación con su validez jurídica la cual no sufre variación por el hecho de que se haya cumplido con la obligación de notificarlo legalmente o se haya prescindido de dicha diligencia; el acto administrativo que nació viciado no se sanará porque, con posterioridad, se notifique legalmente; y al revés, el acto que nace válido no pierde validez porque se deje de notificar o porque la notificación sea irregular. Es una simple aplicación del principio según el cual el examen de validez jurídica de los actos administrativos que hace el contra lar jurisdiccional se debe efectuar, por regla general, en el momento de su nacimiento, de modo que las circunstancias posteriores no afectan una situación inicial.”¹² (subrayas agregadas).

Vista la posición de la alta corporación de lo Contencioso Administrativo, es de precisar que además de que el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición contra la resolución 0933 de 17 de junio de 2009, esto es, el identificado como resolución 1674 de 2009 fue debidamente individualizado por la parte actora en la demanda, esta misma parte reconoció en el escrito de subsanación que la citación para la notificación del mismo le fue enviada. Además, la existencia del acto administrativo en el sustento fáctico de la demanda fue consignado en el hecho décimo cuarto (fl. 59 c. principal), hecho que fue aceptado en la contestación en los siguientes términos: *“al hecho 14: Es cierto, Mediante Resolución descrita No. 1674 de 1 de octubre de 2009, se decidió el recurso interpuesto en contra de la Resolución 0933 de 17 de junio de 2009”* (fl. 163 c. principal).

Resulta entonces, que la existencia del acto administrativo resolución 1674 de 1 de octubre de 2009, es reconocida tanto por la activa como por la pasiva, y si bien no fue posible que se allegara materialmente a esta controversia, no puede desconocerse que el acto existe jurídicamente, y mucho menos afirmar, como lo hizo el *a quo*, la configuración de un acto ficto, pues si bien es cierto no aparece prueba de que este se haya notificado a la aseguradora Segurexpo de Colombia, esta situación no lo hace ni inexistente ni inválido, sino que afecta su eficacia y oponibilidad a la aseguradora, en tanto este le producirá efectos solo cuando se produzca su notificación.

De conformidad con lo expuesto, no resulta procedente jurídicamente declarar la existencia de un acto ficto o presunto negativo derivado del silencio administrativo con respecto a una decisión que sí existió y cuya existencia es reconocida por las partes, pues con independencia de que no se haya aportado al proceso, esta situación, si bien se constituye en un defecto probatorio, no lo torna inexistente, de manera que no podría declararse la nulidad de un acto ficto, dejando el otro – resolución 1674 de 1 de octubre de 2009- sin pronunciamiento.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 1996, expediente 2.431.

6.1.3.2. Principio de congruencia. Atado como está este principio con la tesis de la inviabilidad del acto ficto, debe señalarse que la posición del *a quo*, además, contraviene el principio de congruencia regulado en el artículo 281 del CGP en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIA. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.”

La sentencia del juez de primera instancia no estuvo en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda, por cuanto en ningún apartado se solicitó la nulidad de un acto ficto negativo, y tampoco resulta viable esta tesis aun interpretando la demanda como lo señaló el juez de primer grado, porque el libelo no presenta puntos oscuros, por lo que, al ser suficientemente clara, no da lugar a interpretaciones por parte del fallador. En consecuencia, **se procederá a modificar la decisión apelada en cuanto la existencia del acto ficto negativo.**

6.1.3.3. Ejercicio oportuno de la acción. Resulta necesario revisar cuál es el momento de partida del término de caducidad de la acción contractual, considerando las especiales características de la controversia y la ausencia en el presente caso de la resolución 1674 de 1 de octubre de 2009, junto con su constancia de ejecutoria.

El artículo 136.10 del CCA regula lo concerniente a la caducidad de la acción de controversias contractuales, y al respecto, prevé una regla **general** que establece que el término para interponer la demanda en este tipo de controversias es de dos (2) años contados *“a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o derecho que les sirvan de fundamento”*

Comoquiera que, en el caso *sub lite* la acción contractual está dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos que declararon el incumplimiento de un contrato de concesión, impusieron multas y ordenaron hacer efectiva la cláusula penal, corresponde verificar si estos actos establecieron alguna disposición frente a la terminación del contrato C-0452 de 21 de junio de 2007.

Pues bien, revisado el clausulado del contrato de concesión No. C0452, firmado el 21 de junio de 2007, se tiene que estableció en su cláusula cuarta que tendría un plazo de duración de tres (3) años a partir de la aprobación de las garantías.

De otra parte, la resolución 0933 de 17 de junio de 2009, en sus artículos segundo y séptimo dispuso, respectivamente:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar la suspensión del contrato C-0452 de 21 de junio de 2007, en virtud del **numeral Cuarto de la Cláusula sexta** por el incumplimiento y el no pago de más de una segunda cuota, y en consecuencia la suspensión de la actividad y operación del juego de suerte y azar”.

“ARTICULO SÉPTIMO: La Empresa Territorial para la Salud - ETESA, Con base en el **numeral Cuarto de la Cláusula Sexta del contrato**, Suspenderá la ejecución del contrato hasta que la sociedad THE POKER GROUP E.U. se ponga al día con sus obligaciones contractuales, y especialmente con el pago de los derechos a la Vicepresidencia Comercial de Explotación y Gastos de Administración a ETESA.

PARAGRAFO: La Vicepresidencia Comercial cumplirá la orden de suspensión y vigilará su cumplimiento dentro de sus actividades de vigilancia y control e igualmente vigilará lo ordenado por el interventor del contrato.” (se destaca).

Por su parte, el numeral 4 de la cláusula sexta del contrato C0452 al que se hacen referencia los artículos segundo y séptimo de la resolución, establece:

“4) El asegurado y/o beneficiario se comprometen a cancelar el permiso, en el entendido que se asimila cancelar a suspender el contrato, una vez el concesionario haya incumplido con el pago de la segunda cuota de los derechos de explotación a ETESA, situación que se deberá comunicar a la compañía aseguradora dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a éste incumplimiento; lo cual no obsta para que de persistir el incumplimiento se declaren las sanciones contractuales pertinentes”.

Se advierte del contenido de la cláusula inmediatamente citada y del numeral séptimo de la resolución 0933 de 17 de junio de 2009 que la consignada suspensión que se establece en el acto administrativo sancionatorio no es equivalente a la terminación del contrato, sino que es una sanción para que el contratista se ponga al día y aquella se mantendrá hasta tanto esto suceda.

