**POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO - Finalidad**

El “ius puniendi”, es la expresión latina referida de manera general a la facultad de sancionar o castigar que ostenta el Estado. En nuestro país la construcción de este concepto se ha elaborado a través de la doctrina y la jurisprudencia que agruparon bajo esta noción la potestad penal de los jueces y la potestad sancionadora de la administración. Sin embargo, la elaboración conceptual no ha sido fácil debido a que en esta atribución se dan cita múltiples competencias en las que se cumplen diferentes finalidades de interés general. La Corte Constitucional puso en evidencia dicha situación así: (…)

**POSTESTAD SANCIONATORIA EN EL CAMPO DISCIPLINARIO** - Noción.

En síntesis, dicha potestad disciplinaria es una modalidad de la potestad sancionadora de la administración dirigida exclusivamente a los servidores públicos como consecuencia directa del poder de mando y de vigilancia que le corresponde a la administración en su carácter de organización jerarquizada.

**POSTESTAD SANCIONATORIA EN EL CAMPO DISCIPLINARIO - Naturaleza, finalidades y características**

Tradicionalmente en el ámbito interno de la administración pública la potestad sancionatoria opera haciendo uso de la potestad disciplinaria a través de la cual se imponen sanciones disciplinarias. El Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre esta atribución precisando que constituye uno de los pilares que soportan la institucionalidad estatal y garantiza la adecuada y eficaz marcha de la gestión pública. Sobre su naturaleza, finalidades y características señaló: (…) Los servidores públicos y los particulares cuando ejercen funciones públicas están sujetos a una serie de responsabilidades que emanan de su especial sujeción con el Estado y del ejercicio de las facultades que les han sido otorgados. Es así como los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la ley, pero para los servidores públicos, esta regla se invierte, y aquello que no les está expresamente atribuido les está prohibido. Es por esto que los servidores públicos deben actuar siempre en el marco de sus competencias, ya que el incumplimiento de sus deberes funcionales o la extralimitación de sus funciones les puede acarrear consecuencias de tipo fiscal (Ley 610 de 2000), penal (Ley 599 de 2000- delitos contra la administración pública), disciplinarias (Ley 734 de 2002) y patrimoniales (artículo 90 de la Constitución Política, Ley 678 de 2001- acción de repetición).Sin embargo, el legislador se reservó la potestad de expedir las leyes regulatorias de la responsabilidad del servidor público, de esta forma le corresponde solo a este dictar las normas sustantivas de dicho régimen, así como las normas procedimentales correspondientes y la manera de hacerlas efectivas. En el caso de la responsabilidad disciplinaria es el Código Disciplinario Único, ley 734 de 2002, el Estatuto que contiene el conjunto de normas sustanciales y procesales que regulan la materia, que tiene por destinatarios los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares que transitoriamente ejercen funciones públicas. Esta ley deja en el Estado la titularidad de la potestad disciplinaria y establece el control disciplinario en dos niveles: uno interno, radicado en las oficinas de control interno disciplinario, que por regla general y expreso mandato legal deben existir en todas las entidades del Estado con garantía de la segunda instancia, y uno externo, en cabeza del Ministerio Público, en ejercicio de la cláusula general de competencia, y del poder preferente, que opera de manera excepcional.

**POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA - Fundamento constitucional.**

La administración no se limita a ejercer la potestad sancionatoria en el ámbito interno, sino que, bajo la justificación de la protección del orden social general la ejercita sobre todos los asociados sin que sea preciso que exista para su ejercicio una relación de sujeción especial. El fundamento de la potestad sancionatoria administrativaestá en*“el deber de obediencia al ordenamiento jurídico”* que la Constitución Política en sus artículos 4 inciso segundo, y 95impone a todos los ciudadanos. Esta potestad de la administración tuvo un efecto apreciable en los últimos tiempos en razón a que el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades como las de planeación, vigilancia, inspección y control de distintos sectores económicos, intervención de la economía, redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la prestación efectiva de los servicios públicos, la protección del medio ambiente, entre otras; incremento de competencias que a su vez generó un correlativo aumento en sus poderes sancionatorios. Además de que la potestad sancionatoria de la administración es un elemento indispensable dentro del Estado Social de Derecho para la realización de los fines estatales, la titularidad de dicha potestad no solo es de la administración, sino también de los particulares que ejercen funciones administrativas, y, por tanto, actúan como autoridades. (…)

**POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA – Regímenes existentes antes de la Ley 1437 de 2011.**

Ante tan amplias facultades y misiones de la administración, en el ámbito de la potestad sancionatoria administrativa se originó un complejo funcionamiento práctico, que se verifica al repasar los distintos regímenes vigentes sobre la materia, los cuales pertenecen a distintos sectores de la administración, e involucran diversas autoridades con facultad sancionatoria. A manera de ejemplo tenemos las regulaciones ambientales (ley 1333 de 2009), las urbanísticas (ley 388 de 1997), las tributarias (decreto 624 de 1989), las cambiarias (decreto 2245 de 2011), las bursátiles (ley 964 de 2005), las del sistema financiero (ley 795 de 2003), en materia deportiva (decreto ley 1228 de 1995), relativas a la protección de datos personales (ley 1581 del 2012), sobre la protección del consumidor (ley 1480 de 2011), entre muchas otras. Sin embargo, en este tipo de legislación sancionatoria sectorial no existe un ordenamiento que englobe los elementos propios de ese particular derecho, por lo cual en la práctica concurren tantos regímenes sancionatorios sustanciales, como sectores específicos que contienen sanciones especiales aplicables a los agentes económicos de dichos sectores y en general para todos los ciudadanos.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - Características en vigencia de la Ley 1437 de 2011.**

Hasta antes de la Ley 1437 de 2011 el procedimiento aplicable para cada régimen sancionatorio administrativo se encontraba disgregado en una multiplicidad de procedimientos especiales. A esta situación se sumaba el hecho de que en algunos regímenes se dejaron vacíos en el procedimiento establecido y en otros casos, ni siquiera se contempló qué procedimiento se debía aplicar. Con acierto, el legislador al expedir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reguló y organizó por primera vez un procedimiento administrativo sancionatorio en seis artículos que conforman el Capítulo III los cuales sirven de eje básico para el ejercicio de la facultad sancionatoria administrativa. Al respecto consagró el artículo 47 del nuevo código lo siguiente: (…) Del artículo transcrito se puede inferir que las principales notas que caracterizan este procedimiento administrativo sancionatorio general son: 1. No se derogan las leyes especiales preexistentes, de forma que las regulaciones especiales continúan rigiendo. 2. Excluye de su ámbito de aplicación el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, y las reglas sancionatorias en materia contractual. 3. Señala el carácter subsidiario del procedimiento ante la ausencia de ley especial que regule la materia.  4. Le da carácter supletorio a este procedimiento frente a los vacíos de los procedimientos especiales.  5. Establece las reglas del procedimiento administrativo sancionatorio, la forma de iniciación de la actuación (de oficio o por solicitud de parte) y las etapas en las que se divide el trámite administrativo (instrucción y juzgamiento).6. Señala las formalidades de la expedición y notificación del acto administrativo que constituye el pliego de cargos. 7. Hacen parte del pliego de cargos: los hechos que originan la actuación; las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, es decir los sujetos a los que se les imputan los hechos o las conductas no necesariamente son personas físicas; también deben incluirse las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes, es decir, unas y otras deben estar establecidas en leyes preexistentes. 8. Contra el pliego de cargos no contempló la posibilidad de recurso alguno. 9. Luego de notificado el pliego de cargos se abre la posibilidad de la defensa del investigado quien puede hacer usos de su derecho de contradicción y por tanto cuestionar las pruebas de la administración, así como los elementos fácticos y jurídicos del pliego de cargos. 10. Establece la garantía para el investigado de que al solicitar y aportar nuevas pruebas la administración solo podrá rechazarlas de manera motivada.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - Etapas.**

El artículo 48 de la ley 1437 de 2011 regula dos etapas del proceso sancionador: el periodo probatorio y el traslado al investigado para que presente sus alegatos. Una vez concluyan los trámites de procedimiento descritos en los artículos 47 y 48 antes citados, la autoridad que adelanta la actuación debe adoptar la decisión definitiva que puede ser de exoneración de responsabilidad, caso en el cual se archivará el expediente, o se expedirá la decisión sancionatoria. Para uno y otra situación el plazo de la administración es de 30 días siguientes a la presentación de los alegatos. Ahora bien, por tratarse de un acto administrativo definitivo contra este proceden los recursos de que trata el artículo 76 de este mismo código. En este punto también es importante resaltar que para adoptar la decisión definitiva la administración deberá mantener las mismas garantías formales establecidas para el pliego de cargos acto con el cual deberá guardar coherencia como una manifestación del acatamiento de la administración al principio de congruencia y del respeto del debido proceso.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - Criterios que se deben tener en cuenta al definir la gravedad de la sanción.**

El nuevo código también contempla una serie de criterios que debe tener en cuenta la administración al definir la gravedad de la falta y el rigor de la sanción que deba imponer, el listado incluye supuestos que agravan o atenúan la conducta, según sea el caso. Introduce la Ley 1437 de 2011 un poder adicional para la autoridad que adelanta el procedimiento administrativo sancionatorio que le da la posibilidad de adelantar un trámite incidental descrito en el artículo 51 frente al frente a los “particulares “ renuentes a suministrar información en el curso de las investigaciones o que oculten, impidan o no autoricen el acceso a los archivos a los funcionarios competentes, o remitan la información con errores significativos o en forma incompleta, conductas que atentan contra el principio de la buena fe que debe regir las relaciones entre los administrados y la administración (artículo 3 numeral 9 *ibídem*) y que por tanto serán sancionadas con multa hasta de cien salarios mínimos mensuales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - Caducidad de la acción y prescripción de la pena.**

Para finalizar, en el Capítulo III de la Ley 1437 de 2011 el legislador reguló el tema de la caducidad de la acción y el de la prescripción de la pena como salvaguardas de la seguridad jurídica que condicionan el ejercicio de cualquier potestad sancionatoria. Por otro lado, una de las consideraciones más importantes que tuvo la ley 1437 de 2011 frente al procedimiento administrativo sancionatorio fue ordenar que su interpretación y aplicación se hiciera conforme a los principios consagrados en la Constitución Política, en la primera parte del código y en las leyes especiales. A su vez, resaltó la función de unos principios propios en materia administrativa sancionatoria que deben observarse de manera especial al cumplir esta atribución como se analizará enseguida.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - Principios que rigen la actividad sancionatoria.**

Hasta antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, la jurisprudencia y la doctrina coincidían en señalar que los procedimientos administrativos sancionatorios estaban limitados y guiados por el artículo 29 de la Constitución Política que dispone la aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, del “debido proceso”, en virtud del cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Ahora bien, dado que en este tipo de actuaciones está involucrado el derecho de defensa del particular investigado, resultó de especial importancia para el legislador la reiteración e inclusión expresa del principio de legalidad de las faltas y sanciones, de la presunción de inocencia, de la prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único y la prohibición de imponer doble sanción, como principios propios de desarrollo de las actuaciones sancionatorias, previstos en el numeral 1º del artículo 3º de la ley 1437 de 2011, así: (…). De estos principios resalta la Sala el principio de legalidad el cual constituye la columna vertebral de la actuación administrativa sancionatoria, y comprende para los administrados una doble garantía. La primera de carácter *“material*”, conforme a la cual no puede haber infracción ni sanción administrativa sin que la ley las determine previamente (*lex previa*), por lo tanto, no es posible que faltas y sanciones se creen *ex post facto, ad hoc o ad personam.*Implica también esta máxima que debe haber certeza (*lex certa*) sobre la sanción que se impone en la medida en que así esté contemplado como falta en una norma preexistente al hecho que se imputa, esto descarta la imposición de sanciones por simple analogía. En segundo término, la legalidad envuelve una garantía de tipo *“formal”*, indispensable por demás si se tiene en cuenta que la falta administrativa define y limita el ámbito de lo lícito, y por otra, la sanción habilita a la administración a operar una privación de bienes y derechos sobre el particular al verificarse la existencia de la infracción, dicha garantía consiste en que la facultad que convalide el ejercicio de la actividad sancionadora, debe atribuirse a través de la ley en sentido formal, lo que comúnmente se conoce como reserva de ley. Dicho de otro modo, no puede cualquier acto administrativo, o norma de carácter inferior a la ley dar vida jurídica a la facultad sancionatoria ni instrumentalizar los procedimientos administrativos sancionatorios.

**POTESTAD DISCIPLINARIA Y POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN - Son manifestaciones del poder punitivo del Estado, pero con características diferentes.**

De lo expuesto anteriormente se tiene que en estricto sentido tanto la potestad disciplinaria como la potestad sancionadora de la administración son manifestaciones indiscutibles del poder punitivo del Estado, orientadas en todo caso por el principio del debido proceso, pero con características y ámbitos de aplicación diferentes que pueden sintetizarse de la siguiente manera: 1. La administración al hacer uso de la potestad disciplinaria tutela su orden interno, en cambio al ejercer la potestad sancionatoria administrativa no está autotutelando sus propias exigencias de funcionamiento, sino tutelando el orden social en su conjunto. 2. Respecto de los destinatarios de la potestad disciplinaria al desarrollarse esta en el plano interno de la administración y en razón a la función de subalternidad frente al Estado que surge del ejercicio de la función pública, sus destinatarios no son otros que los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas. 3. Teniendo en cuenta que la potestad sancionatoria administrativa es ajena a la disciplina y rigor de la jerarquía del derecho disciplinario y que su ejercicio se justifica en aras de preservar el orden público y en razón del deber de obediencia de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico su campo de aplicación cobija a todos los asociados. 4. El titular de la potestad disciplinaria es el Estado a través de las autoridades, en la potestad sancionatoria administrativa no solo es titular la administración y por ende las autoridades propiamente dichas, sino también los particulares que ejercen funciones administrativas, quienes, por tal razón, se comportan como autoridades. 5. En el derecho administrativo disciplinario la sanción se impone como supremacía del Estado sobre el funcionario por conductas que vulneren el ordenamiento jurídico de tipo funcionarial. En el derecho sancionatorio administrativo, la sanción se impone por la violación del deber jurídico del ciudadano frente a la administración pública. 6. En el derecho disciplinario la reprochabilidad de las conductas que se consideran falta se predica exclusivamente de personas naturales. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionatorio se extiende no sólo a personas físicas sino también a personas jurídicas. 7. Las reglas sustanciales y procesales del derecho disciplinario se encuentran consagradas en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. En el derecho administrativo sancionatorio no existe un ordenamiento que englobe los elementos sustanciales propios de ese particular derecho y de acuerdo con el ámbito en el cual se ejerza tendrá un derecho sustancial especial pese a que tenga elementos y principios comunes propios de esta disciplina jurídica, sin embargo, el procedimiento administrativo sancionatorio general está regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, aunque respeta las leyes especiales preexistentes que continúan rigiendo.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - Aplicación del régimen sancionatorio previsto en la Ley 1437 de 2011 por adelantar obras sin implementar las medidas propuestas en los Planes de Manejo Arqueológico.**

En el derecho administrativo sancionatorio no existe un ordenamiento que englobe los elementos sustanciales propios de ese particular derecho y de acuerdo con el ámbito en el cual se ejerza tendrá un derecho sustancial especial pese a que tenga elementos y principios comunes propios de esta disciplina jurídica, sin embargo, el procedimiento administrativo sancionatorio general está regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, aunque respeta las leyes especiales preexistentes que continúan rigiendo. Colige la Sala que los supuestos fácticos descritos en la demanda no se ajustan a la aplicación de un procedimiento disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002, pues, dada la naturaleza de la infracción (adelantar obras sin implementar las medidas propuestas en los Planes de Manejo Arqueológico) y la calidad de los presuntos responsables (sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., cuyo objeto social tiene: exploración, explotación, producción y transporte de petróleo, gas, hidrocarburos y sus derivados así como la exploración y explotación minera) el régimen sancionatorio que se debió aplicar, como en efecto hizo el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH es el previsto en la Ley 1437 de 2011. Recuérdese que, en materia del Patrimonio Cultural de la Nación, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, es la entidad encargada de declarar áreas protegidas en las que existan bienes que integran el Patrimonio Cultural de la Nación y aprobar el respectivo Plan de Manejo Arqueológico, así como vigilar y sancionar las faltas administrativas que tengan ocurrencia sobre bienes del Patrimonio Cultural (artículos 55 y 55 No. 11 del Decreto 763 de 2009). Las sanciones antes referidas, se encuentran reguladas en el artículo 15 de la Ley General de Cultura**,** Ley 397 de 1997, modificada por el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008, que tuvo por objeto desarrollar los artículos [70](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#70), [71](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#71) y [72](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#72) y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura y se crea el Ministerio de la Cultura. Así las cosas, teniendo en cuenta que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH no cuenta con norma especial que regule el tema sancionatorio y que los hechos que se encuentran acreditados en el expediente, tuvieron ocurrencia en el año 2015, es evidente que se debe aplicar el procedimiento establecido en el CPACA, previsto en los artículos 47, 48 y 49 en tanto que su aplicación es de naturaleza residual.

**POTESTAD DISCIPLINARIA Y POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN - Tienen características y ámbitos de aplicación diferentes / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO - Las averiguaciones preliminares en el segundo son facultativas y se llevan a cabo única y exclusivamente cuando no se tenga certeza de la existencia de la infracción y cuando no se sepa a ciencia cierta quién fue el que la cometió.**

Lo primero que debe indicar la Sala frente a este punto es que la potestad disciplinaria -como la potestad sancionadora de la administración- aun cuando son manifestaciones indiscutibles del poder punitivo del Estado, tienen características y ámbitos de aplicación diferentes. (…) Sin embargo, una vez revisado el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, que prevé lo siguiente: (…). Encuentra la Sala que la averiguación preliminar es en efecto, como bien lo indicó el a quo, una actuación facultativa de comprobación, cuya finalidad es determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción, identificar a los presuntos responsables de esta o recabar elementos de juicio que existe mérito suficiente para iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionatorio eficaz, eficiente y efectivo. Esta actuación debe tener justificación en la necesidad de hacer eficientes y racionalizar los recursos administrativos y, sobre todo, para no incurrir en la apertura precipitada de un proceso administrativo sancionatorio. Es decir, la interpretación que le dio el a quo a la frase “*si fuere el caso*” es acorde a lo que pretende el artículo 47 del CPACA, y es precisamente que las averiguaciones preliminares dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio se lleven a cabo única y exclusivamente cuando no se tenga certeza de la existencia de la infracción y cuando no se sepa a ciencia cierta quién fue el que la cometió.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO - Inexistencia de obligación de adelantar averiguaciones preliminares ante evidentes conductas contrarias a la conservación del patrimonio arqueológico de la Nación.**

Así las cosas, es de advertir contrario a lo dicho por el recurrente, quela entidad demandada no estaba obligada a adelantar las averiguaciones preliminares de que trata el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011**,** en atención a que con el Informe de Comisión 0086 del 4 de marzo de 2015, suscrito por el Investigador del Grupo de Arqueología del ICANH, pudo evidenciar, que existían razones suficientes para formular cargos en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. Efectivamente como bien lo explicó el a quo, existían hechos palmarios con fuerte evidencia de la ocurrencia de una conducta contraria a la conservación del patrimonio arqueológico de la Nación, no se evidenciaba una causa de exoneración y para la época en la que se rindieron los respectivos informes, se tenía certeza del autor de dichas conductas, razones más que suficientes para acudir de plano a la formulación de cargos, los cuales quedaron contenidos en la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015. Y es que, como se mencionó en precedencia, para que una autoridad administrativa ejerza el poder sancionatorio no se antepone como requisito previo pasar por la vía de la indagación preliminar, pues si de la información recaudada, se puede establecer la identificación del posible autor y se genera un grado de certeza para dar inicio a la investigación, se formula el pliego de cargos respectivo. De otra parte, debe dejar claro la Sala que en las averiguaciones preliminares no se toman decisiones de fondo, la finalidad de esta etapa, como ya se dijo, es la de determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción e identificar a los presuntos responsables de esta, de manera que es a partir de la notificación del pliego de cargos que se puede contra argumentar lo endilgado, pedir y aportar pruebas, y establecer la estrategia de defensa que ha bien se tenga. En ese sentido, la inconformidad alegada por la empresa demandante carece de sustento fáctico y jurídico, toda vez que con la visita realizada los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015 por el Investigador del Grupo de Arqueología del ICANH, la cual se llevó a cabo con el fin de verificar la implementación del programa de arqueología preventiva en los campos de explotación de hidrocarburos Jazmín y Moriche y con el formato de peritaje de piezas arqueológicas o réplicas de fecha 15 de abril de 2015, en el cual se determinó que las piezas fueron encontradas en dicha visita, se tiene más que comprobado que existían elementos de juicio indiscutibles para formular cargos en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., descartando así la posibilidad de agotar etapa previa, por conductas que contrarían la conservación del patrimonio arqueológico de la Nación, en tanto que las piezas arqueológicas afectadas pertenecían al Patrimonio Arqueológico de la Nación las cuales evidentemente debían estar en custodia del ICANH.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO - Presupuestos que debe contener el pliego de cargos.**

El artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 establece que, en el acto administrativo de formulación de pliego de cargos, deben ser señalados con precisión y claridad: (i) los hechos que lo originan, (ii) las personas naturales o jurídicas objeto de investigación, (iii) las disposiciones presuntamente vulneradas y, (iv) las sanciones o medidas que serían procedentes. El Consejo de Estado ha venido sosteniendo frente al procedimiento administrativo sancionatorio, específicamente en lo que concierne al pliego de cargos, lo siguiente (…) El Consejo de Estado ha venido sosteniendo frente al procedimiento administrativo sancionatorio, específicamente en lo que concierne al pliego de cargos, lo siguiente: -Precisión y claridad de los hechos que son motivo de investigación y por los cuales se formula la imputación -Las personas naturales o jurídicas objeto de investigación - Las disposiciones presuntamente vulneradas - Las sanciones o medidas que serían procedentes - Las pruebas que se hayan practicado o se pretenden practicar. (…) Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe duda a la Sala que los presupuestos que echa de menos el recurrente en el acto por medio del cual se formuló cargos en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., se encuentran más que satisfechos, en tanto que en el mismo se señaló los cargos presuntamente vulnerados, los cuales se recuerdan, -dicha sociedad no puso en marcha un Programa Arqueológico Preventivo que permitiera formular un Plan de Manejo Arqueológico correspondiente, y además realizó obras de exploración y excavaciones no autorizadas-, y también las normas que han sido vulneradas el artículo 2.6.2.2 del Decreto 1080 de 2015 y el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008, además explicó las consecuencias jurídicas de su inobservancia. Además, debe tenerse en cuenta que la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015 por medio de la cual se formuló cargos en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., no solo cuenta con los requisitos que alude el recurrente sino con todos los presupuestos que para el mismo ha establecido el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI siguiendo el siguiente enlace:

<https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333012201700018011500123>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISIÓN No. 2**

Tunja, 25 de mayo de 2022

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Medio de control | : | **Nulidad y restablecimiento del derecho** |
| Demandante | : | **Mansarovar Energy Colombia LTD** |
| Demandado | : | **Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH** |
| Expediente | : | **150013333012-2017-00018-01** |

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 30 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual **negó las pretensiones de la demanda.**

###### **ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD mediante apoderado judicial instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

* **Resolución No. 114 del 23 de mayo de 2016**, “POR LA CUAL SE IMPONE SANCIÓN ADMINISTRATIVA”.
* **Resolución No. 186 del 3 de agosto de 2016,** “POR LA CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN”, que confirmó en todas sus partes la Resolución No. 114 del 23 de mayo de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho pidió que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH le restituya el pago de la multa impuesta equivalente a 200 SMLMV, la cual asciende a ciento treinta y siete millones ochocientos noventa mil ochocientos pesos M/cte ($137´890.800).

Que se condene al Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH a pagar las costas y agencias en derecho.

**2. Fundamentos fácticos**

Narra la demanda que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, expidió la Autorización de Intervención Arqueológica No. 1167 del 23 de abril de 2009, para el proyecto denominado “*Reconocimiento arqueológico para modificación de licencia ambiental Bloque Moriche (Puerto Boyacá, Boyacá)*”, a nombre de la arqueóloga Judith Hernández.

Cuenta que como resultado de la prospección arqueológica realizada como primera fase del Programa de Arqueología Preventiva que incluyó 30 áreas denominadas “prospectos”, se propuso dentro del Plan de Manejo Arqueológico realizar el rescate arqueológico de los sitios con alto potencial arqueológico que la antropóloga denominó “prospecto 9” y “prospecto 21”, así como de los sitios localizados en las fincas San Martín, El Castillo y La Vitrola. Dicho Plan de Manejo fue aprobado por el ICANH, previa evaluación del mismo, mediante radicado No. 1776 del 4 de agosto de 2009.

El Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH expidió la Autorización de Intervención Arqueológica No. 3029 del 30 de octubre de 2012, para el proyecto denominado *“Prospección arqueológica para el plan de manejo ambiental clúster CJ, ubicado en el departamento de Boyacá, municipio de Puerto Boyacá”* a nombre de la arqueóloga Janneth Panche Rodríguez en el campo de explotación de Hidrocarburos Moriche.

Como una de las acciones del Plan de Manejo, la arqueóloga propuso realizar el monitoreo durante las labores de remoción de tierra. Dicho Plan de Manejo fue aprobado por el ICANH, previa evaluación del mismo, aprobación que se comunicó mediante radicado No. 0572 del 8 de febrero de 2013.

Posteriormente el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH expidió la Autorización de Intervención Arqueológica No. 4034 del 21 de marzo de 2014, para el proyecto denominado “*Programa de arqueología preventiva. Fase Prospección de para (sic) las plataformas AB, G, H, 1, J, K, L, N, O, P, S, U, V de campo Moriche, Municipio de Puerto Boyacá, Boyacá*” a nombre del Arqueólogo Alexander Andrés Franco Enciso. Dentro del plan de manejo se propusieron realizar actividades de capacitación y divulgación. Dicho Plan de Manejo fue aprobado por el ICANH, previa evaluación del mismo, mediante radicado No. 0917 del 3 de marzo de 2015.

Mediante el radicado ICANH 130-0944, esta autoridad realizó una serie de solicitudes y apreciaciones respecto a los asuntos relacionados con los planes de manejo arqueológico de Campo Moriche, cuyas consideraciones fueron respondidas y aclaradas por la empresa mediante el oficio radiado el 10 de abril de 2015 con número 000576 en el ICANH.

A través de la Resolución No. 153 de 2015, el **ICANH** decidió iniciar una actuación administrativa sancionatoria, que parte de unos hechos y supuestos relacionados con los planes de manejo arqueológico de Campo Moriche, informando que la empresa cuenta con 15 días para presentar descargos, lo cual es entendido por la empresa como el acto administrativo por medio del cual se imputan cargos a la misma, a pesar que no existe claridad respecto a cuáles son estos cargos, violando así de manera flagrante lo dispuesto por la Ley 1437 de 2011 por no respetar cada una de las etapas preceptuadas para el proceso administrativo sancionatorio.

Señala que el día 6 de agosto de 2015 la empresa, dentro del término legal, radicó los respectivos descargos para la Resolución 153 de 2015 de lo que consideró era el fundamento legal a partir del cual se desarrollaría la actuación administrativa sancionatoria, a pesar de la falta de claridad y técnica jurídica.

Precisa que mediante Resolución No. 199 del 9 de septiembre de 2015, se decretaron pruebas dentro del trámite sancionatorio administrativo; y a través de la Resolución No. 219 del 28 de septiembre de 2015, la entidad fijó como fecha y hora para la práctica de inspección ocular los días 18, 19, 20 y 21 de octubre del mismo año, diligencia que se llevo a cabo y de la que se suscribió la respectiva acta.

De manera injustificada la entidad profirió la Resolución No. 275 del 30 de noviembre de 2015 por la cual decidió revocar la Resolución No. 219 del 28 de septiembre de 2015 y su respectiva acta, aduciendo que en la diligencia de inspección ocular se verificaron solo ocho (8) puntos y debieron verificarse treinta (30) prospectos incluidos en la Autorización de Intervención Arqueológica No. 1167, los predios San Martín, La Vitrola y El Castillo, el clóster CJ y su vía de acceso, el chaster Moriche Norte 18 y el cluster AB, cuando en realidad no era ese el objeto de la inspección, acto administrativo contra el cual se presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 301 del 28 de diciembre de 2015.

Indica que mediante memorando interno No. 139 del 11 de marzo de 2016 se incorporó al expediente el informe de comisión No. 0040 de 2016, y que a través del memorando interno No. 140 del mismo mes y año, se incorporó un peritaje realizado a los elementos arqueológicos recolectados en el desarrollo de la comisión 0040 y 0042, los cuales fueron decretados como pruebas en el respectivo acto administrativo.

Establece que mediante Resolución No. 186 del 3 de agosto de 2016 se declaró cerrada la etapa probatoria dentro del proceso sancionatorio iniciado en contra de la empresa; que el 23 de septiembre de 2016 se radicaron los respectivos alegatos de conclusión, y a través de la Resolución No. 114 del 23 de mayo de 2016 se resolvió lo siguiente: *“****SEGUNDO.*** *Como consecuencia de lo anterior, se sanciona a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, identificada en el numeral anterior, con la multa de DOSCIENTOS (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016”,* decisión contra la que se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 186 del 3 de agosto de 2016, en el sentido de confirmarla en todos sus apartes.

**3. Causales de nulidad y concepto de violación**

Sostiene la demanda que durante el proceso sancionatorio iniciado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH se incurrió en flagrantes violaciones al principio de legalidad y el debido proceso de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.

**Adujo como causal de nulidad la infracción de las normas en que debería fundarse.** Señala la demanda que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH vulneró el procedimiento administrativo sancionatorio contenido en la Ley 1437 de 2011 por lo siguiente: de una parte, omitió la práctica de alguna de las etapas previstas legalmente, lo que repercute en una clara violación al debido proceso y el derecho de defensa y contradicción, y de otra, procedió en contravía de los principios de legalidad y tipicidad que rigen este tipo de procedimientos sancionatorios administrativos.

Que dicha causal de nulidad se describe a partir de la violación al debido proceso y la violación al principio de legalidad, que fue lo que finalmente determinó los vicios en los actos administrativos demandados, lo cual amerita la declaratoria de nulidad de los mismos, y el consecuente restablecimiento del derecho.

**II. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

La demanda fue presentada el 13 de febrero de 2017 ante la Oficina de Apoyo Judicial correspondiéndole por reparto al Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (f. 67); despacho que en auto del 30 de marzo siguiente la admitió. Allí se ordenó notificar por estado electrónico a la demandante conforme lo prevén los artículos 171 y 201 del CPACA y de manera personal al Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH, según lo señalan los artículos 171 y 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP, al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P.

El Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH dio **contestación a la demanda** se opuso a las pretensiones de la misma, con fundamento en lo siguiente:

En que los actos administrativos en especial la Resolución No. 114 del 23 de mayo de 2013, en el marco del proceso sancionatorio en contra de la empresa MANSAROVAR ENERGY LTD., fueron emitidos en el ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, garantizando el principio de legalidad, debido proceso y contradicción a la sociedad sancionada.

En cuanto a la sanción pecuniaria impuesta a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., mediante Resolución No. 114 del 23 de mayo de 2017, se dio de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011; que al tenor de lo estipulado en dicha ley es importante mencionar que el Patrimonio Arqueológico cuenta con un régimen especial de protección, establecido en la Ley General de Cultura, Ley 397 de 1997, modificada por la Ley 1185 de 2008 así como los Decretos Reglamentarios 833 de 2002 y 763 de 2009, compilados en el Decreto Único del Sector Cultura, Decreto 1080 de 2015.