Además, para corroborar la anterior interpretación, entre la documentación remitida correspondiente al trámite del contrato de concesión C042 de 2007, obra oficio V.C. 5.0 de **fecha 21 de junio de 2010**, a través del cual ETESA solicita a la sociedad The Poker Group E.U. la entrega del Certificado de Existencia y Representación Legal emitido por la Cámara de Comercio con fecha de expedición no superior a sesenta (60) días, con el fin de actualizar información de sus archivos, ello *“En atención a que el contrato de concesión para la explotación de juegos de suerte y*

azar indicado en la referencia, el cual fue suscrito entre THE POKER GROUP E.U. y la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, hoy en liquidación, **se encuentra vigente**" (fl. 405 c. principal). (se destaca)

Así las cosas, como el acto administrativo que declaró el incumplimiento del contrato y la ocurrencia del siniestro no finiquitó el contrato, corresponde tomar como punto de partida de la caducidad de la acción la fecha de expedición y notificación de los actos administrativos de acuerdo con lo que sigue:

La resolución 0933 fue expedida el 17 de junio de 2009 (fl. 10 c. principal); el recurso de reposición interpuesto contra dicho acto fue resuelto a través de resolución 1674 de 1 de octubre de 2009. Sin embargo, no hay prueba de notificación de este acto por edicto, según el artículo 45 del C.C.A. como sería lo procedente, luego de que no se logró la notificación personal.

En términos del artículo 48 del C.C.A., la notificación de una decisión sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha ni producirá efectos legales, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

Así las cosas, descartado que en el presente caso se hubiera configurado la existencia de un acto ficto, y al no haber constancia de haberse realizado la notificación de la resolución 1674 de 2009, corresponde verificar, de acuerdo a lo que se arribó al proceso, a partir de qué fecha tuvo conocimiento la activa del contenido de la resolución o cuándo se dio por suficientemente enterada.

Así como se puso de presente en los argumentos de subsanación de la demanda, la demandante, a través de apoderada, María Juana Herrera Rodríguez, radicó derecho de petición a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, el **21 de octubre de 2011**, (fl. 42 a 43 c. principal) en el cual se solicitó, entre otros documentos, copia de las resoluciones número 1674 de 1 de octubre de 2009 y 0933 de 17 de junio de 2009 "*mediante los cuales se declaró el incumplimiento del contrato de concesión C-0452 suscrito el 21 de junio de 2007*", con el edicto y con su correspondiente constancia de desfijación, por lo que debe entenderse que a partir de esa fecha se dio por enterada suficientemente la demandante de la existencia del acto administrativo y de su contenido y se tendrá por notificada por conducta concluyente de la existencia de la resolución 1674 de 1 de octubre de 2009, por lo que tendría a partir de esta fecha dos años para interponer la acción contractual, los que se vencerían, en

principio, el 22 de octubre de 2013 y como la demanda se presentó el 24 de abril de 2012 (fl. 87 c. principal vto.) se infiere que fue presentada en término.

Además, debe precisarse que en el presente caso se agotó conciliación prejudicial que fue radicada el 27 de enero de 2012 y declarada fallida el 17 de abril de 2012, según certificación de la Procuraduría 136 Judicial 136 Judicial II (fl. 101 c. principal).

6.1.4. Evidencia satisfecho el requisito de legitimación procesal en la causa por activa y pasiva, contrastado que conforme acredita la realidad procesal, entre la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, y The Poker Group E.U. se suscribió el contrato de concesión número C0452 en marco del cual se expidieron los actos administrativos sobre los que versa la presente controversia.

Adicionalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social allegó poder en el proceso de conformidad con lo señalado en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, por lo que se tomó en primera instancia como liquidador y parte demandada de la controversia al citado Ministerio.

6.1.5. No se advierte irregularidad que configure nulidad procesal o que inhiba el pronunciamiento de sentencia de fondo, comoquiera que, contrastada la actuación surtida en primera y segunda instancia, evidencia que sometió a las ritualidades establecidas en el C.C.A., para el proceso ordinario.

6.2. ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN QUE NOS OCUPA

6.2.1. Dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte **demandada** con el fin de que sea revocada la sentencia de primera instancia, para que, en su lugar, se despachen negativamente las pretensiones.

En cuanto a las facultades del Juez de segunda instancia al desatar la apelación, el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, disponía que:

“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”

El mismo mandato fue recogido por el artículo 328 del Código General del proceso, cuyos dos primeros incisos establecen:

“ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)”.

En ese contexto, es claro que el *ad quem*, cuando se trata de apelante único, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

6.2.2. Asimismo asume como excepción a la competencia limitada del juez de segunda instancia, la subregla de hermenéutica comprensiva del recurso de apelación, teniendo como precedente de autoridad, Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, conforme a la cual, la competencia del juez de segunda instancia frente al recurso de quien actúa como apelante único, de controvertir un aspecto global de la sentencia, comprende todos los asuntos contenidos en ese rubro general, aunque de manera expresa no se hayan referido en el recurso de alzada. Puntualizó el Alto Tribunal así:

“(…) si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada.

En el caso concreto, la entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revisara la decisión de declararla administrativamente responsable (...), y de condenarla a pagar indemnizaciones en cuantías que, en su criterio, no se compadecen con la intensidad de los perjuicios morales padecidos por algunos de los demandantes.

En consecuencia, la Sala, atendiendo al criterio expuesto y a la prohibición de la reformatio in pejus, revisará todos aquellos aspectos que son desfavorables a la entidad demandada y que son consecuencia directa de la declaratoria de su responsabilidad, lo cual incluye -en el evento de ser procedente- no solo la condena por perjuicios morales, sino también por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.”¹³

En conclusión y decantando en el caso en concreto, no procede acudir al enunciado juicio comprensivo como quiera que el Juzgador de Primera Instancia no

¹³ **IB.** Sala Plena. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 06 de abril de 2018, Rad. 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005).

impuso condena en costas, y, en consecuencia, no se impone en observancia al precedente de esta Sala, abordar el asunto, aun cuando no prospere la alzada.

6.3. **FIJACIÓN DEL DEBATE**

La controversia se suscita en esta instancia, porque **en la sentencia de primera instancia** se determinó que no se respetó el debido proceso administrativo en la actuación administrativa que precipitó la expedición de la resolución 0933 del 17 de junio de 2009 y el acto administrativo ficto o presunto negativo que desató el recurso de reposición interpuesto por la demandante Segurexpo de Colombia S. A., socavando directamente el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de constituirse en un desconocimiento del derecho a la audiencia y a la defensa, pues más allá de la posibilidad que tuvo Segurexpo de Colombia S. A., de interponer el recurso de reposición, lo cierto es que la omisión en el llamado a la actuación administrativa sancionatoria de la indicada aseguradora frente a la indisciplina contractual de The Poker Group E.U., transgredió el derecho fundamental al debido proceso.