Indica que las etapas del procedimiento administrativo sancionatorio están claramente establecidas, en el artículo 47 del CPACA; que las indagaciones preliminares son una actuación facultativa de comprobación, desplegada por el operador, cuya finalidad es determinar el grado de probabilidad o de la existencia de una falta, identificar a los presuntos responsables o recabar elementos de juicio que permitan efectuar una estimación clara, precisa y circunstanciada; que dicha actuación permite determinar si existe mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio eficaz.

Añade que una vez analizado el informe técnico mediante el cual el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH tuvo conocimiento de la ocurrencia de la posible falta, que se obtuvo en cumplimiento de sus facultades de seguimiento, se encontraron de forma clara los hechos y posibles responsables; que la demandante tuvo conocimiento cierto, desde la fecha de la visita, realizada los días 10,11,12 y 13 de febrero de 2015, en la cual participaron delegados de la empresa, de las irregularidades cometidas, ratificadas en la comunicación del 5 de marzo de 2015.

Sostiene que la empresa MANSAROVAR, ante los juicios de reproche por haber omitido unas acciones a las cuales estaba obligado, no desvirtuó lo señalado por el ICANH, a pesar del tiempo transcurrido entre estas actuaciones y la fecha de pliego de cargos, es decir el 9 de julio de 2015.

Considera el demandado que no se conculcó el debido proceso, pues su ejercicio y plena garantía, implica la ejecución del derecho de representación, defensa y contradicción, que se ejerce en todos los momentos procesales.

Precisa que dentro de la actuación administrativa que formuló cargos y por medio de la cual se dio inicio al proceso sancionatorio administrativo, se señalaron los aspectos requeridos en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, es decir, la mención de la persona natural o jurídica objeto de investigación, para este caso **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA**, las disposiciones enmarcadas en el considerando del acto, tanto el deber constitucional y legal de protección respecto al patrimonio arqueológico, incluyendo el artículo 7 de la Ley 1185 de 2008 compilado hoy por el artículo 2.6.2.2 del Decreto 1080 de 2015; las sanciones o medidas procedentes, previstas en el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008, y finalmente, los hechos por los que se inició la actuación, siendo estos, la omisión de la ejecución del Plan de Manejo Arqueológico propuesto como resultado de las prospecciones arqueológicas autorizadas por el ICANH, generando así la afectación del patrimonio por no ejecutar el programa de arqueología preventiva en debida forma, causando así la pérdida de formación arqueológica.

Alude que se cumplió con el contenido y requisitos de la formulación de cargos; que las actuaciones del ICANH en materia sancionatoria se encuentran tipificadas en la Ley General de Cultura y sus Decretos Reglamentarios, por ende, no se ha extralimitado esta entidad en el ejercicio de la facultad sancionatoria que le asiste.

Añade que el inicio de la presente actuación administrativa se adelantó atendiendo los principios de legalidad y tipicidad, en tanto que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia actuó de acuerdo a las facultades legales que le otorgara en materia de salvaguardia del Patrimonio Arqueológico de la Nación, el artículo 7 de la Ley 1185 de 2008, que modificó el artículo 11 de la Ley 397 de 1997 (Ley General de Cultura), así como también los Decretos Reglamentarios 833 de 2002 y 763 de 2009, compilados por el Decreto 1080 de 2015, y en materia sancionatoria, el artículo 10 de la citada Ley General de Cultura.

Precisa que la sanción se impone por incurrir en la afectación del patrimonio arqueológico de la nación, lo que constituye una falta administrativa, tipificada entre las intervenciones, excavaciones o exploraciones de bienes arqueológicos sin autorización, es decir que la empresa MANSAROVAR al realizar la implementación de la plataforma moriche Norte 18 y las ampliaciones de clúster CJ y su vía de acceso, realizó remociones de tierra que contribuyeron a la intervención o excavación de materiales arqueológicos, situación comprobada por la existencia en el suelo de estos y por el resultado de las prospecciones que arrojo la verificación de existencia de material y su alto potencial.

Concluye diciendo que la empresa MANSAROVAR al no solicitar la autorización de intervención que ejecutara el plan de manejo arqueológico, incurrió en falta contra el patrimonio, realizando actividades no autorizadas y omitiendo el plan de manejo.

**III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja mediante sentencia del 30 de mayo de 2019, **negó las pretensiones de la demanda**, con fundamento en lo siguiente:

El problema jurídico planteado por el a quo se contrajo a determinar si la entidad demandada vulneró los principios de tipicidad y legalidad al sancionar pecuniariamente a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., por no solicitar la autorización de intervención que ejecutara el plan de manejo arqueológico; sanción contenida en la Resolución No. 114 del 23 de mayo de 2016. Asimismo, establecer si la empresa demandada vulneró el principio de proporcionalidad a partir de la ponderación de los factores concurrentes y necesarios para graduar la sanción, en orden a adecuarla a los hechos que la originaron.

Aludió el juez de primera instancia que el inconformismo de la parte demandante se centra en cuatro aspectos: a) omisión de la investigación preliminar; b) el pliego de cargos no cumple con los requisitos del artículo 47 del CPACA; c) vicios en cuanto a la práctica y decreto de pruebas; y d) atipicidad de la conducta.

En primera medida indicó que, en materia del patrimonio cultural de la Nación, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, es la entidad encargada de declarar áreas protegidas en las que existan bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación y aprobar el respectivo Plan de Manejo Arqueológico, así como vigilar y sancionar las faltas administrativas que tengan ocurrencia sobre bienes del Patrimonio Cultural.

Previó que en atención a que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia no cuenta con norma especial que regule el tema sancionatorio, es evidente que se debe aplicar el procedimiento establecido en los artículos 47, 48 y 49 en tanto que su aplicación es de naturaleza residual, además porque los hechos tuvieron ocurrencia en el año 2015.

Recordó que el procedimiento administrativo sancionatorio tiene prevista de manera facultativa, una etapa preliminar o indagación preliminar, la cual es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación y solo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la falta.

Precisó que la inconformidad alegada por la parte demandante carece de sustento fáctico y jurídico toda vez que, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia una vez recibió el informe como consecuencia de la visita realizada los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015 por el antropólogo Juan Manuel Díaz Ortiz, investigador grupo de arqueología del ICANH, la cual se llevó a cabo con el fin de verificar la implementación del programa de arqueología preventiva en los campos de explotación de hidrocarburos Jazmín y Moriche operadas por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA, y del formato de peritaje de piezas arqueológicas réplicas de fecha 15 de abril de 2015, en donde se determinó que las piezas encontradas en dicha visita, pertenecen al Patrimonio Arqueológico de la Nación, las cuales debían estar en custodia del ICANH, descartó la posibilidad de agotar etapa previa, pues consideró que debía adelantarse una investigación al parecer por la ocurrencia de hechos contrarios a la conservación del patrimonio arqueológico de la Nación, motivo suficiente para acudir a la formulación de cargos.

Frente al argumento de la parte demandante respecto de que la entidad demandada vulneró su debido proceso porque en el pliego de cargos “no se señaló con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes”, dijo el juez de primera instancia que no prosperaba en la medida que el acto administrativo contenido en la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015 es claro y preciso en indicar que MANSAROVER incurrió en algunas actuaciones (las cuales describió), y que se convirtieron en infracciones a los planes de manejo arqueológico propuesto y aprobado a favor de dicha empresa; además citó normas generales sobre patrimonio arqueológico en las cuales se vinculan disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias. En torno a las disposiciones posiblemente vulneradas por la demandante señaló el artículo 2.6.2.2 del Decreto 1080 de 2015 y el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008, por no solicitar las correspondientes autorizaciones de monitoreo y rescate iniciando obras sin contar con licencias que eran obligatorias conforme al plan metodológico aprobado por el ICANH.

Dijo además el a quo que la Resolución No. 153 de 2015 estipuló claramente las sanciones o medidas que serían procedentes en el evento de demostrar que efectivamente la empresa investigada hubiera incurrido en dichas infracciones; que en el mismo acto administrativo señaló de manera individual las disposiciones vulneradas por la empresa demandante, de igual manera explicó las consecuencias jurídicas de su inobservancia, Así las cosas, concluyó que se cumplió con el presupuesto exigido en la norma general dentro del pliego de cargos.

De cara a las pruebas precisó el juez de primera instancia que las mismas se encuentran dentro del expediente, hizo referencia al informe de comisión número 0086, rendido con ocasión de la visita realizada los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015 por el antropólogo Juan Manuel Díaz Ortiz – Investigador Grupo de Arqueología del ICANH, con el fin de verificar la implementación del programa de arqueología preventiva en los campos de explotación de hidrocarburos Jazmín y Moriche operados por Mansarovar Energy Colombia, información que fue corroborada por el peritaje de piezas arqueológicas o réplicas de fecha 15 de abril de 2015, en donde se determinó que las piezas encontradas en dicha visita, perteneces al Patrimonio Arqueológico de la Nación y deben estar en custodia del ICANH.

Indicó asimismo que la Resolución No. 153 de 2015, tomó como referencia todas y cada una de las autorizaciones de intervención arqueológica expedidas por el ICANH a favor de la empresa demandante para el proyecto denominado “Reconocimiento arqueológico para modificación de licencia ambiental Bloque Moriche (Puerto Boyacá)”, las que posteriormente sirvieron para evidenciar las irregularidades en las que incurrió Mansarovar Energy, las cuales originaron la sanción pecuniaria.

Concluyó el a quo que el pliego de cargos contenido en la Resolución No. 153 de 2015 establece los elementos materiales y jurídicos que ordena el artículo 47 del CPACA, por lo que no se observa ninguna falencia de orden material, estructural y jurídico que lo invalide; además refirió que el ICANH dentro del proceso sancionatorio adelantado en contra de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, donde se declaró que incurrió en falta contra el patrimonio cultural de la Nación, durante la ejecución de obras en el clúster CJ, su vía de acceso y en la plataforma Moriche Norte 18, respetó las exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben aplicarse al adelantar todo proceso administrativo.

Que se evidenció la garantía al principio de legalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a hacer escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en ese procedimiento, respetando así el derecho al debido proceso constitucional

Previó por último el juez de primera instancia que la adecuación típica de la conducta, consiste en verificar si los supuestos fácticos que se investigan encajan en las definiciones y prescripciones establecidas en la ley como faltas; aludió que la tipicidad es un requisito de legalidad de toda sanción, toda vez que de las mismas depende, la materialización del derecho de defensa y el debido proceso, ya que a partir de esta, el investigado tiene conocimiento pleno acerca de las razones del porque su comportamiento violó la ley.

Sostuvo que una vez realizado el proceso de razonamiento lógico jurídico entre el texto de la decisión sancionadora, se concluye que la conducta atribuida a la empresa demandante es típica, porque quedó debidamente demostrado que con su actuar omisiva e imprudente, ocasionó daños a un bien jurídicamente tutelado de carácter general y colectivo, por tratarse de bienes de interés cultural BIC, la que indefectiblemente genera, la imposición de la sanción cuestionada, tal como lo establece el artículo 3 de la Ley 1185 de 2008.

Manifestó que la pretensión de la empresa demandante con ocasión de su alegación de violación al principio de legalidad por atipicidad, fue desvirtuada.

Precisó ese despacho que la entidad demandada no vulneró el debido proceso, y los principios de tipicidad y legalidad al sancionar pecuniariamente a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., por incurrir en serias y graves acciones y/o omisiones que atentaran contra el patrimonio histórico cultural de la región, por adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos.

**IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La sociedad demandante MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., presentó recurso de apelación contra el fallo de 30 de mayo de 2019 proferido por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación se exponen:

El recurrente pide en primer lugar se revoque el fallo de primera instancia por encontrarse demostrado de manera amplia y suficiente la violación en que incurrió el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, respecto de la normativa en materia sancionatoria de carácter administrativo.

*-De la procedencia o no de la indagación preliminar:* Adujo que la sentencia del 16 de noviembre de 2017 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, a la cual hizo alusión el juez de primera instancia para indicar que la etapa preliminar o indagación preliminar es de carácter eventual cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia o la falta, se refiere a lo establecido en la Ley 734 de 2002, procedimiento especial para las faltas disciplinarias y no al procedimiento sancionatorio general establecido en la Ley 1437 de 2011, de ahí que no es viable su aplicación en el sub examine.

Alude que el yerro por parte del a quo es mayor cuando concluye que la indagación preliminar es facultativa, luego de citar el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011; aclara que el procedimiento sancionatorio general reglado en la primera parte del CPACA es totalmente diferente a aquellos contemplados en otras leyes y en el Código Disciplinario Único, razón por la cual no es posible realizar un símil o comparación de los mismos, cuando se encuentran regulados por apartados normativos diferentes.

De otra parte, hace ver que el despacho de primera instancia realizó una indebida interpretación del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011; que de acuerdo a su interpretación las palabras “si fuere del caso” debe ser leído de cara a las averiguaciones preliminares, sin embargo la misma es aplicable a la formulación de cargos; que lo anterior en razón a que no tiene sentido que se realice una formulación de cargos si durante la etapa de indagación preliminar se concluyó que no existe mérito para dar continuidad a la actuación sancionatoria.

Alude que la etapa de indagación preliminar dentro del procedimiento sancionatorio contenido en la Ley 1437 de 2011 es aquella que permite establecer si se formularán o no cargos, razón por la cual no puede considerarse como “descartable”, el hecho de que no se realice conlleva a una clara violación al debido proceso y al principio de legalidad.

*-De la falta de cumplimiento del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011:* Precisa el recurrente con base en la Sentencia C-030 de 2012 de la Corte Constitucional, que es necesario que en el marco de un proceso sancionatorio exista una correlación directa entre el tipo de conducta que se considere infractora y las sanciones correspondientes, pues, aunque no se trata de un caso propio del derecho penal, si es parte de la función sancionadora del Estado, la cual debe observar el principio de legalidad y el debido proceso en todo momento.

Añade que de la lectura del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, es claro que uno de los requisitos del acto administrativo por el cual se formulan cargos, es indicar las disposiciones presuntamente vulneradas con el fin de configurar el cargo que se estaría imputando; que en la Resolución 153 del 9 de julio de 2015, no se indica en primer lugar el cargo presuntamente formulado, ni las normas que has sido vulneradas con la actuación desplegada por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., viciando así toda la actuación administrativa sancionatoria.

*-Del indebido recaudo y valoración probatoria:* Refuta lo dicho por el a quo, en el sentido de que haya indicado que dentro del presente proceso se llevo a cabo una inspección ocular, la cual a su vez tuvo alcance de informe técnico y dictamen pericial sin que se haya respetado el decreto de pruebas o la ritualidad para cada una; que de igual forma manifestó el juez de primera instancia que la actuación administrativa se desarrolla bajo presupuestos más “flexibles”; que con ello se pretende desconocer la ritualidad bajo la cual se debe adelantar cada uno de los medios probatorios, y que en caso de querer practicarse más de un medio probatorio deberá así indicarse en su momento, toda vez que en caso contrario se estaría traspasando la flexibilidad dentro del proceso sancionatorio administrativo.

Precisa el recurrente que la flexibilidad a la que alude el juez a quo no se predica respecto de la etapa probatoria; que existe una flexibilidad del principio de tipicidad, no se puede hablar que la misma sea de todo el proceso sancionatorio, puntualmente, del recaudo y ritualidades de cada una de las pruebas, estas deberán respetarse en razón a que son pieza fundamental para aclarar cualquier situación dentro de la actuación administrativa; que desconocer esto constituye una clara violación al debido proceso y derecho de defensa de los administrados, pues pretender dar una flexibilidad a la totalidad del proceso sancionatorio contraria lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Que debe tenerse en cuenta si el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por violar el derecho de defensa, al decretar una inspección ocular, luego transformarla y darle valor de informe técnico – dictamen pericial, sin seguir las ritualidades propias de uno u otro, lo anterior en razón a una presunta flexibilidad que ni la jurisprudencia, ni la misma ley ha brindado al procedimiento administrativo sancionatorio.

*-De la falta de motivación de la multa:* Precisa el recurrente que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH a lo largo de los actos administrativos objeto de censura, no indicó la forma en que se llegaba al monto de los doscientos (200) smlmv, incurriendo no solo en una violación al debido proceso sino a una flagrante falta de motivación dentro del mismo acto administrativo.

Alude que, al momento de proferirse una decisión por parte de la administración, la misma deberá estar motivada con el fin de garantizar el derecho al debido proceso de los administrados; que, en el presente caso, la parte demandada no realizó la debida motivación al momento de imponer la sanción, simplemente se limitó a indicar su monto, sin establecer la metodología, forma o medio para llegar a la misma.

Sostiene que dicho actuar, es una clara violación al debido proceso, en razón a la falta de motivación por parte de la autoridad.

Indica por último el recurrente, que solo procede condena en costas cuando las mismas estén debidamente causadas dentro del expediente, situación que en el presente caso no demuestra o siquiera indica el juez a quo; que solamente se condena en costas sin hacer un análisis para proceder a imponerlas.

**V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Impugnado oportunamente el fallo de primera instancia, el a-quo concedió para ante este Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de mayo de 2019, de conformidad con lo previsto en los artículos 243 y 247 del CPACA.

El Despacho No. 2 de esta Corporación, por auto del 25 de julio de 2019, admitió el recurso de apelación interpuesto (ff. 690 y 691 vto.). Posteriormente, en proveído del 29 de agosto siguiente, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenándose a las partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto (ff. 697 y 697 vto.

**La parte actora** insistió parcialmente en los argumentos de su recurso de apelación (ff. 700 a 710)

El **Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH** guardó silencio.

Y el **Ministerio Público** no rindió concepto.

**VI. CONSIDERACIONES**

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la **parte demandante** contra la sentencia de primera instancia proferida el 30 de mayo de 2019 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que **negó las pretensiones de la demanda.**

1. **De la competencia**

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

*“(…)* ***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 la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*

***El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.***

*En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (…)” Resaltado fuera de texto*

De ese modo, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, tal como lo sostuvo la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017, al señalar:

*“(…) De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, 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.».* ***En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.*** *Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007[[1]](#footnote-1):*

*“Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que, en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto,* ***la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.*** *En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente”.*

***Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política.*** *Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:*

*“En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar* ***sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia****. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la “reformatio in pejus”, según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia”[[2]](#footnote-2)*

*“En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la “prohibición” de la reformatio in pejus”[[3]](#footnote-3) (…)”[[4]](#footnote-4)*

Así pues, la competencia del superior se rige por el **principio de congruencia**, en virtud del cual, el juez de segunda instancia debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción. Tal conclusión, encuentra asidero en el principio de non reformatio in pejus**,** que protege la situación del apelante único, para que no se haga más gravosa su situación.

1. **Del tema de la apelación**

El debate en esta instancia se centra en determinar si el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH vulneró el **debido proceso** de la Sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., dentro del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en su contra, en atención a que como lo indicó la parte recurrente, dentro del mismo se omitió realizar la indagación preliminar, no se dio cumplimiento al artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que no se indicó el cargo presuntamente formulado, ni las normas vulneradas con la actuación desplegada, además se presentó un indebido recaudo y valoración probatoria, y no se expusieron las razones del porque el monto de la sanción que se le impuso.

Para resolver el problema jurídico, el despacho seguirá la siguiente metodología: (i) del poder sancionador del Estado; (ii) de la potestad sancionatoria en el campo disciplinario; (iii) de la potestad sancionatoria administrativa; (iv) del procedimiento administrativo sancionatorio; (v) de los principios que rigen la actividad sancionatoria; y vi) del análisis del caso concreto.

1. **Del poder sancionador del Estado**

El “ius puniendi”, es la expresión latina referida de manera general a la facultad de sancionar o castigar que ostenta el Estado. En nuestro país la construcción de este concepto se ha elaborado a través de la doctrina y la jurisprudencia que agruparon bajo esta noción la potestad penal de los jueces y la potestad sancionadora de la administración. Sin embargo, la elaboración conceptual no ha sido fácil debido a que en esta atribución se dan cita múltiples competencias en las que se cumplen diferentes finalidades de interés general[[5]](#footnote-5). La Corte Constitucional puso en evidencia dicha situación así:

***“****4. Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador.*

*El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal.*

*(…)”[[6]](#footnote-6)*

Y sobre la finalidad de la potestad sancionadora de la administración puntualizó la Corte:

*“En la actualidad, es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas[[7]](#footnote-7).*

*En consecuencia, a juicio de esta Corporación, la potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1°, 2°, 4° y 16).(…)”[[8]](#footnote-8)*

1. **De la potestad sancionatoria en el campo disciplinario**

Tradicionalmente en el ámbito interno de la administración pública la potestad sancionatoria opera haciendo uso de la potestad disciplinaria a través de la cual se imponen sanciones disciplinarias.

El Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre esta atribución precisando que constituye uno de los pilares que soportan la institucionalidad estatal y garantiza la adecuada y eficaz marcha de la gestión pública. Sobre su naturaleza, finalidades y características señaló:

*“En la organización Estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la función pública; de manera pues, que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte del servidor público, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con sujeción a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, que caracterizan la actuación administrativa y propenden por el desarrollo íntegro de la función pública con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y el reglamento.*

*De suerte que el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; con lo que la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas.*

*Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la necesidad del castigo de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten.*

*Así pues, la finalidad de la ley disciplinaria es la prevención y buena marcha de la gestión pública al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro.”[[9]](#footnote-9)*

Los servidores públicos y los particulares cuando ejercen funciones públicas están sujetos a una serie de responsabilidades que emanan de su especial sujeción con el Estado y del ejercicio de las facultades que les han sido otorgados.[[10]](#footnote-10). Es así como los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la ley, pero para los servidores públicos, esta regla se invierte, y aquello que no les está expresamente atribuido les está prohibido[[11]](#footnote-11). Es por esto que los servidores públicos deben actuar siempre en el marco de sus competencias, ya que el incumplimiento de sus deberes funcionales o la extralimitación de sus funciones les puede acarrear consecuencias de tipo fiscal (Ley 610 de 2000[[12]](#footnote-12)), penal (Ley 599 de 2000- delitos contra la administración pública[[13]](#footnote-13)), disciplinarias (Ley 734 de 2002) y patrimoniales (artículo 90 de la Constitución Política, Ley 678 de 2001- acción de repetición[[14]](#footnote-14)).

Sin embargo, el legislador se reservó la potestad de expedir las leyes regulatorias de la responsabilidad del servidor público, de esta forma le corresponde solo a este dictar las normas sustantivas de dicho régimen, así como las normas procedimentales correspondientes y la manera de hacerlas efectivas[[15]](#footnote-15).

En el caso de la responsabilidad disciplinaria es el Código Disciplinario Único, ley 734 de 2002, el Estatuto que contiene el conjunto de normas sustanciales y procesales que regulan la materia, que tiene por destinatarios los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares que transitoriamente ejercen funciones públicas[[16]](#footnote-16).

Esta ley deja en el Estado la titularidad de la potestad disciplinaria[[17]](#footnote-17) y establece el control disciplinario en dos niveles: uno interno, radicado en las oficinas de control interno disciplinario, que por regla general y expreso mandato legal deben existir en todas las entidades del Estado con garantía de la segunda instancia, y uno externo, en cabeza del Ministerio Público, en ejercicio de la cláusula general de competencia, y del poder preferente, que opera de manera excepcional[[18]](#footnote-18).

En síntesis, dicha potestad disciplinaria es una modalidad de la potestad sancionadora de la administración dirigida exclusivamente a los servidores públicos como consecuencia directa del poder de mando y de vigilancia que le corresponde a la administración en su carácter de organización jerarquizada.

1. **De la potestad sancionatoria administrativa**

La administración no se limita a ejercer la potestad sancionatoria en el ámbito interno, sino que, bajo la justificación de la protección del orden social general la ejercita sobre todos los asociados sin que sea preciso que exista para su ejercicio una relación de sujeción especial. El fundamento de la potestad sancionatoria administrativaestá en*“el deber de obediencia al ordenamiento jurídico”* que la Constitución Política en sus artículos 4 inciso segundo[[19]](#footnote-19), y 95[[20]](#footnote-20) impone a todos los ciudadanos.

Esta potestad de la administración tuvo un efecto apreciable en los últimos tiempos en razón a que el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades como las de planeación, vigilancia, inspección y control de distintos sectores económicos, intervención de la economía, redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la prestación efectiva de los servicios públicos, la protección del medio ambiente, entre otras; incremento de competencias que a su vez generó un correlativo aumento en sus poderes sancionatorios.

Además de que la potestad sancionatoria de la administración es un elemento indispensable dentro del Estado Social de Derecho para la realización de los fines estatales, la titularidad de dicha potestad no solo es de la administración, sino también de los particulares que ejercen funciones administrativas, y, por tanto, actúan como autoridades. Al respecto la Corte Constitucional manifestó:

*“Por su parte, la potestad sancionatoria administrativa encuentra su razón de ser en la necesidad de asegurar la realización de los fines de la Administración Pública, que se concretan en la satisfacción del interés público, por lo que dicha facultad no está referida de manera exclusiva a las autoridades públicas, entendidas éstas desde el punto de vista orgánico, sino que también puede ser otorgada por la ley a particulares que ejercen funciones administrativas, quienes, tal y como se señaló con anterioridad, para efectos de la realización de dichas tareas actúan como verdaderas autoridades.*

*Así lo ha reconocido en distintas oportunidades esta Corporación. Por ejemplo, en relación con el ejercicio de la profesión de odontología, la Ley 35 de 1989 dispuso en su cuyo (sic) artículo 59 la creación del Tribunal de Ética Odontológica y de los Tribunales Seccionales, órganos encargados de examinar y sancionar la conducta de los profesionales de la odontología; los miembros de estos Tribunales son particulares que, con fundamento en los artículos 209 y 210 de la Constitución Nacional, ejercen una función pública por expresa disposición legal. En este escenario y al determinar cuál (sic) era la naturaleza de las sanciones que ellos imponían, esta Corporación sostuvo que “las actuaciones realizadas por los Tribunales de Ética Odontológica se pueden asimilar a actuaciones de orden administrativo y que las sanciones que ellos imponen se pueden inscribir dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador.”[[21]](#footnote-21)*

*Esa situación también se presenta en materia de seguridad social en salud; así, el legislador les otorgó a las empresas prestadoras de estos servicios, independientemente de su condición de oficiales o privadas, la facultad de imponer determinadas sanciones cuando quiera que los usuarios incumplan con sus obligaciones y deberes para con el sistema. De esta manera, “Las facultades correctivas adoptadas por parte de las E.P.S. han sido avaladas en reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, para sancionar (...).[[22]](#footnote-22)”[[23]](#footnote-23)*

Ante tan amplias facultades y misiones de la administración, en el ámbito de la potestad sancionatoria administrativa se originó un complejo funcionamiento práctico, que se verifica al repasar los distintos regímenes vigentes sobre la materia, los cuales pertenecen a distintos sectores de la administración, e involucran diversas autoridades con facultad sancionatoria. A manera de ejemplo tenemos las regulaciones ambientales (ley 1333 de 2009), las urbanísticas (ley 388 de 1997), las tributarias (decreto 624 de 1989), las cambiarias (decreto 2245 de 2011), las bursátiles (ley 964 de 2005), las del sistema financiero (ley 795 de 2003), en materia deportiva (decreto ley 1228 de 1995), relativas a la protección de datos personales (ley 1581 del 2012), sobre la protección del consumidor (ley 1480 de 2011), entre muchas otras.

Sin embargo, en este tipo de legislación sancionatoria sectorial no existe un ordenamiento que englobe los elementos propios de ese particular derecho, por lo cual en la práctica concurren tantos regímenes sancionatorios sustanciales, como sectores específicos que contienen sanciones especiales aplicables a los agentes económicos de dichos sectores y en general para todos los ciudadanos. Es más, hasta antes de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, podía afirmarse lo mismo frente al procedimiento administrativo sancionatorio, panorama que por fortuna cambió como se verá a continuación.

1. **Del procedimiento administrativo sancionatorio**

Hasta antes de la Ley 1437 de 2011 el procedimiento aplicable para cada régimen sancionatorio administrativo se encontraba disgregado en una multiplicidad de procedimientos especiales. A esta situación se sumaba el hecho de que en algunos regímenes se dejaron vacíos en el procedimiento establecido y en otros casos, ni siquiera se contempló qué procedimiento se debía aplicar.

Con acierto, el legislador al expedir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reguló y organizó por primera vez un procedimiento administrativo sancionatorio en seis artículos que conforman el Capítulo III los cuales sirven de eje básico para el ejercicio de la facultad sancionatoria administrativa.

Al respecto consagró el artículo 47 del nuevo código lo siguiente:

*“CAPÍTULO III*

*Procedimiento administrativo sancionatorio*

***ARTÍCULO 47.****Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.*

*Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado.*

*Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.*

*Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.*

***PARÁGRAFO.****Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia”.*

Del artículo transcrito se puede inferir que las principales notas que caracterizan este procedimiento administrativo sancionatorio general son:

1. No se derogan las leyes especiales preexistentes, de forma que las regulaciones especiales continúan rigiendo.

2. Excluye de su ámbito de aplicación el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, y las reglas sancionatorias en materia contractual.

3. Señala el carácter subsidiario del procedimiento ante la ausencia de ley especial que regule la materia.

4. Le da carácter supletorio a este procedimiento frente a los vacíos de los procedimientos especiales.

5. Establece las reglas del procedimiento administrativo sancionatorio, la forma de iniciación de la actuación (de oficio o por solicitud de parte) y las etapas en las que se divide el trámite administrativo (instrucción y juzgamiento).

6. Señala las formalidades de la expedición y notificación del acto administrativo que constituye el pliego de cargos.

7. Hacen parte del pliego de cargos: los hechos que originan la actuación; las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, es decir los sujetos a los que se les imputan los hechos o las conductas no necesariamente son personas físicas; también deben incluirse las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes, es decir, unas y otras deben estar establecidas en leyes preexistentes.

8. Contra el pliego de cargos no contempló la posibilidad de recurso alguno.

9. Luego de notificado el pliego de cargos se abre la posibilidad de la defensa del investigado quien puede hacer usos de su derecho de contradicción y por tanto cuestionar las pruebas de la administración, así como los elementos fácticos y jurídicos del pliego de cargos.

10. Establece la garantía para el investigado de que al solicitar y aportar nuevas pruebas la administración solo podrá rechazarlas de manera motivada.

El artículo 48 de la ley 1437 de 2011 regula dos etapas del proceso sancionador: el periodo probatorio y el traslado al investigado para que presente sus alegatos[[24]](#footnote-24).

Una vez concluyan los trámites de procedimiento descritos en los artículos 47 y 48 antes citados, la autoridad que adelanta la actuación debe adoptar la decisión definitiva[[25]](#footnote-25) que puede ser de exoneración de responsabilidad, caso en el cual se archivará el expediente[[26]](#footnote-26), o se expedirá la decisión sancionatoria. Para uno y otra situación el plazo de la administración es de 30 días siguientes a la presentación de los alegatos. Ahora bien, por tratarse de un acto administrativo definitivo contra este proceden los recursos de que trata el artículo 76[[27]](#footnote-27) de este mismo código.

En este punto también es importante resaltar que para adoptar la decisión definitiva la administración deberá mantener las mismas garantías formales establecidas para el pliego de cargos acto con el cual deberá guardar coherencia como una manifestación del acatamiento de la administración al principio de congruencia y del respeto del debido proceso.

El nuevo código también contempla una serie de criterios que debe tener en cuenta la administración al definir la gravedad de la falta y el rigor de la sanción que deba imponer, el listado incluye supuestos que agravan o atenúan la conducta, según sea el caso[[28]](#footnote-28).