En tanto es tesis de la pasiva en la apelación que la expedición de los actos sancionatorios tuvo su causa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, y que una vez conocido el hecho el Jefe de la Oficina Jurídica de ETESA, envió comunicación JUR. E2-3497 al representante legal del contratista mediante la cual concedía audiencia para que allegara los argumentos que considerara necesarios para su defensa y garantizar el debido proceso, comunicación ante la cual el contratista no ejerció su derecho de defensa. En su criterio, el incumplimiento de las obligaciones económicas por parte de la sociedad concesionaria conllevaba la exigibilidad inmediata de las obligaciones junto con los intereses moratorios y, además, una vez proferida la resolución 0933 del 17 de junio de 2009, la sociedad Segurexpo de Colombia S.A. interpuso recurso de reposición en su oportunidad, haciendo uso del derecho de defensa contenido en el debido proceso. En cuanto a la temporalidad para imponer la multa, indica que el objeto de la multa es conminar al contratista al cumplimiento y que solo podría llevarse a cabo la imposición de la multa si estuviere pendiente la ejecución de obligaciones a cargo de este, como en efecto acaeció en el presente caso. Además, dentro de las consecuencias que genera el incumplimiento acaecido en la ejecución del contrato, está la contenida en la cláusula penal pactada.

En este orden se tienen como problema jurídico:

¿Es vulneradora del debido proceso la expedición de un acto administrativo que declara el incumplimiento del contrato, la ocurrencia del siniestro y ordena al garante de un contrato el pago de unas sumas de dinero en el evento de no ser pagadas por el contratista asegurado, sin citación del garante a la actuación sancionatoria?

6.4. ASPECTOS SUSTANCIALES

En labor de desatar los interrogantes planteados **es tesis de la Sala** que debe confirmarse la sentencia impugnada por cuanto en proceso seguido bajo las previsiones del CCA, era deber de la entidad en los términos del artículo 28 del CCA, comunicar la iniciación de la actuación sancionatoria contractual a la Aseguradora Segurexpo de Colombia S.A. por cuanto se trataba de un tercero que podría verse afectado con la actuación como en efecto ocurrió, ya que se recuerda que en el mismo acto administrativo se declaró la ocurrencia del siniestro y en el numeral sexto de la resolución se dispuso que en el caso que no pagara el contratista las sumas impuestas a título de sanción debería hacerlo su garante, es decir, la activa en esta controversia. Con esa comunicación se hubiera permitido a la aseguradora rendir descargos, solicitar pruebas y realizar la defensa de sus intereses, lo cual no se cumplió ya que como lo reconoce la pasiva y así se constata en los considerandos de la resolución sancionatoria, solamente se citó a audiencia al contratista de quien se dice no ejerció su defensa. Por lo anterior, no es suficiente garantía que se permitiera hacer uso de un recurso de reposición contra el acto sancionatorio en cuya expedición no había intervenido la demandante, siendo por demás sorprendido con una obligación de pago.

En fundamento se tienen las siguientes premisas normativas:

6.4.1 Los contratos se rigen, en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos, por la normatividad vigente al momento de su nacimiento o celebración y en ellos, se entienden incorporadas las leyes existentes al momento de su celebración. En este sentido prescribe el artículo 38 de la ley 153 de 1887 y, consonantemente, dispone el artículo 78 de la Ley 80 de 1993, que los contratos, procedimientos de selección y procesos judiciales en curso a la fecha de su entrada en vigor continuarán sujetos a las normas existentes al momento de su celebración

o iniciación y, por consiguiente, las leyes nuevas carecen, en principio, de la virtualidad para afectar las relaciones jurídicas negócias consolidadas.

El órgano de Cierre de esta jurisdicción ha concluido que al desatarse una controversia jurídica habrá de aplicarse la jurisprudencia vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, e indica en fundamento de tal premisa así:

“i) Es deber del Juez y la administración, al momento de identificar y construir la norma de conducta y de juicio, aplicar los criterios jurisprudenciales vigentes para la fecha de los hechos en que se fundan la controversia, pues estos hacen parte del marco de legalidad histórica a ser observado, ii) es criterio general, no limitado a expresos y singulares casos puntuales, que todo cambio de precedente jurisprudencial referido a las competencias estatales, derechos o mecanismos de protección debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, iii) siempre que se alegue por uno de los sujetos procesales una situación de transito jurisprudencial, ello debe ser considerado expresamente por tales autoridades a los fines de verificar tal situación y determinar cuál era el criterio jurídico fijado para entonces, sin perjuicio del deber oficioso de la autoridad de aplicar el derecho vigente, iv) la misma naturaleza de lo que se viene de decir impone precisar que esa protección a la confianza legítima solo puede atribuirse a la existencia de un criterio jurídico bien formado en la jurisprudencia, ora por su reiteración o por estar fundado en una decisión de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, de ahí que no se pueda predicar la misma certeza cuando se advierten tesis imprecisas o contradictorias en la Corporación y, v) la retroactividad del precedente viola la cláusula de Estado de Derecho y el deber general del Estado respecto a las garantías judiciales, debido proceso, libertad e igualdad y, por contera, a la confianza legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos”¹⁴.

En este orden, asume relevancia que el contrato génesis de la controversia *sub-lite*, fue celebrado el 21 de junio de 2007, en vigencia de la Ley 80 de 1993, siendo normas aplicables por disposición del mismo contrato también la Ley 643 de 2001, Decreto Reglamentario No. 2483 de 2003, y resoluciones número 1074 y 1553 de 2003, 0275 y 1075 de 2004 y 1604 de 2006 expedidas por ETESA.

6.4.2. Competencia de las entidades estatales para imponer y hacer exigibles las multas y cláusula penal en contratos celebrados en vigencia de la Ley 80 de 1993, modificada posteriormente por la Ley 1150 de 2007.

La regulación contenida en la Ley 80 de 1993, no confería **atribución legal** a la administración contratante para la imposición de multas y/o penas al contratista, sin embargo, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que la modificó parcialmente, fue introducida la facultad de la administración de imponer multas y declarar el incumplimiento del contrato, conforme a lo establecido en el artículo 17, en los siguientes términos:

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 06 de abril de 2018, Rad. 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005).

“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido 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”. (Resaltado fuera del texto).*

De acuerdo con la norma citada, se tiene que fue el mismo legislador quien expresamente le otorgó a las entidades estatales la facultad o competencia para imponer y hacer exigibles unilateralmente las multas y declarar el incumplimiento por medio de acto administrativo, pero dicha norma únicamente sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando, los actos administrativos por medio de los cuales se impuso la multa o se declaró el incumplimiento hubieran sido proferidos posteriormente a su entrada en vigencia¹⁵.