Introduce la Ley 1437 de 2011 un poder adicional para la autoridad que adelanta el procedimiento administrativo sancionatorio que le da la posibilidad de adelantar un trámite incidental descrito en el artículo 51[[29]](#footnote-29) frente al frente a los “particulares “ renuentes a suministrar información en el curso de las investigaciones o que oculten, impidan o no autoricen el acceso a los archivos a los funcionarios competentes, o remitan la información con errores significativos o en forma incompleta, conductas que atentan contra el principio de la buena fe que debe regir las relaciones entre los administrados y la administración (artículo 3 numeral 9 *ibídem*) y que por tanto serán sancionadas con multa hasta de cien salarios mínimos mensuales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos.

Para finalizar, en el Capítulo III de la Ley 1437 de 2011 el legislador reguló el tema de la caducidad de la acción y el de la prescripción de la pena como salvaguardas de la seguridad jurídica que condicionan el ejercicio de cualquier potestad sancionatoria[[30]](#footnote-30).

Por otro lado, una de las consideraciones más importantes que tuvo la ley 1437 de 2011 frente al procedimiento administrativo sancionatorio fue ordenar que su interpretación y aplicación se hiciera conforme a los principios consagrados en la Constitución Política, en la primera parte del código y en las leyes especiales. A su vez, resaltó la función de unos principios propios en materia administrativa sancionatoria que deben observarse de manera especial al cumplir esta atribución como se analizará enseguida.

1. **De los principios que rigen la actividad sancionatoria**

Hasta antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, la jurisprudencia y la doctrina coincidían en señalar que los procedimientos administrativos sancionatorios estaban limitados y guiados por el artículo 29 de la Constitución Política que dispone la aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, del “debido proceso”, en virtud del cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.[[31]](#footnote-31)

Ahora bien, dado que en este tipo de actuaciones está involucrado el derecho de defensa del particular investigado, resultó de especial importancia para el legislador la reiteración e inclusión expresa del principio de legalidad de las faltas y sanciones, de la presunción de inocencia, de la prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único y la prohibición de imponer doble sanción, como principios propios de desarrollo de las actuaciones sancionatorias, previstos en el numeral 1º del artículo 3º de la ley 1437 de 2011, así:

*“****ARTÍCULO 3°.****Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

*(…)*

*1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.*

*En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem”*

De estos principios resalta la Sala el principio de legalidad el cual constituye la columna vertebral de la actuación administrativa sancionatoria, y comprende para los administrados una doble garantía. La primera de carácter *“material*”, conforme a la cual no puede haber infracción ni sanción administrativa sin que la ley las determine previamente (*lex previa*), por lo tanto, no es posible que faltas y sanciones se creen *ex post facto, ad hoc o ad personam.*Implica también esta máxima que debe haber certeza (*lex certa*) sobre la sanción que se impone en la medida en que así esté contemplado como falta en una norma preexistente al hecho que se imputa, esto descarta la imposición de sanciones por simple analogía[[32]](#footnote-32).

En segundo término, la legalidad envuelve una garantía de tipo *“formal”*, indispensable por demás si se tiene en cuenta que la falta administrativa define y limita el ámbito de lo lícito, y por otra, la sanción habilita a la administración a operar una privación de bienes y derechos sobre el particular al verificarse la existencia de la infracción, dicha garantía consiste en que la facultad que convalide el ejercicio de la actividad sancionadora, debe atribuirse a través de la ley en sentido formal, lo que comúnmente se conoce como reserva de ley[[33]](#footnote-33). Dicho de otro modo, no puede cualquier acto administrativo, o norma de carácter inferior a la ley dar vida jurídica a la facultad sancionatoria ni instrumentalizar los procedimientos administrativos sancionatorios.

1. **Del análisis del caso concreto y de los cargos de la apelación**

De lo expuesto anteriormente se tiene que en estricto sentido tanto la potestad disciplinaria como la potestad sancionadora de la administración son manifestaciones indiscutibles del poder punitivo del Estado, orientadas en todo caso por el principio del debido proceso, pero con características y ámbitos de aplicación diferentes que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. La administración al hacer uso de la potestad disciplinaria tutela su orden interno, en cambio al ejercer la potestad sancionatoria administrativa no está autotutelando sus propias exigencias de funcionamiento, sino tutelando el orden social en su conjunto.

2. Respecto de los destinatarios de la potestad disciplinaria al desarrollarse esta en el plano interno de la administración y en razón a la función de subalternidad frente al Estado que surge del ejercicio de la función pública, sus destinatarios no son otros que los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas.

3. Teniendo en cuenta que la potestad sancionatoria administrativa es ajena a la disciplina y rigor de la jerarquía del derecho disciplinario y que su ejercicio se justifica en aras de preservar el orden público y en razón del deber de obediencia de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico su campo de aplicación cobija a todos los asociados.

4. El titular de la potestad disciplinaria es el Estado a través de las autoridades, en la potestad sancionatoria administrativa no solo es titular la administración y por ende las autoridades propiamente dichas, sino también los particulares que ejercen funciones administrativas, quienes, por tal razón, se comportan como autoridades.

5. En el derecho administrativo disciplinario la sanción se impone como supremacía del Estado sobre el funcionario por conductas que vulneren el ordenamiento jurídico de tipo funcionarial. En el derecho sancionatorio administrativo, la sanción se impone por la violación del deber jurídico del ciudadano frente a la administración pública.

6. En el derecho disciplinario la reprochabilidad de las conductas que se consideran falta se predica exclusivamente de personas naturales. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionatorio se extiende no sólo a personas físicas sino también a personas jurídicas.

7. Las reglas sustanciales y procesales del derecho disciplinario se encuentran consagradas en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.

En el derecho administrativo sancionatorio no existe un ordenamiento que englobe los elementos sustanciales propios de ese particular derecho y de acuerdo con el ámbito en el cual se ejerza tendrá un derecho sustancial especial pese a que tenga elementos y principios comunes propios de esta disciplina jurídica, sin embargo, el procedimiento administrativo sancionatorio general está regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, aunque respeta las leyes especiales preexistentes que continúan rigiendo.

Colige la Sala que los supuestos fácticos descritos en la demanda no se ajustan a la aplicación de un procedimiento disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002, pues, dada la naturaleza de la infracción (adelantar obras sin implementar las medidas propuestas en los Planes de Manejo Arqueológico) y la calidad de los presuntos responsables (sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., cuyo objeto social tiene: exploración, explotación, producción y transporte de petróleo, gas, hidrocarburos y sus derivados así como la exploración y explotación minera) el régimen sancionatorio que se debió aplicar, como en efecto hizo el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH es el previsto en la Ley 1437 de 2011.

Recuérdese que, en materia del Patrimonio Cultural de la Nación, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, es la entidad encargada de declarar áreas protegidas en las que existan bienes que integran el Patrimonio Cultural de la Nación y aprobar el respectivo Plan de Manejo Arqueológico, así como vigilar y sancionar las faltas administrativas que tengan ocurrencia sobre bienes del Patrimonio Cultural (artículos 55 y 55 No. 11 del Decreto 763 de 2009).

Las sanciones antes referidas, se encuentran reguladas en el artículo 15 de la Ley General de Cultura**,** Ley 397 de 1997, modificada por el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008, que tuvo por objeto desarrollar los artículos [70](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#70), [71](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#71) y [72](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#72) y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura y se crea el Ministerio de la Cultura.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH no cuenta con norma especial que regule el tema sancionatorio y que los hechos que se encuentran acreditados en el expediente, tuvieron ocurrencia en el año 2015, es evidente que se debe aplicar el procedimiento establecido en el CPACA, previsto en los artículos 47, 48 y 49 en tanto que su aplicación es de naturaleza residual.

**8.1 De los cargos de la apelación**

**8.1. De la ausencia de defectos en la etapa preliminar o indagación preliminar del procedimiento sancionatorio administrativo**

Señala el recurrente que la sentencia del 16 de noviembre de 2017 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, a la cual hizo alusión el juez de primera instancia para indicar que la etapa preliminar o indagación preliminar es de carácter eventual cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio, se refiere al procedimiento disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002 y no al procedimiento sancionatorio general establecido en la Ley 1437 de 2011, de ahí que no es viable su aplicación en el sub examine.

Añade que el procedimiento sancionatorio general reglado en la primera parte del CPACA es totalmente diferente a aquellos contemplados en otras leyes y en el Código Disciplinario Único, razón por la cual no es posible realizar un símil o comparación de los mismos, cuando se encuentran regulados por apartados normativos diferentes.

Alude además que la etapa de indagación preliminar dentro del procedimiento sancionatorio contenido en la Ley 1437 de 2011 es aquella que permite establecer si se formularán o no cargos, razón por la cual no puede ser facultativa, el hecho de que no se realice conlleva a una clara violación al debido proceso y al principio de legalidad.

Lo primero que debe indicar la Sala frente a este punto es que la potestad disciplinaria -como la potestad sancionadora de la administración- aun cuando son manifestaciones indiscutibles del poder punitivo del Estado, **tienen características y ámbitos de aplicación diferentes**.

En razón a ello no es posible tener en cuenta los argumentos de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, el 16 de noviembre de 2017, con ponencia del Consejero: Gerardo Arenas Monsalve, rad.: 0432-10, para establecer como lo hizo el a quo, que la indagación preliminar en el procedimiento adelantado contra MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., no era obligatoria, que dicha etapa se debía evacuar solo cuando el investigador tenía duda respecto de la ocurrencia de la conducta y del autor, en atención a que **dichas precisiones se hacen es respecto del procedimiento disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002 y no del procedimiento sancionatorio administrativo**, trámites que como ya se dijo tienen características y ámbitos de aplicación diferentes.

Sin embargo, una vez revisado el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, que prevé lo siguiente:

*“(…) Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado.* ***Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes****. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.” Resaltado y subrayado fuera de texto*

Encuentra la Sala que la **averiguación preliminar** es en efecto, como bien lo indicó el a quo, **una actuación facultativa de comprobación**, cuya finalidad es determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción, identificar a los presuntos responsables de esta o recabar elementos de juicio que existe mérito suficiente para iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionatorio eficaz, eficiente y efectivo.

Esta actuación debe tener justificación en la necesidad de hacer eficientes y racionalizar los recursos administrativos y, sobre todo, para no incurrir en la apertura precipitada de un proceso administrativo sancionatorio.

Es decir, la interpretación que le dio el a quo a la frase “*si fuere el caso*” es acorde a lo que pretende el artículo 47 del CPACA, y es precisamente que las averiguaciones preliminares dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio se lleven a cabo única y exclusivamente cuando no se tenga certeza de la existencia de la infracción y cuando no se sepa a ciencia cierta quién fue el que la cometió.

En ese sentido es importante verificar si en el presente caso existía mérito suficiente para iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Mansarovar Energy Colombia LTD., ante la evidente infracción que se había cometido y porque ya se tenía identificado al presunto responsable, o era obligatorio como lo alega el recurrente agotar la etapa preliminar de que habla la norma, en atención a que esta permite establecer si se formularán cargos o no.

Dicho lo anterior, se tiene que conforme con el objeto social de la empresa **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD**, relacionado con la exploración, explotación, producción y transporte de petróleo, gas, hidrocarburos y sus derivados, así como la exploración y explotación minera, el ICANH previa solicitud de ésta expidió las siguientes intervenciones arqueológicas:

* **Intervención arqueológica No. 1167 del 23 de abril de 2009**, para el proyecto denominado “*Reconocimiento arqueológico para modificación de licencia ambiental Bloque Moriche Puerto Boyacá, la cual propuso como plan de manejo arqueológico realizar el rescate arqueológico de los sitios con alto potencial arqueológico “prospecto 9” y “prospecto 21*” así como de los sitios localizados en las fincas San Martín, El Castillo y la Vitrola (f. 28 del anexo 1).
* **Intervención arqueológica No. 3029 del 30 de octubre de 2012,** para el proyecto denominado *“Prospección arqueológica para el plan de manejo ambiental del clúster CJ, ubicado en el Departamento de Boyacá, Puerto Boyacá”*, la cual propuso como plan de manejo arqueológico realizar un monitoreo durante las labores de remoción de tierra (f. 163 del expediente).
* **Intervención arqueológica No. 4034 del 21 de marzo de 2014,** para el proyecto denominado *“Programa de arqueología preventiva. Fase Prospección de para (sic) las plataformas AB, G, H, 1, J, K, L, N, O, P, S, U, V de campo Moriche municipio de Puerto Boyacá, Boyacá*”, la cual propuso como plan de manejo realizar actividades de capacitación y divulgación (f. 167 del expedeinte)

El ICANH, realizó seguimiento a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., con el fin de verificar si estaba cumpliendo con los planes de manejo arqueológicos aprobados mediante las autorizaciones de intervención arqueológica 1167 del 23 de abril de 2009, 3029 del 30 de octubre de 2012 y 4034 del 21 de marzo de 2014, atrás descritas.

Para ejecutar dicha labor, resolvió comisionar a un investigador del grupo de arqueología perteneciente a dicho instituto con el fin de que verificara la implementación del programa de arqueología preventiva en los campos de exploración de hidrocarburos Jazmín y Moriche operados por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA, visitas que se llevaron a cabo los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015.

En el Informe de Comisión 0086 del 4 de marzo de 2015, suscrito por el Investigador del Grupo de Arqueología del ICANH, señor Juan Manuel Díaz Ortiz, quedó establecido lo siguiente:

*“****En términos generales los dos campos tienen alto potencial arqueológico****, aunque en el campo Jazmín se han reportado más sitios. Para este campo se realizó una prospección y luego se implementó un monitoreo. Es necesario que Mansarovar Energy Colombia nos entregue un diagnóstico similar al que realizó para el campo Moriche donde nos aclare la situación actual del campo,* ***pues con seguridad varias plataformas se construyeron sin implementar el correspondiente Programa de Arqueología Preventiva, ya que solo algunas plataformas estaban contempladas en la autorización de intervención*** *(…) Durante la visita se encontró un lítico en superficie en la fuente de materiales AQ y en la plataforma Jazmín CM; sin embargo no se pudo documentar con suficiencia una afectación.*

*Para el campo Moriche en el clúster Moriche Norte 18, en el clúster AB y en la vía de acceso al clúster CJ* ***se afectaron contextos arqueológicos****. Lo anterior se fundamenta en el hallazgo de fragmentos de cerámica y líticos en Moriche Norte 18 y de 1 lítico en AB. Además, para ambos sitios se debía implementar un rescate previo al inicio de obras: construcción de Moriche Norte 18 y ampliación del clúster AB. Por su parte la vía de acceso al clúster CJ, cruzo por el sitio arqueológico identificado en el predio San Martín que requería también de un rescate”. (f.145).*

Con fundamento en lo anterior, el Director General del Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, mediante Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015 resolvió declarar formalmente iniciada la actuación administrativa constitutiva de un proceso administrativo sancionatorio, dirigido a decidir en el sentido que corresponda, la imposición de sanciones de que trata el artículo 15 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008 contra MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.

Así las cosas, es de advertir contrario a lo dicho por el recurrente, que **la entidad demandada no estaba obligada a adelantar las averiguaciones preliminares de que trata el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011,** en atención a que con el Informe de Comisión 0086 del 4 de marzo de 2015, suscrito por el Investigador del Grupo de Arqueología del ICANH, pudo evidenciar, que existían razones suficientes para formular cargos en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.

Efectivamente como bien lo explicó el a quo, existían hechos palmarios con fuerte evidencia de la ocurrencia de una conducta contraria a la conservación del patrimonio arqueológico de la Nación, no se evidenciaba una causa de exoneración y para la época en la que se rindieron los respectivos informes, se tenía certeza del autor de dichas conductas, razones más que suficientes para acudir de plano a la formulación de cargos, los cuales quedaron contenidos en la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015.

Y es que, como se mencionó en precedencia, para que una autoridad administrativa ejerza el poder sancionatorio no se antepone como requisito previo pasar por la vía de la indagación preliminar, pues si de la información recaudada, se puede establecer la identificación del posible autor y se genera un grado de certeza para dar inicio a la investigación, se formula el pliego de cargos respectivo.