Ahora, en lo que respecta al contenido del parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que otorgó la facultad a la administración para imponer multas de forma unilateral, la Sección Tercera del Consejo de Estado, consideró que:¹⁶

*“El parágrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, **siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.**” (se resalta).*

¹⁵ En estos términos se concluyó en sentencia del 8 de junio de 2016, radicado: 39665 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 21.574.

Así las cosas, la limitación que se encontraba en vigencia de la Ley 80 de 1993, fue suplida con la facultad que consagró el párrafo transitorio del artículo 17 de la referida Ley, en cuanto al establecer efectos retrospectivos, permitió la imposición de la pena y de las multas aún en contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150, posibilitando a las entidades hacer efectivas directamente estas estas sanciones, incluso si fueron pactadas con anterioridad a su expedición siempre que su **imposición se produzca en vigencia de la citada norma**.

6.4.3. El debido proceso. El artículo 29 Superior, establece la aplicación y respeto por el derecho al debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, entre las cuales están inmersos los procedimientos sancionatorios contractuales. Así, el contenido del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 introdujo además de la posibilidad de que las entidades estatales pudieran hacer efectivas las sanciones establecidas en el contrato, un límite a la forma en que se podría hacer uso a esa facultad, desarrollando la garantía constitucional y estableciendo un límite a la actuación sancionatoria al exigirle el agotamiento de una audiencia con un procedimiento mínimo que garantice el debido proceso.

Como sea que fue hasta la expedición del estatuto anticorrupción contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que se estableció una regulación específica para los asuntos de carácter sancionatorio contractual, antes de esa norma los procedimientos debían seguir las ritualidades establecidas en la parte general del C.C.A., del que se desprende que la activación de las actuaciones administrativas tenían cuatro fuentes desarrolladas en el artículo 5 del C.C.A., entre las que estaba la facultad oficiosa.

En capítulos VI y VII, artículos 27 y 28, de la citada codificación se establecían deberes cuando la actuación se iniciaban en cumplimiento de un deber legal o cuando la actuaciones se iniciaba oficiosamente, contemplando para el primer caso el deber de las autoridades de colaborar con el ciudadano que presenta la solicitud, y en la segunda hipótesis, es decir, cuando de la actuación administrativa era iniciada de oficio, y se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, que a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma, contemplado que a este procedimiento se aplicaran en lo pertinente las disposiciones contenidas en los artículo 14, 34 y 35

del CCA, normas últimas que establecen la posibilidad de pedir pruebas y escuchar las opiniones de los interesados, en estos términos:

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

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

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

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

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

En el anterior entendimiento, la comunicación a los particulares que puedan resultar afectados implica la posibilidad de pedir pruebas, expresar su opinión y que la decisión que se adopte tenga en cuenta las consideraciones expuestas por quien pueda resultar afectado, además que la decisión que se adopte le sea notificada, no siendo suficiente con darle la posibilidad de interponer recurso, por cuanto, la garantía del debido proceso exige su participación y audiencia antes de ser adoptada la decisión. En esos términos, decantó el Consejo de Estado¹⁷:

“3.5.1.3. A la luz de esta normatividad, el trámite administrativo encaminado a la declaración unilateral del incumplimiento contractual, la cuantificación del perjuicio y la imposición de las multas, cláusula penal pecuniaria, y demás sanciones pactadas en el contrato, debe desarrollarse a través de un procedimiento iniciado de forma oficiosa por la administración contratante, al que debe vincular -a través de la citación- al contratista y al garante, siendo este último un indudable interesado en el resultado de la actuación, y por ello mismo, sujeto legitimado para intervenir en el procedimiento y destinatario de las garantías previas derivadas de su regulación legal. En ese sentido, el debido proceso del garante asegurador no se entiende satisfecho solamente con la notificación de la decisión declarativa del siniestro, en los términos del inciso tercero del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007^{18]}, sino con su convocatoria anterior a la toma de la decisión, que es jurídicamente imperativa para la entidad”. (se destaca).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de junio de 2020, Rad. 48945.

¹⁸ Inciso cuarto: “El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.”

6.4.4. La obligación del demandante en pretensión de nulidad de indicar las normas y explicarse el concepto de violación. El artículo 137 del C.C.A. establece que *toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:* (...) “4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. **Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación**”.

Atendiendo el carácter rogado de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en las demandas de nulidad el concepto de la violación se constituye en un parámetro para el ejercicio del control a ser ejercido por el juez de lo contencioso administrativo, pues el juez no puede estudiar más de lo que se le propone en la demanda, es decir, los motivos de violación alegados por el demandante y las normas que él mismo haya señalado como infringidas.

Por lo anterior, en principio, al juez de lo contencioso administrativo le está vedado examinar pretensiones a la luz de disposiciones diferentes de las invocadas en la demanda, es decir, que sus providencias se circunscriben solo a lo que allí se ha planteado, por ser la demanda el parámetro necesario para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial según lo prevé el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., en estos términos lo ha indicado el Consejo de Estado¹⁹:

“Esta Corporación, por su parte, ha precisado que la carga de indicar la norma violada y exponer el concepto de la violación es trasunto del modelo de justicia rogada que impera en la jurisdicción-contencioso administrativa²⁰. Esta jurisdicción se orienta, así mismo, por el principio dispositivo, por lo que el control de validez de los actos se circunscribe al estudio de las normas aducidas en la demanda y al concepto de la violación que así determina el ámbito de la defensa del demandado, el problema jurídico y el campo de decisión del juzgador²¹. Además, la presunción de validez del acto administrativo conlleva la carga de demostrar la precisión la disposición violada o cuando se formulan acusaciones genéricas como concepto de la violación²².

En este orden de ideas, si el juez administrativo se basara oficiosamente en razones de invalidez distintas a las esbozadas como concepto de la violación²³ o desentrañara argumentos implícitos²⁴ –que vayan más allá de los fácilmente identificables²⁵– estaría decidiendo por fuera de lo pedido (“extra petita”), lo que, además de transgredir el principio de congruencia (artículo 170, CPC), vulnera el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa de la contraparte²⁶.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2020, exp. 44414.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencia del 15 de diciembre de 2016, rad. núm. 2013-00374-00. Reiterado en el auto de la Subsección C del 16 de mayo de 2019, exp. 59678.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 18.509, acápite 2º de las consideraciones. Reiterado en el auto de la Subsección C del 13 de marzo de 2017, exp. 57052.

²² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 1º de marzo de 2006, exp. 15471, fundamentos jurídicos III).A.1 y 2.

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 19486.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 33934.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-197 de 1999.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 16941, fundamento jurídico 3.1. Reiterado en la sentencia de la Subsección C del 1º de julio de 2015, exp. 34587.