De otra parte, debe dejar claro la Sala que en las averiguaciones preliminares no se toman decisiones de fondo, la finalidad de esta etapa, como ya se dijo, es la de determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción e identificar a los presuntos responsables de esta, de manera que es a partir de la notificación del pliego de cargos que se puede contra argumentar lo endilgado, pedir y aportar pruebas, y establecer la estrategia de defensa que ha bien se tenga.

En ese sentido, la inconformidad alegada por la empresa demandante carece de sustento fáctico y jurídico, toda vez que con la visita realizada los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015 por el Investigador del Grupo de Arqueología del ICANH, la cual se llevó a cabo con el fin de verificar la implementación del programa de arqueología preventiva en los campos de explotación de hidrocarburos Jazmín y Moriche y con el formato de peritaje de piezas arqueológicas o réplicas de fecha 15 de abril de 2015[[34]](#footnote-34), en el cual se determinó que las piezas fueron encontradas en dicha visita, se tiene mas que comprobado que existían elementos de juicio indiscutibles para formular cargos en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., descartando así la posibilidad de agotar etapa previa, por conductas que contrarían la conservación del patrimonio arqueológico de la Nación, en tanto que las piezas arqueológicas afectadas pertenecían al Patrimonio Arqueológico de la Nación las cuales evidentemente debían estar en custodia del ICANH.

Así las cosas, este cargo presentado por el recurrente no prospera.

**8.1.2 De la supuesta falta de cumplimiento del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011**

Precisa el recurrente que de la lectura del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, es claro que uno de los requisitos del acto administrativo por el cual se formulan cargos es indicar las disposiciones presuntamente vulneradas con el fin de configurar el cargo que se estaría imputando; que en la Resolución 153 del 9 de julio de 2015, no se indica en primer lugar el cargo presuntamente formulado, ni las normas que han sido vulneradas con la actuación desplegada por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., viciando así toda la actuación administrativa sancionatoria.

Concluidas las averiguaciones preliminares, si las pruebas configuran sustento suficiente, la autoridad debe proceder a formular cargos a través de un acto administrativo. Este acto debe ser notificado personalmente a los investigados y contra él no proceden recursos en la sede administrativa.

Como asevera la doctrina *“El pliego de cargos le imputa a una persona una conducta o unos hechos a título de falta sancionable, de manera que el investigado deberá defenderse de esta imputación, demostrando que alguno de los elementos que la constituyen no son ciertos, o que él no los realizó”*[[35]](#footnote-35)

El artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 establece que, en el acto administrativo de formulación de pliego de cargos, deben ser señalados con precisión y claridad: (i) los hechos que lo originan, (ii) las personas naturales o jurídicas objeto de investigación, (iii) las disposiciones presuntamente vulneradas y, (iv) las sanciones o medidas que serían procedentes.

El Consejo de Estado ha venido sosteniendo frente al procedimiento administrativo sancionatorio, específicamente en lo que concierne al pliego de cargos, lo siguiente *“(…) el acto de pliego de cargos debe tener absoluta coherencia con la decisión que pone fin a la actuación, debiendo cumplir estrictos requisitos formales y sustanciales, dentro de los cuales tiene especial trascendencia* ***la precisión y claridad de los hechos que son motivo de investigación y por los cuales se formula la imputación, de la misma manera que la modalidad en que ocurrieron, y las circunstancias de agravación de la sanción que hayan sido deducidas, así como la calificación jurídica de tales situaciones****. El incumplimiento de tan estrictas formalidades y requisitos configura nulidad por violación del debido proceso […]”[[36]](#footnote-36) Resaltado fuera de texto*

Entonces, los presupuestos que debe contener el pliego de cargos son los siguientes:

* Precisión y claridad de los hechos que son motivo de investigación y por los cuales se formula la imputación.
* Las personas naturales o jurídicas objeto de investigación.
* Las disposiciones presuntamente vulneradas.
* Las sanciones o medidas que serían procedentes.
* Las pruebas que se hayan practicado o se pretenden practicar.

El apoderado recurrente señaló que la entidad demandada vulneró su debido proceso porque en el pliego de formulación de cargos no se indica el **cargo presuntamente formulado**, ni las **normas que han sido vulneradas con la actuación desplegada por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD**., viciando así toda la actuación administrativa sancionatoria.

Vista la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015 expedida por el Director General del Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH, por la cual se da inicio a una actuación administrativa, encuentra la Sala, que en la misma se resolvió lo siguiente:

***“PRIMERO.******Declarar formalmente iniciada la actuación administrativa constitutiva de proceso administrativo, dirigida a decidir en el sentido que corresponda sobre la imposición de sanciones de que trata el artículo 15 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 10 de la ley 1185 de 2008, contra la sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD****., con Nit No. 800249313-2, representada legalmente por el señor HUIMIN YE, persona mayor de edad e identificado con la cédula de extranjería No. 344.475 y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., o por quien haga sus veces temporal o definitivamente.*

***SEGUNDO.*** *Conformar a través de la Oficina Jurídica del ICANH, un expediente administrativo sobre esta actuación, con los antecedentes, comunicaciones, piezas y documentación relativa a los hechos y demás actuaciones descritas en este caso.*

***TERCERO****. Vincular a esta actuación administrativa a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., con Nit No. 800249313-2, representada legalmente por el señor HUIMIN YE, persona mayor de edad e identificado con la cédula de extranjería No. 344.475 y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., o por quien haga sus veces temporal o definitivamente, quien podrá presentar descargos y solicitar o aportar pruebas que pretenda hacer valer dentro del proceso.*

***CUARTO.*** *Fíjese un término de quince días (15) a partir de la notificación del presente acto, para que las partes vinculadas a esta actuación administrativa de acuerdo con el numeral anterior concurran a la presente actuación en la forma antes señalada y soliciten la práctica de pruebas que estimen convenientes.*

***QUINTO.*** *Para la Práctica de pruebas que sean solicitadas fíjese el término de treinta (30) días, vencidos los cuales se proferirá decisión sobre la presente actuación administrativa.*

***SEXTO.*** *Sin perjuicio de lo anterior se tendrán como pruebas de esta actuación, la documentación que se integra al expediente administrativo de conformidad con el numeral segundo.*

***SÉPTIMO****. (…)*

*(…)” (ff. 200 a 202 del expediente)*

En avenencia con lo dicho por el juez a quo, esta Sala considera que el contenido de la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015 por medio de la cual se formuló cargos en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., reúne todos los presupuestos formales exigidos por la Ley 1437 de 2011, veamos:

**-Precisión y claridad de los hechos que son motivo de investigación y por los cuales se formula la imputación**

* “(…) MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. adelantó obras sin implementar las medidas propuestas en los Planes de Manejo Arqueológico de las autorizaciones 1167 y 3029.
* Que la omisión a la ejecución de los Planes de Manejo Arqueológico propuestos, ocasionó la pérdida de información arqueológica, puesto que en el clúster Moriche Norte 18 (que podría corresponder al denominado “prospecto 9”) y en la vía de acceso al clúster CJ se afectaron contextos arqueológicos.
* Para este sitio se debía implementar un rescate previo a la construcción del “prospecto 9”. Sumado a ello no se realizó el monitoreo durante la construcción de la vía de acceso al clúster CJ; esta vía cruzo por el sitio arqueológico identificado en el predio San Martín, que requería también de un rescate.
* Que respecto al clúster AB, durante la visita técnica por parte del ICANH, el arqueólogo encontró un elemento lítico en la superficie de la plataforma y documentó que la ampliación contemplada en la autorización de intervención arqueológica No. 4034, ya se había realizado sin la aprobación del informe final ni del plan de manejo arqueológico correspondiente.

**- Las personas naturales o jurídicas objeto de investigación**

Las personas naturales o jurídicas objeto de investigación fueron individualizadas plenamente en tanto que los hechos se endilgan exclusivamente a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.

**-Las disposiciones presuntamente vulneradas**

El acto por el cual se dio inició a la actuación administrativa constitutiva del procedimiento sancionatorio administrativo en contra de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., citó las normas generales sobre patrimonio arqueológico, en las cuales se vinculan disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias (artículo 63 y 72 de la Constitución Política, artículo 6 de la Ley 397 de 1997 modificado por el artículo 3 de la Ley 1185 de 2008, artículo 2.6.2.2 del Decreto 1080 de 2015).

Como disposiciones vulneradas por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., dentro de la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015 se indicó el artículo 2.6.2.2 del Decreto 1080 de 2015 y el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008, para establecer que dicha sociedad no puso en marcha un Programa Arqueológico Preventivo que permitiera formular un Plan de Manejo Arqueológico correspondiente, y además realizó obras de exploración y excavaciones no autorizadas.

**-Las sanciones o medidas que serían procedentes**

Dentro de la Resolución No. 153 de 2015 se estipularon las sanciones o medidas que serían procedentes en el evento de demostrar que efectivamente la empresa investigada, hubiere incurrido en las infracciones que le fueron imputadas.

Precisamente en dicho acto administrativo se indicó lo siguiente *“(…) Que por lo anterior es procedente de conformidad con el artículo 2.6.2.23 del decreto 1080 de 2015, adelantar la actuación administrativa pertinente para decidir las consecuencias jurídicas pertinentes y la imposición de las sanciones de que trata el artículo 15 de la ley 397 de 1997, modificado por el artículo 10 de la ley 1185 de 2008.”*

En efecto, el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008 que modificó el artículo 15 de la ley 397 de 1997 prevé lo siguiente:

***“Artículo 10****. El artículo 15 de la Ley 397 de 1997 quedará así: “****Artículo 15****. De las faltas contra el patrimonio cultural de la Nación.*

*(…)*

*Las que constituyen faltas administrativas y/o disciplinarias:*

*(…)*

***3. Si la falta consistiere en adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos se impondrá multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia.***

*(…)” Resaltado fuera de texto*

De la lectura de las normas antes señaladas, especialmente el artículo 2.6.2.2 del Decreto 1080 de 2015 y el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008, se puede concluir sin lugar a divagaciones, como bien lo indicó el juez a quo, que estas disposiciones normativas contienen una serie de cláusulas complementarias entre sí, que en un conjunto normativo constituyen el tipo y la sanción.

Al respecto el artículo 2.6.2.2 del Decreto 1080 de 2015 señala como imperativo, la necesidad de autorización del ICANH tratándose de intervenciones al patrimonio arqueológico, y los tipos de intervención al patrimonio arqueológico *“(…) 2. Intervenciones en proyectos de construcción de redes de transporte hidrocarburos, minería, embalses, infraestructura vial, así como en los demás proyectos, obras o actividades que requieran licencia ambiental registros o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental, o que ocupando áreas mayores a una hectárea requieran licencia de urbanización, parcelación o construcción.* ***Previo al inicio de las obras o actividades, el interesado deberá poner en marcha un Programa de Arqueología Preventiva que permita en una primera fase formular el Plan de Manejo Arqueológico correspondiente****.* ***Como condición para iniciar las obras, dicho Plan deberá ser aprobado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH. Sin prejuicio de lo anterior, para cada una de fases del Programa de Arqueología Preventiva que impliquen actividades de prospección o excavaciones arqueológicas, el interesado deberá solicitar ante el ICANH la respectiva autorización intervención****”. Resaltado fuera de texto*

Teniendo en cuenta lo anterior, **no cabe duda a la Sala que los presupuestos que echa de menos el recurrente en el acto por medio del cual se formuló cargos en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., se encuentran mas que satisfechos**, en tanto que en el mismo se señaló los cargos presuntamente vulnerados, los cuales se recuerdan, -*dicha sociedad no puso en marcha un Programa Arqueológico Preventivo que permitiera formular un Plan de Manejo Arqueológico correspondiente, y además realizó obras de exploración y excavaciones no autorizadas*-, y también las normas que han sido vulneradas el *artículo 2.6.2.2 del Decreto 1080 de 2015 y el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008,* además explicó las consecuencias jurídicas de su inobservancia.

Además, debe tenerse en cuenta que la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015 por medio de la cual se formuló cargos en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., no solo cuenta con los requisitos que alude el recurrente sino con todos los presupuestos que para el mismo ha establecido el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.

De esta manera, este cargo planteado por la parte demandante, no prospera.

**8.1.3 Del supuesto indebido recaudo y valoración probatoria**

Refuta el apelante lo dicho por el a quo en el sentido de que haya indicado que dentro del presente proceso se llevó a cabo una inspección ocular, la cual a su vez tuvo alcance de informe técnico y dictamen pericial sin que se haya respetado el decreto de pruebas o la ritualidad para cada una; que de igual forma manifestó el juez de primera instancia que la actuación administrativa se desarrolla bajo presupuestos más “flexibles”; que con ello se pretende desconocer la ritualidad bajo la cual se debe adelantar cada uno de los medios probatorios, y que en caso de querer practicarse más de un medio probatorio deberá así indicarse en su momento, toda vez que en caso contrario se estaría traspasando la flexibilidad dentro del proceso sancionatorio administrativo.

Precisa además el recurrente que la flexibilidad a la que alude el juez a quo no se predica respecto de la etapa probatoria; que existe una flexibilidad del principio de tipicidad, no se puede hablar que la misma sea de todo el proceso sancionatorio, puntualmente, del recaudo y ritualidades de cada una de las pruebas, estas deberán respetarse en razón a que son pieza fundamental para aclarar cualquier situación dentro de la actuación administrativa; que desconocer esto constituye una clara violación al debido proceso y derecho de defensa de los administrados, pues pretender dar una flexibilidad a la totalidad del proceso sancionatorio contraria lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Que debe tenerse en cuenta si el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por violar el derecho de defensa, al decretar una inspección ocular, luego transformarla y darle valor de informe técnico – dictamen pericial, sin seguir las ritualidades propias de uno u otro, lo anterior en razón a una presunta flexibilidad que ni la jurisprudencia, ni la misma ley ha brindado al procedimiento administrativo sancionatorio.

El artículo 48 de la ley 1437 de 2011 fija el término en el que deberán practicarse las pruebas, siendo por regla general, un plazo no superior a treinta (30) días. Son dos (2) las excepciones a esta regla previstas por la norma: (i) cuando sean tres (3) o más investigados o, (ii) cuando sea necesario practicar pruebas en el exterior, el periodo probatorio deberá tener un término hasta de sesenta (60) días.

Los medios de prueba admisibles dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, son los establecidos en el Código General del Proceso, es decir: (i) Declaración de parte, (ii) la confesión, (iii) el juramento, (iv) el testimonio de terceros, (v) el dictamen pericial, (vi) la inspección judicial, (vii) los documentos, (viii) los indicios, (ix) los informes y (x) cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Revisado el expediente administrativo aportado al presente proceso, se observa que la empresa demandante una vez notificada de la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015 *“Por la cual se da inicio a una actuación administrativa”* procedió a través de apoderado judicial a presentar escrito de descargos donde contraargumentó uno a uno los cargos endilgados por la entidad demandante y en acápite separado solicitó las siguientes pruebas[[37]](#footnote-37):

**“III. PRUEBAS**

Se solicita se tenga como pruebas todas aquellas que obren en el expediente, y las que aquí se aportan y se solicitan

1. Documentales

ANEXO I

Un (1) CD

Anexo1: Copia Oficio radicado el 10 de abril de 2015 con número 1497

Anexo2: Copia de las actas de capacitaciones sobre patrimonio arqueológico al personal de construcción y operaciones.

Anexo3: Planos”.

El ICANH vencido el término para presentar los respectivos descargos, mediante Resolución No. 199 del 9 de septiembre de 2015[[38]](#footnote-38) tuvo como pruebas algunas documentales aportadas por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., además tuvo como prueba la existente en el expediente constitutivo del trámite administrativo, y por último **decretó de oficio la Verificación en Campo, inspección ocular**, en los 30 prospectos incluidos en la autorización de intervención arqueológica 1167, los predios San Martín, La Vitrola y El Castillo, el clúster CJ y su vía de acceso, el clúster Moriche Norte 18 y el clúster AB, para lo cual se comisionó a la oficina jurídica y a un Investigador del Grupo de Arqueología del ICANH.