*En suma, cuando el pretensor de la nulidad de un acto administrativo no identifique las disposiciones vulneradas con el acto (o estos no puedan identificarse fácilmente) o no exponga el concepto de la violación con cargos claros, ciertos, específicos, pertinentes o suficientes (o estos sean insuficientes pero comprensibles) tendrá que inhibirse²⁷ el juzgador. En todo caso, este no podrá fundamentar el juicio de validez del acto en normas o razones distintas a las esgrimidas por el demandante, **salvo cuando se advierta una violación palmaria a un derecho fundamental de aplicación inmediata.**” (se destaca).*

La Corte Constitucional, a través de sentencia C-197 de 1999, analizó la constitucionalidad de la disposición contenida en el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A en cuanto contempla “*Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*”, concluyendo su exequibilidad condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución, ello en aplicación de la prevalencia del derecho sustancial, así lo dispuso:

2.6. No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que, en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.

2.7. Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

6.5. CASO CONCRETO

6.5.1. Aspectos probatorios

6.5.1.1. La comunidad probatoria es en su mayoría de carácter documental y aducida en primera instancia, reviste eficacia. Advertido que si bien obra parcialmente en fotocopia simple, no es menos cierto que en tamiz del artículo 246 del CGP, la eficacia de la prueba documental no condiciona a la formalidad de obrar en copia auténtica u original, salvo que así lo establezca el legislador, que no es el caso de los documentos arrimados al proceso que nos ocupa, y destaca que, en oportunidad de su agregación, no se promovió tacha ni objeción alguna.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 17 de marzo de 2012, exp. 25290; y del 14 de marzo de 2017, exp. 22757, fundamento jurídico 2º.

6.5.1.2. Finiquitando revisten relevancia para el debate en segunda instancia, los siguientes medios de prueba:

<p>Contrato seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, póliza nro. 00005830 expedido por Segurexpo el 01/06/2007.</p>	<p>Obra como tomador: THE POKER GROUP E.U. Afianzado: THE POKER GROUP E.U. Objeto: GARANTIZAR A LA EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD "ETESA" EL CUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN QUE SE GENEREN CON OCASIÓN DEL OFICIO DE LIQUIDACION No. 20070137-6, PARA OPERAR EL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR, LOS INTERÉSES, LAS MULTAS, SANCIONES Y LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL AFIANZADO O TOMADOR.</p> <table border="1" data-bbox="483 829 1230 1036"> <thead> <tr> <th>Amparos</th> <th>Valor Asegurado</th> <th colspan="2">Vigencia</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Cumplimiento</td> <td>88.308.259</td> <td>28/05/2007</td> <td>28/08/2008</td> </tr> <tr> <td>Prestaciones Sociales</td> <td>22.077.065</td> <td>28/05/2007</td> <td>28/05/2011</td> </tr> </tbody> </table>	Amparos	Valor Asegurado	Vigencia		Cumplimiento	88.308.259	28/05/2007	28/08/2008	Prestaciones Sociales	22.077.065	28/05/2007	28/05/2011	<p>Fls. 3 a 9 c. principal</p>
Amparos	Valor Asegurado	Vigencia												
Cumplimiento	88.308.259	28/05/2007	28/08/2008											
Prestaciones Sociales	22.077.065	28/05/2007	28/05/2011											
<p>Resolución 0933 de 17 de junio de 2009, por la cual se declara un incumplimiento contractual, la ocurrencia de un siniestro, proferida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de ETESA.</p>	<p style="text-align: center;">“CONSIDERANDO (...)</p> <p>Que el Asesor de Interventoría y la Vicepresidencia de Recaudos en comunicación V.R. 4 0-12-532 del 4/14/2009, informó al Área Asesora Jurídica de Etesa, que la Sociedad precitada incumplió sus obligaciones contractuales, y según el Estado de Cuenta al 4/14/2009, expedido por la Vicepresidencia de Recaudos, éste operador a la fecha presenta una mora de 104 días por concepto de Derechos de Explotación y Gastos de Administración por un valor de SESENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MCTE (\$67.385.381), motivo de la presente decisión.</p> <p>Que el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica mediante comunicación JUR E2-3497 del 517/2009 le informó al representante legal de la sociedad THE POKER GROUP E.U., que le concedía audiencia u oportunidad para que dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de la presente comunicación, allegara a la Oficina Asesora Jurídica de ETESA, los argumentos que creyera convenientes para ejercer su derecho de defensa y garantizar el debido proceso, pues el incumplimiento al contrato de concesión acarrea entre otros efectos jurídicos la imposición de una multa con base en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y en la Cláusula Octava del contrato de concesión C-0452 del 21 de junio de 2007, y la cláusula penal prevista Cláusula Décima Cuarta del contrato de concesión y en el art.17 de la Ley 1150 de 2007 concordante con el art. 87 del Decreto 2474 de 2008. (...)</p>	<p>Fls. 10 a 15 c. principal</p>												

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato C0452/R71469 de 6/21/2007, suscrito entre el operador THE POKER GROUP E.U. y la Empresa Territorial para la Salud ETESA, por la no renovación de la póliza en los plazos y condiciones establecidos y por el no pago de los derechos de explotación y gastos de administración en los plazos y condiciones establecidos en el contrato de concesión, por un valor de **SESENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MCTE (\$67.385.381)**, más los intereses que se causen a partir de la ejecutoria del presente acto y hasta la fecha en que tenga lugar el pago de conformidad con lo expuesto en los considerandos del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: Ordenar la suspensión del contrato C-0452 del 21 de junio de 2007, en virtud del numeral Cuarto de la Cláusula Sexta por el incumplimiento y el no pago de más de una segunda cuota, y en consecuencia la suspensión de la actividad y operación del juego de suerte y azar.

ARTICULO TERCERO: Imponer a la sociedad THE POKER GROUP E.U. de conformidad con la Cláusula Octava del contrato C-0452 del 21 de junio de 2007, multas diarias y sucesivas por el 0.3% del valor total del contrato para obtener su cumplimiento.

Por lo anteriormente expuesto la sociedad **THE POKER GROUP E.U.** deberá pagar a Etesa, por concepto de multa la suma de **UN MILLON TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS, VEINTICUATRO PESOS MCTE (\$1.324.624)** diarios desde la fecha en que tuvo lugar el incumplimiento hasta la fecha de pago efectivo, los cuales son derivados del no pago de los derechos de explotación y gastos de administración en los plazos y condiciones establecidas en el contrato.

ARTICULO CUARTO: Hacer efectiva La Cláusula Penal al operador del juego de conformidad con la Cláusula Décimo Cuarta del contrato C-0452 del 21 de junio de 2007, la cláusula penal por un valor de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA PESOS MCTE (\$44.154.130)** equivalente al diez (10%) por ciento del valor del contrato.