Diligencia que debía comunicarse mediante acto administrativo y de manera oportuna al investigado, el cual debía participar en la práctica de la misma a través de su Representante legal, o de su apoderado.

Posteriormente al evidenciar el ICANH una irregularidad en la práctica de la inspección ocular decretada mediante Resolución ICANH 219 de 2015, la cual fue llevada a cabo los días 19 y 20 de octubre de 2015, expidió la Resolución No. 18 del 1º de febrero de 2016[[39]](#footnote-39) mediante la cual resolvió lo siguiente:

**“RESUELVE**

**PRIMERO:** Fijar fecha de ejecución de la prueba decretada en el numeral TERCERO de la resolución No. 199 de 2015 y para ello comisiónese a la Oficina Jurídica y a un investigador del Grupo de arqueología del ICANH para llevar a cabo diligencia los días 04, 05, 06, 07, 08 y 09 de febrero de 2016.

**SEGUNDO:** Comunicar la presente resolución al representante legal de la investigada, señor HUIMIN YE, persona mayor de edad e identificado con la cédula de extranjería No. 344.475 y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., o quien haga sus veces temporal o definitivamente, al correo de notificación autorizado mansarovar [colombia@mansarovar.com.co](mailto:colombia@mansarovar.com.co).

**TERCERO:** Contra la presente resolución no procede recurso alguno.”

Seguidamente, el 5 de febrero de 2016 se expidió la Resolución No. 19 donde el ICANH prorrogó el periodo de pruebas y fijó fecha para la ejecución de la prueba decretada en el numeral 3º de la Resolución Nro. 199 de 2015 los días 15, 16, 17, 18 y 19 de febrero de 2016 (fl. 381 a 383).

Se llevo a cabo la **inspección ocular** decretada. Para tal efecto y de acuerdo al acta respectiva, se tiene que asistieron a la misma funcionarios del ICANH y **el representante de la empresa MANSAROVAR ENERGY LTD.**, situación que se corrobora con el informe de comisión obrante a folio 419 y siguientes del expediente, es decir tuvieron participación activa en lo allí ocurrido.

Precisamente en el Acta de Diligencia de Inspección Ocular vista a folios 399 y siguientes del expediente se dejó establecido lo siguiente:

*“(…) siendo las 18 de febrero de 2016 a la 1:10 p.m. nos reunimos en las instalaciones de MANZAROVAR estando presentes JULIO CRUZ, YADI RODRIGUEZ, ALEJANDRA CORPOS, LUISA MENDOZA, ALCOZAR SANCHEZ, PAOLA MONTENEGRO, CATALINA CASTILLO, ZULMA AYALA, con el fin de sacar conclusiones de la diligencia:*

*Los puntos que no tienen coordenadas exactas son prospecto 2, 3, 30, 4, 27, 22, 24, 23, 20, 13, 18, 11, 13, 12, 15, 16, 29.*

*En la vitrola no se tiene claridad cuáles son los limites más sin embargo se hizo recolección superficial de material arqueológico al momento de la inspección ocular (ver G1P1).*

*Conclusión de arqueólogas del ICANH Luisa Mendoza y Alcizar Sánchez: Se realizó la inspección de 36 puntos de los 36 puntos programados se realizó la inspección 30 prospectos y 7 áreas asociadas son: la vitrola, cj, vía de acceso cj, Moriche norte 18, AB, San Martín y el Castillo y en 3 de ellos se recuperaron materiales arqueológicos en superficie los cuales son: la vitrola vía de acceso a cj, y clúster cj teniendo en cuenta que en la vitrola no se tiene claridad cuáles son los limites (ver conclusión 2). Es importante precisar que los sitios arqueológicos no corresponden a puntos si no corresponden a áreas más extensas que corresponde a los contextos arqueológicos, así mismo se debe tener en cuenta que es lo que se entiende por intervención: ette tipo de actividades que generan alteración en el suelo y en el subsuelo por tanto cualquier tipo de modificación sobre elementos y evidencias de carácter arqueológico.*

***En el informe a presentar por parte del arqueólogo Alcizar Sánchez, se especificará (sic) que tipo de coordenada y que origen corresponde especificando los puntos o prospecto tomados por él****”*

En informe de comisión No. 040 de 2016, rendido por el Arqueólogo ALCIZAR SÁNCHEZ del ICANH visto a folios 419 a 430 del expediente, se concluyó lo siguiente:

*“En lo concerniente a los puntos evaluados por el Grupo 2, se recuperaron materiales arqueológicos en superficie en el predio el Castillo, sin embargo, en este predio no se identificaron alteraciones asociadas con la construcción de infraestructura petrolera. Sin embargo, tales hallazgos sugieren el alto potencial arqueológico que puede presentar el área, por tanto, la necesidad de caracterizarla y proponer las medidas de manejo arqueológico antes de que se realice cualquier tipo de intervención en la misma, bien sea para la exploración y explotación de hidrocarburos o para otro tipo de actividades que impliquen la intervención de suelo y el subsuelo.*

*Es importante anotar que algunos de los prospectos visitados por el Grupo 2 no tenían datos exactos de localización (i.e. Prospectos 4, 2, 11 y 12), por tanto, se tomó como referencia la información suministrada por Manzarovar para poder inspeccionarlos (coordenadas aproximadas).*

*Llama la atención que, aunque algunos de los prospectos inspeccionados no presentaron infraestructura petrolera, en algunos casos a no más de 500 m se identificaron plataformas petroleras algunas, incluso, abandonadas. Dado este panorama, sería pertinente que el ICANH le solicitara a Manzarovar datos precisos sobre el número de clúster que existen en “Campo Moriche” (activos y abandonados) y los Programas de Arqueología Preventiva implementados en cada uno de ellos. Así, el ICANH podrá conocer qué actividades arqueológicas se han llevado a cabo en el área y en qué sectores específicamente.*

***Finalmente, los materiales recuperados durante la diligencia fueron enviados al Laboratorio de Arqueología del ICANH para realizar el respectivo peritaje****”.*

Ahora bien, del peritaje realizado por el ICANH, visto a folios 444 a 459 del expediente se observa que el profesional que realizó el mismo llegó a la siguiente conclusión:

*“La muestra cerámica analizada está compuesta por un total de 27 fragmentos. En general, los materiales presentaron superficies con acabado burdo y en menor cantidad superficies lisas. Ocho (8) elementos presentaron superficies erosionadas y cinco (5) alteraciones en el color de la superficie debido a factores posdeposicionales tanto naturales como antrópicos, lo cual en algunos casos limitó la observación del conjunto de atributos formales establecidos para su análisis. Seis (6) fragmentos presentaron decoración incisa (líneas y puntos) y siete (7) fragmentos superficies internas y/o externas ennegrecidas por acción del fuego; característica que sugiere que algunos de los materiales cerámicos pudieron corresponder a piezas utilizadas en labores domésticas. Los materiales cerámicos presentaron un tamaño pequeño, no mayor a 5 cm, incluso, se registraron fragmentos de 1 cm.*

*El conjunto de materiales cerámicos analizados presenta características que permiten asociarlos con tres secuencias cronológicas establecidas para la región del Magdalena Medio, específicamente, con algunos complejos cerámicos propuestos por diferentes investigadores; a saber: el complejo cerámico Arrancaplumas (Cifuentes 1991, 1993; Peña 2010) asociado al periodo Temprano que se extiende del siglo V a.C. al I a.C. Un segundo periodo denominado como Intermedio que se extiende entre el siglo II d.C. y el siglo VI d.C.1. Por último, los complejos cerámicos La Giralda (Otero 2002), Colorados (Castaño y Dávila 1984) y Carare (López 1991) que se ubica cronológicamente entre los siglos XVII d.C. y XIV d.C. En la muestra analizada cinco (5) fragmentos se asocian probablemente al periodo Temprano, siete (7) al Intermedio y doce (12) al Tardío.*

*Ahora bien, tres (3) de los 27 fragmentos cerámicos no pudieron asociarse a ningún complejo cerámico en particular, ya que presentaban rasgos formales característicos de distintos complejos y periodos; lo anterior, no obstante, puede ser sugerente acerca de la existencia de variaciones locales en la producción cerámica.*

*La muestra lítica analizada está compuesta por 15 artefactos, todos producto de procesos de talla simple, tratándose de rocas talladas con percusión directa y mal controlada. Para su elaboración el tallador no necesitaba contar con un alto grado de experticia. La materia prima utilizada fue en la mayoría de casos rocas silíceas, generalmente chert amarillo característico de la región del Magdalena medio. Las particularidades de la muestra no permiten indicar con certeza la cronología en que fueron elaborados estos materiales, aunque es posible corroborar que se trata de elementos líticos muy comunes entre los grupos humanos que en tiempos prehispánicos poblaron la región.*

*Se observaron tres instrumentos recuperados en las áreas construidas por la empresa Mansarovar, que son muy comunes en el Magdalena Medio; éstos han sido descritos en varias oportunidades por distintos autores que han estudiado la zona. Algunas investigaciones arqueológicas indican que este tipo de instrumentos aparecieron hace 10.000 años en la región del Magdalena medio (López 1991, 1999).*

***No es posible realizar mayores inferencias de los materiales analizados, ya que los contextos en los que se encontraban originalmente fueron intervenidos mediante la realización de obras civiles para la construcción de infraestructura petrolera y otras actividades antrópicas; intervenciones que lamentablemente borraron otro tipo de evidencias y correlatos arqueológicos que permitirían desarrollar un buen análisis e interpretación de las distintas dinámicas culturales de los grupos humanos que ocuparon las áreas inspeccionadas en el pasado prehispánico.***

*En conclusión, el Grupo de Arqueología del ICANH conceptúa que 27 fragmentos cerámicos y 15 elementos líticos que fueron recolectados durante la diligencia de inspección ocular realizada los días 16, 17 y 18 de febrero de 2016, son en efecto elementos pertenecientes al patrimonio arqueológico de la Nación y están sujetos a las especiales regulaciones que sobre los bienes arqueológicos establece la normatividad colombiana (ver Ley 397 de 1997, Decreto 833 de 2002, Ley 1185 de 2008, Decreto 763 de 2009 y Decreto 1080 de 2015)”.*

Tal como quedó expuesto, lo que refuta el recurrente es que dentro del proceso administrativo sancionatorio se llevó a cabo una inspección ocular, la cual a su vez tuvo alcance de informe técnico y dictamen pericial, sin que se haya respetado el decreto de pruebas o la ritualidad para cada una de estas.

Efectivamente y de lo observado dentro del expediente administrativo el ICANH decretó una **inspección ocular** realizada a campo abierto, donde si bien se levantó un acta (ff.399 a 418), de acuerdo a los protocolos de la misma entidad, **seguidamente debía rendirse el informe respectivo donde debía constar lo que allí ocurrió.**

Y es que en sentir de la Sala no podía ser otro el proceder del ICANH, más cuando en la inspección se encontraron piezas que posiblemente podrían ser elementos arqueológicos, pues es más que obvio que dicha entidad, como veedora del Patrimonio Cultural de la Nación y en cumplimiento de la función administrativa que la ley le impone, **debía enviar a su laboratorio tales hallazgos para determinar técnicamente su materialidad**. Esto fue informado dentro de esa inspección ocular a quienes asistieron, así quedó consignado en el acta respectiva, tal como se puede leer a folio 417: *“(…) 4.- En el informe a presentar por parte del Arqueólogo Alcizar Sánchez se especificará que tipo de coordenada y qué origen corresponde, especificando los puntos o prospectos tomados por él. (…)”.*

Precisamente el numeral 4 del artículo 2.6.1.2. del Decreto 1080 de 2015 establece que el ICANH debe emitir el concepto técnico y científico, a través del cual se establece que un bien o conjunto de bienes determinados son de carácter arqueológico.

Por lo anterior, como bien lo señaló el a quo, era su deber enviar una vez se recolectaron las piezas encontradas, al laboratorio para establecer su origen, y fue resultado de esos estudios de laboratorio que se dio el informe al cual alude la parte demandante, **el cual hace parte indiscutible de la inspección ocular**, informe que fue adjuntado al expediente administrativo, **con el objeto de que las partes tuvieran acceso a él**, sin que se deba entender como lo quiere hacer ver el recurrente que se tratan de medio probatorios adicionales, y que los mismos no fueron decretados y no fueron practicados con las ritualidades que conciernen a cada uno.

De cara a este punto, el ICANH en el acto por medio del cual sancionó administrativamente a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., expuso lo siguiente: *“aclara que* ***dichos informes son el resultado de la visita (inspección ocular) realizada por los profesionales a campo y que según el procedimiento establecido por el Instituto deben ser presentados de manera técnica los resultados de dichas visitas; pues hacen parte del mismo acervo probatorio, ya que versan sobre los mismos, hechos, puntos o sitios visitados y de las actividades realizadas durante la inspección ocular****, pero presentan los conceptos técnicos verificados por el investigador del grupo de arqueología”[[40]](#footnote-40).*

Entonces, en sentir de la Sala no es que el recaudo probatorio haya sido “flexible”, simple y llanamente el informe y los resultados de peritaje de los elementos arqueológicos recolectados en desarrollo de la inspección ocular, no podían tomarse como pruebas independientes que estuvieran sujetas a ritualidades y trámites diferentes, **pues estos hacen parte integral de la inspección ocular** que se llevó acabo por haber sido decretada mediante la Resolución No. 219 de 2015.

En ese sentido no puede considerarse que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH haya vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., en atención a que la inspección ocular fue decretada conforme las ritualidades que dicha prueba amerita.

Cabe aclarar en este punto que la misma no fue ni transformada, ni se le dio valor de informe técnico – dictamen pericial, **el informe** y **los resultados de peritaje de los elementos arqueológicos recolectados en desarrollo de la inspección ocular**, que discute el recurrente, no son medios probatorios adicionales, estos hacen parte integral de la inspección ocular llevada a cabo tanto por funcionarios del Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH como por el representante de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.

En ese sentido, este cargo planteado por el recurrente, tampoco prospera.

**8.1.4 De la presunta falta de motivación de la multa**

Precisa el recurrente que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH a lo largo de los actos administrativos objeto de censura, no indicó la forma en que se llegaba al monto de los doscientos (200) smlmv, los cuales fueron impuestos como sanción a Mansarovar Energy Colombia LTD., incurriendo no solo en una violación al debido proceso sino a una flagrante falta de motivación dentro del mismo acto administrativo.

Vista la Resolución No. 153 del 9 de julio de 2015, por medio de la cual el ICANH formuló cargos en contra de Mansarovar Energy Colombia LTD., encuentra la Sala que en la misma **se estipuló las sanciones o medidas que serían procedentes en el evento de demostrar que efectivamente la empresa investigada, hubiere incurrido en las infracciones ya mencionadas**. Efectivamente ésta indicó: *“(…) Que el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008, incluye entre las faltas administrativas, la exploración o excavación no autorizadas (…)”. Subrayado fuera de texto*

Y más adelante señaló lo siguiente: *“(…) Que por lo anterior es procedente de conformidad con el artículo 2.6.2.23 del decreto 1080 de 2015, adelantar la actuación administrativa pertinente para decidir las consecuencias jurídicas pertinentes y la imposición de las sanciones de que trata el artículo 15 de la ley 397 de 1997, modificado por el* ***artículo 10 de la ley 1185 de 2008****.”* Resaltado y subrayado fuera de texto

En efecto, el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008 prevé:

***“Artículo 10****. El artículo 15 de la Ley 397 de 1997 quedará así: “****Artículo 15****. De las faltas contra el patrimonio cultural de la Nación.*

*(…)*

*Las que constituyen faltas administrativas y/o disciplinarias:*

*(…)*

***3. Si la falta consistiere en adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos se impondrá multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia.***

*(…)” Resaltado y subrayado fuera de texto*

Por su parte la Ley 1437 contempla una serie de criterios que debe tener en cuenta la administración **al definir la gravedad de la falta y el rigor de la sanción que deba imponer**, el listado incluye supuestos que agravan o atenúan la conducta, según sea el caso.