ARTICULO QUINTO: En virtud del incumplimiento mencionado declarar que en la ejecución del contrato ha ocurrido el siguiente siniestro:

El incumplimiento del numeral Séptimo de la Cláusula Quinta y el Parágrafo de la Cláusula Séptima del contrato C-0452 del 21 de junio de 2007 que hacen mención a Cancelar el valor del contrato o y renovar las garantías en los términos y condiciones estipulados en el contrato.

ARTICULO SEXTO: En consecuencia el operador debe a la Empresa Territorial para la Salud - ETESA, por concepto de derechos de explotación y gastos de

	<p>administración la suma de SESENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MCTE (\$67.385.381) causados y los que se causen hasta la ejecutoria del presente acto, e igualmente los intereses causados y los que se causen a partir de la ejecutoria del presente acto y hasta la fecha en que tenga lugar el pago, más la multa por el incumplimiento contractual por un valor de UN MILLON TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS MCTE (\$1.324.624) diarios y las que se causen hasta la fecha del pago efectivo por ser estas obligaciones de carácter periódico. Sumas que deberá cancelar a ETESA, tan pronto la presente resolución esté ejecutoriada. En caso de no hacerla, su garante, esto es, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. deberá realizar el pago respectivo a favor de ETESA, en los términos y condiciones estipulados en la o garantía única otorgada.</p> <p>ARTICULO SÉPTIMO: La Empresa Territorial para la Salud - ETESA, con base en el numeral Cuarto de la Cláusula Sexta del contrato, suspenderá la ejecución del contrato hasta que la sociedad THE POKER GROUP E.U. se ponga al día con sus obligaciones contractuales, y especialmente con el pago de los derechos a la Vicepresidencia Comercial de Explotación y Gastos de Administración a ETESA.</p> <p>PARAGRAFO: La Vicepresidencia Comercial cumplirá la orden de suspensión y vigilará su cumplimiento dentro de sus actividades de vigilancia y control e igualmente vigilará lo ordenado por el interventor del contrato.</p> <p>ARTICULO OCTAVO: Notificar el contenido de la presente resolución al representante legal de la sociedad operadora del juego y al de la compañía aseguradora SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., e informar que contra la misma únicamente procede el recurso de Reposición. (...).</p>	
<p>Recurso de reposición presentado por María Helena Bermúdez Gómez en calidad de apoderada de Segurexpo de Colombia, contra la resolución 933 de 17 de junio de 2009.</p>	<p>Radicado el 4/08/2009 ante ETESA, según sello de recibido. Dentro de los argumentos del recurso se destacan: (i) “improcedencia del cobro por pago del contratista afianzado” con respecto al cual indica que el contratista afianzado ya canceló las cantidades adeudadas y los perjuicios que pudieran generarse, por lo que el acto administrativo perdió su sustento; (ii) “incumplimiento de la carga probatoria del artículo 1077 del Código de Comercio” no se ha determinado la pérdida y se pretende el pago de sumas de dinero no soportadas; (iii) “límite máximo de responsabilidad”: es nula la resolución, pues desconoce la norma del artículo 1079 del Código de Comercio y el contrato que claramente establecen un límite de responsabilidad del asegurador: (iv) imposibilidad de hacer efectivo el amparo de cumplimiento y pretender cobrar una cláusula penal; (v) imposibilidad de imponer multas: la cláusula sexta del contrato dice que este se cancelará una vez el concesionario haya incumplido la segunda cuota y si se encontraba cancelado no hay lugar a la imposición de multas.</p>	<p>Fls. 17 a 24 c. principal</p>

<p>Derecho de petición suscrito por la apoderada de Segurexpo de Colombia S.A. radicado el 21 de octubre de 2011 ante ETESA</p>	<p>A través del cual solicita que se le expida copia de la resolución No. 964 de 23 de junio de 2009, contrato de concesión; contrato de concesión número C-0452 de 21 de junio de 2007; resolución 1674 de 1 de octubre de 2009, entre otros.</p>	<p>Fls. 42 a 43 c. principal</p>
<p>Contrato número C0452 para la operación de juegos de Suerte y Azar Localizados celebrado entre ETESA y The Poker Group</p>	<p>“CLAUSULA PRIMERA: Objeto: autorizar la operación de los siguientes instrumentos de juego (...) por parte del concesionario, de acuerdo con la descripción y ubicación de los instrumentos de juego que en la resolución de autorización R71469 de 31 de mayo de 2007 se señalar.</p> <p>CLAUSULA SEGUNDA: Valor: para efectos fiscales y legales el valor del contrato es de cuatrocientos cuarenta y un millones quinientos cuarenta y unos mil doscientos noventa y seis pesos m/cte (\$441.541.296), equivalente al valor de que resulta de multiplicar el número de instrumentos autorizadas por las tarifas señaladas en la ley (...)</p> <p>CLAUSULA CUARTA: PLAZO. El presente contrato de concesión de juegos de suerte y azar localizados tiene una duración de TRES (3) AÑOS a partir de la aprobación de las garantías.</p> <p>(...)</p> <p>CLAUSULA SÉPTIMA GARANTÍAS. CONCESIONARIO deberá constituir a favor de ETESA por intermedio de una compañía de seguros o de un banco legalmente establecido en Colombia, una garantía única que ampare los siguientes riesgos: a) De cumplimiento y del pago de las sanciones que se le llegaren a imponer al CONCESIONARIO por un monto igual al 15% del valor del contrato y una vigencia equivalente a la concesión más tres meses. b) De salarios y prestaciones sociales por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del contrato con una vigencia igual a la concesión más tres años c) Pago de premios a los apostadores por un porcentaje equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del contrato con una vigencia igual a la concesión más tres meses. PARAGRAFO. Las garantías a que hace relación esta cláusula, podrán constituirse por anualidades, pero únicamente frente a la vigencia de la póliza o de la garantía bancaria caso en el cual el monto del amparo se calculará sobre el valor total del contrato para el primer año, y para los años subsiguientes por el saldo total del contrato que falte por ejecutar, con la obligación del operador de renovar las garantías tres meses antes de su vencimiento y mantenerla vigente hasta la liquidación del presente contrato.</p> <p>CLAUSULA OCTAVA. MULTAS 1) Sin perjuicio de la declaratoria de caducidad del contrato, ETESA podrá con el fin de apremiar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tasar multas diarias y sucesivas al CONCESIONARIO hasta por el cero punto cinco (O 5%)</p>	<p>Fls. 44 a 51 Y 288 a 295 c. principal</p>

	<p>del valor del contrato para obtener el cumplimiento. 2) En caso de realizarse el traslado de instrumentos de juego sin dar cumplimiento a la obligación contractual consagrada en la cláusula quinta numeral diez de este contrato u operar los instrumentos por fuera del sitio autorizado, se tasará multa equivalente a 100 salarios mínimos legales diarios vigentes por cada instrumento que se encuentre en la situación descrita, sin perjuicio de la correspondiente liquidación y sanción de aforo. Los incumplimientos serán declarados mediante resolución motivada y posteriormente se tasará el valor de la multa a que se hizo acreedor y se impetrará ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa. PARAGRAFO PRIMERO: La tasación de la multa contemplada en el numeral segundo de la presente cláusula no podrá exceder del diez (10) por ciento del valor total del contrato.</p> <p>(...)</p> <p>CLAUSULA DÉCIMA TERCERA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. - Las partes convienen someter las diferencias que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato a la decisión de un tribunal de arbitramento. El arbitramento será en derecho, los árbitros serán tres (3). En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro, designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento total de las obligaciones derivadas del presente contrato, EL CONCESIONARIO pagará a ETESA, a título de pena, un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato.</p>	
<p>Copia del trámite correspondiente al contrato de concesión número C042 de 2007, remitido por el gerente de Liquidaciones y Remanentes (E)</p>	<p>Contiene documentos precontractuales, tales como el certificado de existencia y representación legal del contratista, identificación de su representante legal, antecedentes, autorización para suscribir el contrato de concesión, liquidación de los derechos por explotación de las mesas de casino, acto administrativo No. 711469 por medio del cual se autoriza la suscripción de un contrato de concesión por el término de 3 años con la sociedad The Poker Group E.U., y contrato dentro del cual obran las siguientes garantías:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Certificado de modificación de la póliza No. 00005830 expedida por Segurexpo S.A. expedido el 1 de julio de 2007, con amparo de cumplimiento con vigencia desde el 28 de mayo de 2007 hasta el 28 de agosto de 2008. - Póliza de cumplimiento estatal No. 300000049, expedida por Seguros Condor S.A., el 27 de junio de 2008, remitida para dar cumplimiento a lo establecido en el parágrafo de la cláusula séptima del contrato, la cual tiene por objeto "Garantizar a la Empresa Territorial para la Salud ETESA el cumplimiento del pago de los derechos de explotación y gastos de administración que se generen con ocasión al contrato de concesión No. C0452" la vigencia del amparo de cumplimiento estuvo desde el 27 de junio de 2008 hasta el 28 de agosto de 2009. 	<p>Fl. 210 c. principal</p> <p>Fl. 277 c. principal</p> <p>Fl. 318 c. principal</p>

	<p>- Oficio V.R. de fecha 25/11/2008 suscrito por la vicepresidenta de recaudo de ETESA dirigida a The Poker Group E.U. en la que el precisa que al 24 de noviembre de 2008, lleva un total de 73 días, de mora, encontrándose con un saldo a favor de ETESA de \$38.766.000, más gastos de administración y los respectivos intereses por lo cual lo invitan a normalizar su situación con el fin de evitar el pago de costos adicionales.</p> <p>- Oficio JUR 1.1 de fecha 24/03/2010 suscrito por el Jefe la Oficina Jurídica de ETESA a través del cual solicita al contratista remitan la garantía única de cumplimiento del contrato 452 de 2007, teniendo en cuenta que se encuentra vencida desde el 28 de agosto de 2008.</p> <p>- Oficio V.C. 5.0 de fecha 21/06/2010, a través del cual la Secretaría General de ETESA solicita remitir certificado de existencia y representación legal a fin de actualizar la información que reposa en los archivos.</p> <p>- Requerimiento por pago y aviso por incumplimiento del contrato de Concesión suscrito con ETESA- Citación, a través del cual informan al contratista que el contrato está en mora y, por tanto, se le requiere y conmina para que efectúe el pago dentro del término de 5 días, advirtiendo que de no recibir el pago, se adelantarán las gestiones para expedir resolución de incumplimiento.</p> <p>- Oficio con fecha de radicado 01/07/2008 a través del cual se remite a ETESA Póliza de cumplimiento estatal número 300000049, expedida por Condor S.A.</p>	<p>Fl. 332 c. principal</p> <p>Fl. 367 c. principal</p> <p>Fl. 405 c. principal</p> <p>Fl. 406 c. principal</p> <p>Fl. 408 c. principal</p>
--	--	---

6.5.1.3. Acervo probatorio en contexto del cual, contrastado el debate que se suscita en esta instancia, según se decantó al fijar los límites de esta Sala de Decisión al abordar la solución del recurso de alzada, asumen como relevantes los siguientes hechos probados:

- Entre la Empresa Territorial para la Salud –ETESA- y la empresa The Poker Group E.U. el 21 de junio de 2007, se suscribió contrato de Concesión número C0452 que tuvo como fin autorizar la operación de unos instrumentos de juego, por valor de cuatrocientos cuarenta y un mil doscientos noventa y seis pesos (\$441.541.296) y plazo de ejecución de tres (3) años a partir de la aprobación de las garantías.
- En la cláusula séptima del contrato se estableció que el concesionario debía constituir a favor de ETESA una garantía única que ampare los riesgos de cumplimiento y de pago de sanciones que se llegaren a imponer al

concesionario por monto igual al 15% del valor del contrato con una vigencia igual a la concesión más tres meses; de salarios y prestaciones sociales por un monto del 5% del valor del contrato y pago de premios a los apostadores por valor de 5% del valor del contrato con una vigencia igual al de la concesión más tres meses. Así mismo, se estableció que la garantía podría constituirse por anualidades, pero únicamente frente a la vigencia de la póliza o de la garantía bancaria.

- En el contrato de Concesión número C0452 se planteó la posibilidad de imponer multas con el fin de apremiar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tasar multas diarias y sucesivas, así mismo, se estableció que ante el incumplimiento total de las obligaciones el concesionario pagaría a ETESA a título de pena, por un valor equivalente al diez (10%) del valor del contrato.
- Segurexpo de Colombia S.A. expidió la póliza 00005830 de 1 de junio de 2007, con los amparos de cumplimiento y salarios y prestaciones sociales. En cuanto al monto del amparo de cumplimiento el mismo fue por la suma de \$88.308.259 con vigencia desde el 28 de mayo de 2007 hasta el 28 de agosto de 2008.
- A través de resolución 0933 de 17 de junio de 2009, se declaró el incumplimiento del contrato C0452/R71469 suscrito entre The Poker Group E.U. y la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, por (i) no renovación de póliza en los plazos y condiciones establecidos y (ii) no pago de los derechos de explotación y gastos de administración en los plazos y condiciones establecidos en el contrato de concesión por un valor de \$67.385.381, más los intereses que se causen a partir de la ejecutoria del acto y hasta la fecha en que tenga lugar el pago. Dentro de los efectos de este acto administrativo se tiene que se ordenó la suspensión del contrato y, en consecuencia, de la actividad y operación del juego de suerte y azar. También se impuso a la sociedad The Poker Group E.U. multa en la suma de \$1.324.624 diarios desde la fecha en que tuvo lugar el incumplimiento y, finalmente, hizo efectiva la cláusula penal por la suma de \$44.154.130, equivalente al 10% del valor del contrato.
- En el artículo quinto de la resolución 0933 de 17 de junio de 2009, se declaró que había ocurrido el siniestro de incumplimiento en cuanto a la cancelación del contrato y la obligación de renovación de las garantías y en el numeral

sexto se indicó que el operador debía cancelar a ETESA la suma de \$67.385.381 por concepto de derechos de explotación y \$1.324.624 por multa por el incumplimiento contractual y que en caso de no cancelarlas, debería hacerlo el garante de la obligación, esto es, Segurexpo de Colombia.