Precisamente el Artículo 50 de dicha normativa dispone:

*“****Artículo 50. Graduación de las sanciones.****Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:*

*1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.*

*2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*

*3. Reincidencia en la comisión de la infracción.*

*4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*

*5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*

*6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.*

*7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente*

*8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.”*

Revisada la Resolución No. 114 del 23 de mayo de 2016[[41]](#footnote-41) expedida por el Director General del Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH, se tiene que en la misma se resolvió imponer la sanción a la cual hizo referencia el acto administrativo por medio del cual se formuló cargos, es decir la que trata el artículo 15 de la ley 397 de 1997, modificado por el artículo 10 de la ley 1185 de 2008, veamos:

“(…)

**PRIMERO.** Declárese MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, identificada con Nit. 800249313-2 y domicilio en la ciudad de Bogotá representada legalmente por el señor HUMIN YE, persona mayor de edad e identificado con la cédula de extranjería No. 3444.475 y domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., o quien haga sus veces temporal o definitivamente, para cual se procede analizar los siguientes, **incurrió en falta contra el patrimonio cultural de la Nación, durante la ejecución de obras el clúster CJ, su vía de acceso y en la plataforma Moriche Norte 18**, con base en la fundamentación que obra en el expediente y que ha sido analizada en la presente resolución.

**SEGUNDO.** **Como consecuencia de lo anterior se sanciona a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, identificada en el numeral anterior, con la multa mínima de DOSCIENTOS (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016**.

**Por haber incurrido en la falta establecida en el numeral tercero (3), artículo decimo (10) de la ley 1185 de 2008, recopilado hoy por el decreto 10820 de 2015** que reza: Las personas que vulneren el deber constitucional de proteger el patrimonio cultural de la Nación, incurrirán en las siguientes faltas (…) 3. Si la falta consistiere en adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos se impondrá multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

(…)”. Resaltado y subrayado fuera de texto

Decisión está que fue objeto de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 186 del 3 de agosto de 2016 donde se decidió lo siguiente (fl. 32):

“ (…)

**PRIMERO.** **NEGAR** la solicitud presentada por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, en recurso de reposición, dirigida a obtener la revocatoria de los numerales 1, 2 y 3 de la decisión impuesta dentro del proceso administrativo sancionatorio.

**SEGUNDO.** **CONFIRMAR** en todas sus partes la resolución No. 114 del 24 de mayo de 2016 “por medio de la cual se impone sanción administrativa”, contra MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, por haber incurrido en falta administrativa contra el patrimonio cultural de la Nación.

(…)”.

De otra parte, el acto por medio del cual se le impuso la sanción administrativa a Mansarovar Energy Colombia LTD.,y respecto del cual se está pretendiendo su nulidad, estableció frente al punto de censura del recurrente, lo siguiente:

*“****CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL DESPACHO***

*Una vez analizados por este despacho, todos los hechos constitutivos de la presente actuación, así como del acervo probatorio aportado dentro del mismo,* ***procede el despacho a decidir sobre la procedencia respecto a la imposición de la sanción prevista en el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008, correspondiente a la falta administrativa en que incurrió el investigado, para el presente caso MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., al adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas por el ICANH, durante la implementación de la plataforma moriche Norte 18 y las ampliaciones del clúster CJ y su vía de acceso, teniendo en cuenta que al realizar estas actividades no se garantizaron las medidas propuestas en los planes de manejo****, resultados de la etapa inicial de prospección arqueológica ni las demás medidas de protección necesarias previstas por la ley general de cultura que son de obligatorio cumplimiento, y que tienen como propósito, garantizar la conservación, protección y divulgación del patrimonio cultural de la nación.*

*(…)*

***Anota este despacho, que teniendo en cuenta que se verificó la afectación del patrimonio por la no implementación del programa de arqueología preventiva, (ejecución del plan de manejo), previsto en la legislación vigente respecto al patrimonio arqueológico, la intervención exploración y/o excavación no autorizada de bienes arqueológicos y contando con la facultad sancionatoria prevista por la ley, se adelanta esta actuación dando cumplimiento a los términos previstos en los artículos 49 y 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*** *realizando así, la debida individualización de la persona natural y/o jurídica, el análisis de los hechos, pruebas y normas infringidas,* ***a su vez atendiendo a los criterios de graduación aplicables para el caso en concreto representados en la siguiente forma****:*

***GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN***

*Atendiendo a lo establecido en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, se procederá a analizar* ***la gravedad de la falta y el rigor de la sanción*** *de la siguiente manera:*

***1.Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados***

*Como se ha analizado desde el inicio de esta actuación administrativa, la parte investigada adelantó obras sin la debida autorización de intervención arqueológica, por lo tanto, no hizo la correcta ejecución del Plan de Manejo Arqueológico aprobado por el ICANH. Con las intervenciones realizadas consistentes en la ampliación del clúster CJ y su vía de acceso, la implementación de la plataforma Moriche Norte 18 sin la autorización de intervención arqueológica y sin la ejecución del programa de arqueología preventiva, se afectó el Patrimonio Arqueológico de la Nación presente en esta zona, el cual es un bien jurídico tutelado de carácter general y colectivo, cuya protección ha sido un deber establecido constitucionalmente. En las zonas se encontraron contextos pertenecientes al patrimonio arqueológico que fueron descontextualizados por las intervenciones y se incurrió en falta administrativa contra el patrimonio por adelantar la exploración o excavación sin autorización de bienes arqueológicos, según los criterios expuestos a lo largo de la resolución.*

***2.Reincidencia en la comisión de la infracción***

*Respecto a este numeral es importante resaltar que la empresa investigada no ha presentado una reincidencia relacionada con la posible afectación del patrimonio o falta contra el mismo, desde la presentación de los hechos objeto de este procedimiento.*

***3.Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas generales pertinentes***

*La parte investigada, conocía la importancia de la implementación del Programa de Arqueología Preventiva y del Plan de Manejo Arqueológico, sin embargo, omisiva e imprudentemente adelantó acciones, sin contar con la debida autorización de intervención para Moriche Norte 18 y para ejecutar el plan de manejo arqueológico en el Clúster CJ y su vía de acceso, por lo tanto no se implementó esta medida de protección afectando así, los contextos arqueológicos allí presentes, situación que se pudo evidenciar en las diligencias de inspección ocular.*

***4.Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas***

*La parte investigada, no ha presentado una aceptación o reconocimiento de la infracción, generada por su omisión en la debida implementación del programa de arqueología preventiva y Planes de Manejo Arqueológico aprobados por el ICANH.*

*(…)” Resaltado y subrayado fuera de texto*

Teniendo en cuenta lo anterior, debe manifestar la Sala de cara al cargo presentado por el recurrente que el mismo no prospera, en atención a que la sanción impuesta y frente a la cual presenta discusión era la que procedía; no encuentra la Sala que otra explicación pretendía que se diera en los actos administrativos censurados cuando estos son más que claros en precisar que ante la falta que cometió MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., -adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos- lo que imponía era sancionarla con multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto según lo preceptuado enel artículo 10 de la Ley 1185 de 2008 que modificó el artículo 15 de la Ley 397 de 1997.

Ahora, para la graduación de la sanción el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH tuvo en cuenta los parámetros establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011. Como quedó establecido anteriormente, en las consideraciones de la Resolución No. 114 del 23 de mayo de 2016 la entidad demandada dedicó un acápite exclusivamente a este aspecto, exponiendo los criterios que lo llevaron a imponer la sanción mínima, esto es doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que ello pueda considerarse en manera alguna una violación al debido proceso.

En consecuencia, este cargo de apelación tampoco tiene vocación de prosperidad.

**VII. COSTAS PROCESALES**

El artículo 361 del Código General del Proceso, prevé que las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso de un proceso y por las agencias en derecho. Ha dicho la doctrina lo siguiente:

*“LAS AGENCIAS EN DERECHO Y LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS. Se ha destacado que dentro del concepto de costas****está incluido el de agencias en derecho, que constituye la cantidad que debe el juez ordenar para el favorecido con la condena en costas con el fin de resarcirle de los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad.***

*Esa fijación de agencias en derecho es privativa del juez,****quien no goza, como pudiera pensarse, de una amplia libertad en materia de su señalamiento****, debido a que debe él orientarse por los criterios contenidos en el numeral 3° del artículo 393 que le imponen el deber de guiarse por “las tarifas establecidas con aprobación del Ministerio de Justicia, por el Colegio de Abogados del respectivo distrito, o de otro si allí no existiere” ...”11 Resaltado fuera de texto.*

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que, en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente con Radicación 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), se recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que **para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo**, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, “(…) lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.”

Por su parte, en la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012 00222-01(1160-15), se lee lo siguiente:

*"(…) Por lo anterior, se colige que****la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes****. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público (…)" Resaltado fuera de texto*

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), se expuso:

*"(…) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva -pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso,****que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.****Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.”*

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección "B" de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número:  05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, se precisó:

*"(…) Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas,****ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses****, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas (…)" Resaltado fuera de texto*

Más recientemente, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguízamo Carranza, **se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.**

Nótese que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento consistente y unificado en materia de costas, no puede hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia faculta al juzgador para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho. En ese sentido no se impondrán costas y además se revocarán las impuestas en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

**FALLA:**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida el 30 de mayo de 2019 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja dentro del proceso iniciado por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., contra el Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, excepto el numeral segundoque se revoca, en su lugar se dispone:

***“SEGUNDO.*** *Sin condena en costas”*

**SEGUNDO.** Sin costas en esta instancia.

**TERCERO.** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

**Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 150013333012-2017-00018-01**

1. Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 28 de septiembre de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno número: 7966-2005, actor: Flor Ángela Pedraza Caballero y otra. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno número: 0837-2004, actor: Héctor Solano Vargas. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia proferida en el proceso con radicación número 08001-23-33-000-2012-00087-01(2345-14) y ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández. [↑](#footnote-ref-4)
5. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia C- 818 de 2005. [↑](#footnote-ref-6)
7. A manera de ilustración, el profesor REYES ECHANDIA, expresa que el derecho penal administrativo es “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre la Administración pública y los sujetos subordinados y cuya violación trae como consecuencia una pena. // La sanción prevista en el derecho penal administrativo se distingue de la del derecho penal ordinario o común por el órgano que la aplica; aquella es generalmente impuesta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público y esta, por funcionarios de la rama jurisdiccional”. (REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal. Parte General. 5ª Reimpresión de la Undécima Edición. Temis. 1996. Pág. 6). En idéntico sentido, se puede consultar a OSSA ARBELÁEZ. Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. 1° Edición. Legis. 2000. Págs. 167-170”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional. Sentencia C- 818 de 2005. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia de 12 de marzo de 2009. Radicación No. 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07). [↑](#footnote-ref-9)
10. Constitución Política de Colombia. “Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"

    [↑](#footnote-ref-10)
11. Constitución Política de Colombia. “Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. [↑](#footnote-ref-11)
12. El proceso de responsabilidad fiscal es adelantado por la Contraloría General de la Nación y sus delegadas en todo el territorio nacional, tiene como fin la reparación al patrimonio público afectado por la indebida gestión del funcionario a cargo. En la responsabilidad fiscal se encuentran involucrados conceptos cualificadores del sujeto, ya que se predica de los servidores públicos, pero también son sujetos de dicha responsabilidad quienes no teniendo tal calidad “manejan o administran bienes del Estado”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Se entiende que el servidor público ha incurrido en un delito contra la administración pública cuando su conducta se adecue a los tipos penales establecidos dentro del título XV, del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000, artículos 397 y siguientes); entre los cuales se destaca el siguiente. Ley 599 de 2000 “(…) Artículo 400. Peculado culposo. El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado”.

    [↑](#footnote-ref-13)
14. La Constitución Política de 1991 estableció en el artículo 90 la cláusula general de responsabilidad patrimonial que cabe por el daño antijurídico que sea imputable al Estado, por la acción u omisión de las autoridades públicas. El mismo artículo estableció la obligación para el Estado de repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. [↑](#footnote-ref-14)
15. Constitución Política de Colombia. “Artículo 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Código Disciplinario Único. Ley 734 de 2002. “Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del libro Tercero de este Código”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Código Disciplinario Único. Ley 734 de 2002. “Artículo 1°. Titularidad de la potestad disciplinaria. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria”.

    [↑](#footnote-ref-17)
18. Código Disciplinario Único. Ley 734 de 2002. “Artículo 2°. Titularidad de la acción disciplinaria. sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de La Nación y de las personerías distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias (…).” [↑](#footnote-ref-18)
19. Constitución Política.” (…) Articulo 4**.**La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. // Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. [↑](#footnote-ref-19)
20. Constitución Política. **“(…)**Articulo 95.La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. // Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes (…)”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencia C-213 de 2007, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia T-537 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Constitucional. Sentencia SU 1010 de 2008.

    [↑](#footnote-ref-23)
24. Ley 1437 de 2011. “Artículo 48. Período probatorio. Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días.

    Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos”. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ley 1437 de 2011. “Artículo 49. Contenido de la decisión. El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos.

    El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:

    1. La individualización de la persona natural o jurídica a sancionar.

    2. El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción.

    3. Las normas infringidas con los hechos probados.

    4. La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación”.  [↑](#footnote-ref-25)
26. Esta decisión no excluye la posibilidad de que esos mismos hechos puedan ser objeto de otro tipo de sanciones, por ejemplo, de carácter penal, fiscal o patrimonial, acciones que deberán iniciarse ante las autoridades competentes. [↑](#footnote-ref-26)
27. Ley 1437 de 2011. Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso (…)”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ley 1437 de 2011. “Artículo 50. Graduación de las sanciones. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

    1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.

    2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.

    3. Reincidencia en la comisión de la infracción.

    4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.

    5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.

    6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.

    7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente

    8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas”.

    [↑](#footnote-ref-28)
29. Ley 1437 de 2011. “Artículo 51. De la renuencia a suministrar información. **Las personas particulares**, sean estas naturales o jurídicas, que se rehúsen a presentar los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes, o remitan la información solicitada con errores significativos o en forma incompleta, serán sancionadas con multa a favor del Tesoro Nacional o de la respectiva entidad territorial, según corresponda, hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. La autoridad podrá imponer multas sucesivas al renuente, en los términos del artículo 90 de este Código.

    La sanción a la que se refiere el anterior inciso se aplicará sin perjuicio de la obligación de suministrar o permitir el acceso a la información o a los documentos requeridos.

    Dicha sanción se impondrá mediante resolución motivada, previo traslado de la solicitud de explicaciones a la persona a sancionar, quien tendrá un término de diez (10) días para presentarlas.

    La resolución que ponga fin a la actuación por renuencia deberá expedirse y notificarse dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta a la solicitud de explicaciones. Contra esta resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la notificación.

    Parágrafo. Esta actuación no suspende ni interrumpe el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio que se esté adelantando para establecer la comisión de infracciones a disposiciones administrativas”. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ley 1437 de 2011. “Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caducas a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

    Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

    La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria”. [↑](#footnote-ref-30)
31. Corte Constitucional. Sentencias C- 259 de 1995, C-506 de 2002, C-160 de 1998, C-564 de 2000, C-475 de 2004, entre muchas otras.

    [↑](#footnote-ref-31)
32. Al respecto ver del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia de 22 de octubre de 2009. Radicación No. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). También Corte Constitucional sentencias C-948 de 2002, C-917 de 2001, C-616 de 2002, C-181 de 2002, C-712 de 2002, C897 de 2005, C-507 de 2006, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-32)
33. No obstante, en materia administrativa esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la Administración Pública, al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-860 de 2006 señaló: “Cuando se trata del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador”. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 193 a 198 del expediente [↑](#footnote-ref-34)
35. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo. Bogotá D.C: Legis Editores S.A., 2012. p.89. [↑](#footnote-ref-35)
36. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Quinta- Descongestión. Radicado: 63001-23-31-000-2006-01180-01. Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate. República de Colombia, Bogotá D.C., abril 18 de 2018. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 260 del expediente [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 282 vuelto y 283 del expediente [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 364 y 365 del expediente [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio 483 vto. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folios 10 a 23 del expediente [↑](#footnote-ref-41)