- Segurexpo de Colombia S.A. a través de su apoderada, interpuso recurso de reposición contra la resolución 0933 de 17 de junio de 2009, el cual fue radicado en ETESA el 4 de agosto de 2009.
- A través de derecho de petición radicado el 21 de octubre de 2011, Segurexpo de Colombia, solicitó a ETESA copia de las resoluciones 1674 de 2009 y 933 de 17 de junio de 2009, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del contrato C-0452 de 21 de junio de 2007, así como el edicto con su respectiva de desfijación con respecto a la resolución 1674 de 2009.

6.5.2. Análisis del caso y decisión

6.5.2.1. Habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en lo que atañe a la nulidad del acto administrativo número 0933 de 17 de junio de 2009, pero se adicionará en cuanto a la resolución número 1674 de 1 de octubre de 2009, por vulnerar el debido proceso de la aseguradora demandante en el proceso sancionatorio que culminó con los actos administrativos expedidos por la demandada, ya que esta garantía no se agotó solamente con la posibilidad de interponer el recurso de reposición contra la resolución 0933 de 17 de junio de 2009.

Para efectos de la controversia, debe precisarse que el contrato de Concesión número C0452, suscrito entre la Empresa Territorial para la Salud –ETESA- y la empresa The Poker Group E.U. fue suscrito el **21 de junio de 2007**, es decir, con anterioridad de la vigencia de la Ley 1150 de 2007 que fue promulgada el 16 de julio de esa anualidad, por lo que corresponde a uno de los contratos que aunque suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, le resulta aplicable por retrospección la facultad de la administración de imponer multas y penalidades como el respeto al debido proceso contemplado el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para ello.

Para lo anterior, resulta necesario precisar que aunque el concepto de la violación expuesto en la demanda, estuvo enfocado en los artículos 29 de la Constitución Política y 17 de la Ley 1150 de 2007, por no haberse dado audiencia previa donde

podiera expresar sus argumentos de defensa y, por haberse impuesto una multa, cuando, en criterio de la demandante, el contrato ya se había cancelado no siendo esto posible jurídicamente, como se trata de afectación de un derecho fundamental respecto de la cual tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional flexibilizaron la carga del demandante de invocar la norma violada y el concepto de violación, procede la Sala al cotejo de estas disposiciones con las demás que regentaban el procedimiento para la época, a efectos de verificar si hubo vulneración del debido proceso.

Ahora bien, el mentado artículo 17 no establece, como sí se reguló el legislador posteriormente,²⁸ un procedimiento previo a la imposición de la sanción del que se determine a quien se debe citar en la actuación, razón por la cual debe integrarse esta norma con las del procedimiento general que establecía el C.C.A. para adelantar actuaciones administrativas.

Así entonces, se tiene que la actuación, en este caso, tuvo origen de oficio en la medida que de acuerdo con los considerandos de la resolución 0933 de 17 de junio de 2009 fue el Asesor de la Interventoría y la Vicepresidencia de recaudos de la contratante que informó a la Oficina Asesora Jurídica de ETESA que la Sociedad The Poker Group E.U, estaba incumpliendo con las obligaciones contractuales, con mora de 104 días por concepto de derechos de explotación y gastos de administración, por lo que el Jefe de la Oficina Jurídica libró comunicación al concesionario indicando que le concedía audiencia para que dentro de los 5 días siguientes, allegara los argumentos que considerara convenientes para ejercer su derecho de defensa.

Como decantó la Sala precedentemente (6.4.4.), en proceso seguido bajo las previsiones del CCA, era deber de la entidad en los términos del artículo 28 ibídem, comunicar la iniciación de la actuación sancionatoria contractual a la Aseguradora Segurexpo de Colombia S.A. por cuanto se trataba de un tercero que podría verse afectado con la actuación como en efecto ocurrió, ya que se recuerda que en el mismo acto administrativo se declaró la ocurrencia del siniestro y en el numeral sexto de la resolución se dispuso que en el caso de que no pagara el contratista las sumas impuestas a título de sanción debería hacerlo su garante, es decir, la activa en esta controversia.

²⁸ Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

Con esa comunicación se hubiera permitido a la aseguradora rendir descargos, solicitar pruebas y realizar la defensa de sus intereses, lo cual no se cumplió ya que como lo reconoce la pasiva y así se constata en los considerandos de la resolución sancionatoria, solamente se citó a audiencia al contratista de quien se dice no ejerció su defensa.

Por lo anterior, no es suficiente garantía que se permitiera hacer uso de un recurso de reposición contra el acto sancionatorio en cuya expedición no había intervenido la demandante, siendo por demás sorprendido con una obligación de pago.

En ese orden, verificado que no se cumplió con el requisito de audiencia al garante a fin de poder ejercer su defensa, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y que este es suficiente para declarar la nulidad de los actos demandados, por sustracción de materia resulta inocuo el debate sobre si había competencia temporal para imponer la multa, por lo que se procederá a confirmar la decisión de primera instancia, pero se modificará la sentencia recurrida para indicar que se declara nula también la resolución 1674 de 1 de octubre de 2009, en cuanto confirmó la resolución 0933 de 17 de junio de 2009.

6.5.3. Costas.

Comoquiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019), por el Juez Sesenta y Cinco (65) Administrativa del Circuito Judicial de Bogotá, el cual quedará así:

“TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 1674 de 1 de octubre de 2009, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 0933 de 17 de junio de 2009 interpuesto por el apoderado de la aseguradora SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. conforme a las consideraciones expuestas.”

SEGUNDO: CONFÍRMESE en lo demás, el veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019), por el Juez Sesenta y Cinco (65) Administrativa del Circuito Judicial de Bogotá, de acuerdo con lo estudiado en la presente sentencia.

TERCERO: Abstenerse de condenar en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado