UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
INSTITUTO DE POSTGRADOS
MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

ANÁLISIS DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL
EN COLOMBIA: UNA PROPUESTA PARA UNA MAYOR EFICIENCIA

Autor:
SONIA JAQUELINE ANGARITA SALAZAR
soniaangarita@yahoo.com

Directora:
DRA. PAULA COMELLAS

Bogotá D.C., 2017

CONTENIDO

<u>ANÁLISIS DEL FUNDAMENTO HISTÓRICO Y TEÓRICO DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL</u>	5
<u>II. INTRODUCCIÓN</u>	7
<u>III. ANÁLISIS DEL FUNDAMENTO HISTÓRICO Y TEÓRICO DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL</u>	11
1. <u>Análisis del concepto de multas en Colombia</u>	11
2. <u>Análisis Jurisprudencial de la Cláusula de multas en Colombia</u>	15
3. <u>Evolución Histórica de la regulación legislativa de las cláusulas de multas</u>	17
A. <u>Código Civil de Colombia</u>	18
B. <u>Código de comercio</u>	19
C. <u>Decreto Extraordinario 2880 de 1959 “Por el cual se reorganiza el servicio nacional de suministros”</u>	20
D. <u>Decreto 150 de 1976 Primer Estatuto General de Contratación Estatal</u>	20
E. <u>Decreto 222 de 1983</u>	21
F. <u>Constitución Política de 1991</u>	23
G. <u>Ley 80 de 1993</u>	23
H. <u>Ley 1150 de 2007</u>	26
<u>IV. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA DE MULTAS EN COLOMBIA</u>	27
<u>V. ANÁLISIS DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS DE MULTAS</u>	32
1. <u>Carácter no excepcional de la multa</u>	32

2. <u>Carácter Conminatorio y de apremio de las multas en los Contratos de Concesión vial</u>	37
A. <u>Contrato de Concesión</u>	37
B. <u>Contrato de concesión vial</u>	40
3. <u>Procedimiento para la imposición de multas</u>	41
<u>VI. CONCLUSIONES</u>	44
ANÁLISIS DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	45
<u>I. INTRODUCCIÓN</u>	47
<u>II. ANÁLISIS DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA</u>	48
1. <u>Principios generales que rigen la actuación administrativa y la actividad contractual en relación con el procedimiento de multas</u>	49
A. <u>El principio de igualdad y Moralidad</u>	50
B. <u>El principio de economía y celeridad</u>	50
C. <u>Los principios de imparcialidad, publicidad, debido proceso, derecho de defensa y principio de libertad de asociación</u>	51
<u>El principio de libertad de asociación desarrollado por la Corte Constitucional (Sentencia de Constitucionalidad , 1999) quien ha indicado que es un derecho constitucional que se encuentra amparado por tratados internacionales el cual se describe como la potestad que tiene toda persona para adquirir compromisos con otras para adelantar un proyecto, conformando una estructura organizativa reconocida por el Estado.</u>	52
D. <u>Principios específicos que rigen la contratación estatal</u>	53
a. <u>El principio de la planeación</u>	53
b. <u>El principio de la transparencia</u>	53
c. <u>Principio de economía</u>	54
d. <u>Principio de responsabilidad</u>	54
e. <u>Principio de selección objetiva</u>	55
2. <u>El principio de eficacia como principio de la función administrativa</u>	55

A. <u>Eficacia en la etapa precontractual:</u>	57
B. <u>Eficacia en la etapa contractual:</u>	57
3. <u>Alcance del principio de eficacia en los contratos de concesión vial</u>	59
<u>III. ANÁLISIS DE LAS GENERACIONES DE CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL EN RELACIÓN CON LA IMPOSICIÓN DE MULTAS</u>	60
<u>1. Evolución de los contratos de Concesión Vial:</u>	63
A. <u>Contrato de primera generación:</u>	64
B. <u>Contrato de segunda generación:</u>	64
C. <u>Contratos de tercera generación:</u>	65
D. <u>Contrato generación 3.5</u>	65
E. <u>Contratos asociación público – privada (app): ley 1508/12</u>	66
<u>2. Etapas de una Concesión vial</u>	68
A. <u>Etapas Preoperativa</u>	68
a. <u>Fase de preconstrucción</u>	68
b. <u>Fase de construcción</u>	68
B. <u>Etapas de operación y mantenimiento</u>	68
C. <u>Etapas de Reversión</u>	68
<u>IV. ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS DONDE SE EVIDENCIA LA DEBILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES EN LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS PACTADAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL</u>	69
<u>1. Exposición del Caso 1</u>	70
<u>2. Exposición del Caso 2</u>	73
<u>3. Exposición del Caso 3</u>	77
<u>4. Efectos de la multa pactada en Contratos de Concesión Vial</u>	85
<u>5. Mecanismos para garantizar el cumplimiento del contrato</u>	86
A. <u>Disminución en la Remuneración</u>	86
B. <u>Retención del Recaudo de Peajes</u>	87
<u>V. CONCLUSIONES</u>	89
<u>VI. PROPUESTA</u>	89
<u>Bibliografía</u>	91

ANÁLISIS DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL EN COLOMBIA: UNA PROPUESTA PARA UNA MAYOR EFICIENCIA¹

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL FUNDAMENTO HISTÓRICO Y TEÓRICO DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL

Sonia Jaqueline Angarita Salazar²

Resumen

La Agencia Nacional de Infraestructura, en cumplimiento de sus funciones y conforme lo señala el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011 *“Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones -INCO”*., tiene a su cargo la Estructuración y la Gestión Contractual, Técnica, Legal y Financiera de todos los proyectos de concesión de infraestructura que a nivel nacional se constituyan en obras de interés público y mejoren las condiciones de la prestación efectiva de los servicios en cabeza del Estado. Para desarrollar su objeto, celebra contratos con diversos Concesionarios, en los que establece la multa como una forma de apremiar al contratista cuando se presenta un incumplimiento en las obligaciones establecidas en el contrato.

El presente trabajo pretende analizar los efectos de las multas que se pactan en dichos contratos a la luz de la normatividad vigente, con el fin de demostrar que no surten un

¹ El presente documento corresponde a un artículo que es el resultado de una investigación realizada con ocasión del programa de maestría en Derecho contractual público y privado de la universidad Santo Tomás.

² Abogada de la Universidad Libre de Colombia; Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre y en Gerencia de Servicios en Salud de la Universidad Sergio Arboleda.

efecto práctico, razón por la cual se busca plantear una forma eficaz para sancionar al contratista incumplido en los Contratos de Concesión Vial encaminado al cumplimiento de los fines estatales establecidos en el artículo 3° de la *Ley 80 de 1993*.

Palabras clave

Concesión Vial, multas, eficacia, contratación estatal, cláusulas exorbitantes.

Abstract

The National Agency for Infrastructure, in fulfilment of its duties according to Decree # 4165 of November 3rd, 2011, "By which changes the legal nature of the National Institute for Concessions (INCO), its denomination, and lays down other provisions of the INCO". It is in charge of the concession agreements of national-level infrastructure projects, their management, development, and technical support - legal and financial, which constitute one of the government's duties for public interest to improve the effective delivery of services, which the government is in charge of. In order to achieve these goals, the agency enters into agreements with various concessionaries to create a penalty fee system, as a way of pressing the contractor, to punish them for breach of contract.

The present work analyzes the impact of fines agreed upon concession contracts in light of the current legislation, in order to prove that its current application is failing. Therefore, it is necessary to seek an alternative way to punish the contractor's breach of road concession agreements to fulfill the government's purposes mandated on article 3rd of Law 80 of 1993.

Key words:

Road concession agreements, fines, effectiveness, government contract, exorbitant clauses.

INTRODUCCIÓN

El Estado tiene una finalidad definida en cumplimiento del interés general, con fundamento en que en el Estado Social de Derecho el contrato constituye un importante instrumento para el cumplimiento de los fines estatales Santofimio Gamboa J.(2008) La contratación que realiza el Estado colombiano se encuentra regulada por el estatuto de Contratación Estatal -Ley 80 de 1993 complementado por la Ley 1150 de 1993, las Leyes 1437 y 1474 de 2011 con los decretos reglamentarios, donde se establecen las condiciones que deben incluirse desde los estudios previos hasta la liquidación de los contratos.

Así mismo, la Ley ofrece a la Entidad contratante una capacidad amplia de supervisión e inspección sobre el contratista con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento del servicio o producto contratado, capacidad que se legitima en el bien común y que podríamos resumir conforme a lo señalado en el Artículo 4 de la Ley 80 de 1993: (a) exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, (b) adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar, (c) solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, (d) realizar revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, (e) exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias y (f) adelantar las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado. (Ley 80 de 1993)

Los procedimientos de celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal se encuentran regulados en la legislación, es la misma Ley quien se encarga de reconocer dentro de un marco jurídico específico, la autonomía de la voluntad dentro de la

contratación pública, de manera irrevocable, el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte del ente estatal en la actividad contractual consiste en el único mecanismo que le permite adecuarse y comportarse de manera eficiente a las necesidades reales que surgen en su práctica. Lo anterior, encuentra sustento en lo señalado en el Artículo 40 de la Ley 80 de 1993³,

Confirmando lo establecido en la norma, Amazo Parrado (2009) puntualiza que los contratos pueden incluir las modalidades, condiciones y estipulaciones que las partes consideren convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades del estatuto. De esta forma se pretende suscitar la capacidad de gestión y administración de los servidores públicos para el cumplimiento de los objetivos encomendados a la entidad estatal a su cargo.

Así las cosas, es pertinente indicar que la Administración pública en protección del interés general no puede permitir que los contratos que celebre la condicionen de alguna manera, Ariño Ortiz (1968).

La tesis del presente trabajo tiene como fin explicar que las cláusulas de multas pactadas en los Contratos de Concesión Vial, celebrados antes por el INVIAS luego por el INCO hoy por la ANI, no son efectivas toda vez que a la fecha no se ha logrado sancionar a ningún concesionario, razón por la cual el objeto de este trabajo consiste en diseñar una forma eficaz para sancionar al concesionario incumplido, de tal manera que se le constriña a cumplir con sus obligaciones contractuales en el plazo inicialmente previsto en el mismo y que le permita a la Administración cumplir con los fines estatales.

³ Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” Artículo 40 “*las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración*”.

No obstante, lo anterior, cuando se pretende multar al concesionario, en la mayoría de las ocasiones, este apremio resulta ineficaz y además deja de cumplir su función conminatoria, ya que, de conformidad con los procedimientos establecidos legal y contractualmente, cuando se va a imponer la multa, el concesionario ya se encuentra cumpliendo la obligación, por lo que su exigencia resulta improcedente.

La presente investigación, a través de la recolección y estudio de la diferente jurisprudencia, doctrina y normas vigentes sobre la materia, busca establecer la viabilidad o no para la Agencia Nacional de Infraestructura de pactar, aplicar e imponer multas.

Los Contratos que tienen por objeto “*realizar los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión...*” Estos proyectos se ejecutan a través de contratos de Concesión, en los cuales se tiene prevista la multa como una forma de apremiar y conminar al contratista por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos (Agencia Nacional de Infraestructura, 2016).

El presente trabajo pretende analizar el procedimiento y los efectos de las multas que se pactan en dichos contratos a la luz de la normatividad vigente con el fin de demostrar que no surten un efecto práctico, razón por la cual se busca plantear una forma eficaz para sancionar al contratista incumplido, encaminado a que el citado contrato pueda cumplir los fines estatales establecidos en el Artículo 3° de la Ley 80 de 1993.

La ANI cuenta con la potestad de imponer sanciones, declarar unilateralmente el incumplimiento de los contratos de concesión, las multas pactadas en los contratos de Concesión Vial, como está prevista esta cláusula no es coherente con el postulado y principio constitucional de eficiencia en el cumplimiento de los fines de la Entidad, que consiste en la obtención de la correcta y oportuna ejecución del contrato.

Para el desarrollo de la tesis se proponen dos capítulos que corresponden a los objetivos específicos: en el primer capítulo se realizará un marco teórico que abarque la definición de las multas, naturaleza jurídica evolución histórica, evaluando el manejo que la legislación en Colombia les ha dado a las multas contractuales, en el segundo capítulo efectuare la revisión y estudio de tres casos prácticos para detectar las inconsistencias e indebidas aplicaciones de las sanciones pecuniarias por parte de la administración, y su relación con el principio de eficacia de la función administrativa el cual incluye la descripción del Contrato de Concesión Vial, y finalmente proponer una forma eficaz para sancionar al concesionario incumplido de tal forma que el Estado pueda cumplir con sus fines.

Para cumplir los objetivos propuestos en este estudio la orientación y metodología se basó en el desarrollo de una investigación teórica Múnera Rendòn, (2017) partiendo de una teoría con el fin de revisarla, fundamentarla y de ser el caso ampliarla.

La metodología se fundamenta en el uso de la técnica documental⁴ que se basa en obtener ordenar y analizar los datos recaudados para luego ordenarlos y analizarlos teniendo en cuenta que la información para el estudio del problema planteado se obtendrá básicamente de lo establecido en la ley, lo interpretado por la doctrina y lo que haya decidido al respecto la jurisprudencia, información que se consigue en bibliotecas ya sean físicas o digitales.

Así mismo se fundamentó en dos elementos básicos:

4 “Siguiendo los lineamientos expuestos, Sánchez Vázquez (1997) define que las técnicas de investigación pueden ser: 1. Documental: en la cual, al tener como principal finalidad la aproximación de las fuentes formales, se caracteriza por tener una recolección de información en lugares como las bibliotecas, las hemerotecas, o los medios informáticos (o lo que Fix Zamudio [1995] ha denominado el uso de la iuscibernetica), y su análisis parte principalmente de las variaciones normativas o interpretativas del tema sujeto a estudio

Uno corresponde al análisis jurídico de la naturaleza y alcances de las multas en los contratos estatales para ello, se realizó un estudio conjunto de la doctrina en derecho administrativo, la jurisprudencia y la legislación vigente.

En segundo lugar, se adelantó la revisión de tres casos prácticos que comprenden la relación contractual entre un Concesionario y la Agencia Nacional de Infraestructura, desde los cuales se puede identificar la problemática actual y real en la aplicación de la cláusula de multas.

ANÁLISIS DEL FUNDAMENTO HISTÓRICO Y TEÓRICO DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL

Análisis del concepto de multas en Colombia

En cuanto a las Cláusulas de multas la doctrina y jurisprudencia han indicado que fueron concebidas en el Derecho Privado como una manera de coaccionar al contratista incumplido a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, así:

Rivero (1984) dice que las multas tanto en el Derecho Privado como las que dispone la Administración en caso de incumplimiento están orientadas no solo a la reparación del daño sino al cumplimiento del contrato conforme lo exige la protección del interés general

Desde el punto de vista de la doctrina en el sector público se entiende por multa: la sanción administrativa es “*un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal*” (García de Enterría Martínez-Carande & Fernández Rodríguez, 2005, pág. 193).

Según lo indica Lobato (1974), esta figura fue concebida con el propósito de castigar la infracción del incumplimiento y con esto prevenir que las partes incurrieran en el mismo.

Afirmación corroborada en su Tratado de Derecho Romano enseñó *que la stipulatio poenae tiene por objeto obligar al deudor a pagar una cantidad determinada para el caso en que la prestación debida no fuera efectuada al vencimiento*. (Petit, 1999, pág. 115)

Para la doctrina colombiana, las multas se han definido como unas medidas que puede adoptar la Administración Pública en forma unilateral para constreñir, compulsar o apremiar al contratista a que se someta al cumplimiento de sus obligaciones es un mecanismo para presionar la ejecución de un contrato. Escobar Gil (2003)

En el razonamiento de Escola H. J., (1984) le otorga al poder sancionador de la Administración pública el carácter de potestad, considera que se debe incluir esta cláusula en cada contrato que suscriban las entidades como una facultad del contratante.

Así mismo, Rodríguez Tamayo, (2013) discurre que las multas son una previsión contractual con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes que está dirigida a instar al deudor para que cumpla. Que se pone en marcha o por decirlo de otra manera se activa cuando la obligación no se ha cumplido Garrido Falla (2006).

De acuerdo con este autor, las multas en ningún momento tienen una naturaleza reparatoria, porque su finalidad no es proporcionarle una suma de dinero a la Administración para enmendar de un daño patrimonial sufrido, sino que por el contrario se encaminan a proteger el interés público garantizando la efectiva ejecución del objeto contractual, es un mecanismo para ejercer presión y lograr el cumplimiento de lo establecido en el contrato, Escobar Gil (2003)

El doctrinante Palacio Hincapie (2014), indica que se debe tener en cuenta que las multas son una sanción impuesta al incumplimiento parcial del contratista, cuando su conducta frente a las obligaciones puede corregirse y ejecutar oportunamente el contrato, es decir aplica cuando el contrato está vigente y en ejecución.

Para otros tratadistas son las *“estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales”* Se realizan en desarrollo del acuerdo de voluntades y debe estar expresamente pactado en el contrato. (Vedel, 1980, pág. 191)

Según Fandiño Gallo (2014), la multa trae un beneficio para el contrato toda vez que en ejercicio de estos poderes las entidades estatales en su condición de contratante pueden sancionar al contratista de diferentes maneras, en forma pecuniaria dejando viva la relación contractual, o quitándole la vida jurídica al contrato mediante la caducidad o la declaratoria de incumplimiento. Siempre preservando el interés general, por lo que de acuerdo con la gravedad del incumplimiento y el impacto que este tenga en la ejecución del contrato se puede optar por alguna de las dos.

Las multas han sido entendidas como una coacción económica sobre el deudor, encaminada a persuadirlo de la necesidad de cumplir bien y oportunamente las prestaciones a su cargo Melo (2003), en ningún caso puede mirarse como si fuera la cláusula penal.

En criterio de López Nieto y Mallo, (2002), las Cláusulas de multas previstas como coercitivas que se pactan para exigir que el contratista cumpla con las obligaciones, no son consideradas sanciones y no se oponen, por tanto, al ejercicio del poder sancionador, sino que como lo indica González Pérez & González Salinas (1993), se desarrollan en el ejercicio de los poderes administrativos de ejecución.

Para Bielsa (1972), las multas se diferencian de las cláusulas penales toda vez que estas consisten en la indemnización que se paga a la administración por el incumplimiento encaminado a reparar el perjuicio causado, mientras que las multas tienen como fin exclusivo asegurar la ejecución del contrato es una medida de coacción para el cumplimiento de las obligaciones.

Así mismo, De Laubadère (1956), indica que las sanciones pecuniarias consisten en la indemnización que se debe pagar por el incumplimiento desde la suscripción del contrato, mientras que las sanciones coercitivas persiguen el cumplimiento efectivo del mismo mediante la coacción durante la ejecución, por lo que resulta claro que las dos figuras buscan el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En relación con el valor de la multa es de precisar que la misma debe ser proporcional por una parte con el valor del contrato y por la otra con el incumplimiento Herrera Barbosa, (2004), la obligación emanada de la multa conlleva el pago de una suma de dinero y al cumplimiento de las obligaciones.

Según la opinión de Ospina (2008), la multa se hace exigible durante la ejecución del contrato y antes de finalizarlo, mientras que la cláusula penal pecuniaria es exigible una vez finalizado el contrato.

Esta precisión marca una sentida diferencia en la interpretación para los que confundían cláusula penal con multa, da claridad al momento contractual en que se debe exigir.

Otra diferencia entre la cláusula penal y la multa contractual de acuerdo con lo que indica Parra Gutiérrez (1998), es que la multa es propia de los contratos de tracto sucesivo, la cláusula penal es viable pactarla además de estos en los de ejecución instantánea.

Esto no es funcional para los efectos que se espera los cuales son que un contratista cumpla con lo pactado en un contrato en un plazo inicialmente planeado, las multas pactadas han demostrado que es un plazo adicional que se otorga al contratista mientras se desarrolla un proceso sancionatorio plazo en el cual el contratista la mayoría de las veces cumple las obligaciones que dejó retardar en el tiempo contractualmente previsto. Ossa Arbelaéz (2000).

Análisis Jurisprudencial de la Cláusula de multas en Colombia

La Jurisprudencia del Consejo de Estado (1992) ha interpretado las multas como un elemento para presionar el cumplimiento de las obligaciones contractuales que no tiene carácter indemnizatorio, en Sentencia 6631 indicó que las multas que la administración puede imponer tienen como finalidad el cumplimiento del contrato, aclarando que la doctrina las define como medidas coercitivas provisionales.

En este mismo sentido, en Sentencia 14461 del 25 de agosto del 2011 sustentó que: En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: “No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo⁵, sino simplemente es un mecanismo

⁵ Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, expediente 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. 14.289.

sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el cumplimiento del objeto contractual”⁶.

Esta jurisprudencia dio claridad al momento en que debía imponerse la multa, el cual es dentro del plazo de la ejecución del contrato, para que cumpla la finalidad de que el contrato se ejecute de manera correcta y oportuna.

Coadyuvando lo anterior, el Consejero Ponente William Zambrano Cetina, precisó que:

La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial⁷. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración⁸. (Consejo de Estado, 2010)

A la luz de lo anterior, resulta claro que la multa no es una sanción toda vez que tiene por objeto constreñir al contratista para que cumpla con sus obligaciones, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines estatales, observando el poder de control y

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18496, CP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ Concepto 1237 de 1999, M.P. César Hoyos Salazar. Sobre la multa como sanción pecuniaria, puede verse BERCAITZ, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, Depalma, Segunda Edición, 1980, p. 418. Igualmente, Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Buenos Aires, Cuarta Edición, 1998, p.412. Capitant señala que la multa “tiene por objeto inducir al deudor de una obligación de hacer o no hacer a que la cumpla, por la amenaza de tener que pagar una indemnización que puede acrecentarse de manera considerable si el incumplimiento se prolonga o se repite” (CAPITAN Henri. Vocabulario Jurídico, De palma, Buenos Aires, 1986 (8ª reimpresión de la primera edición de 1930). P. 382.)

⁸ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo general. Tomo II. Segunda Edición, Madrid, 2009, p. 229 y ss. Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Buenos Aires, Cuarta Edición, 1998, p.393 y 410.

vigilancia a cargo de las entidades estatales, el cual se evidencia en la potestad de la entidad estatal para imponer las multas

En este mismo sentido Dromi (2010), concluyó se pone en riesgo el interés general y el cumplimiento de los fines el Estado, por lo que los incumplimientos ya sean parciales o totales se deben sancionar, por lo tanto, es necesario implementar un sistema eficiente de control para asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

Además, la multa como cláusula, corresponde al pago de una suma de dinero, que debe realizar el contratista incumplido en favor de la entidad contratante, continuando con la necesidad de ejecutar las obligaciones pactadas.

Evolución Histórica de la regulación legislativa de las cláusulas de multas

La multa es una institución que tiene su origen en el ordenamiento jurídico privado, pues se creó con el fin de incluirla dentro de los contratos civiles, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes De las Solas Rafecas (1990).

Del principio de la autonomía de la voluntad se empieza a hablar a partir de Kant (filósofo alemán), para el este tenía un contenido restrictivo consistente en la libertad de escogencia que tiene el hombre de dotarse de una ley moral y de someterse a ella, según la opinión de Benavides J. L.,(2010), se considera la fuente originaria de derecho, por que determina el contenido y efectos del contrato, sin necesidad de estar apegado a la ley.

Según Osorio Moreno (2013), es claro que el principio de la autonomía de la voluntad consiste en el poder que tienen los particulares para autorregular sus propios intereses y determinar el contenido de los negocios jurídicos celebrados, incluyendo los contratos con el estado., donde es necesario de la voluntad del contratista para celebrar el

contrato estando acorde con lo señalado en el concepto 2040 del (Consejo de Estado, 2010).

Doctrinantes como Penagos, (1992) indican que las sanciones derivadas de las multas indican que la potestad sancionadora de la administración tiene como fin lograr la eficacia de la misma.

Las cláusulas de multas tienen como fin apoyar a las entidades del estado en el cumplimiento de sus fines, pero como están planteadas resultan insuficientes toda vez que al no estar completamente reglamentadas resultan ineficaces Palacio Hincapié(2014).

Código Civil de Colombia

El artículo 1592 del Código Civil establece que la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal. (Código Civil, 1987)

El Código Civil observa que la cláusula penal es una coerción que se ejercita sobre el deudor procurando el cumplimiento de sus obligaciones Melo(2005), no tiene carácter indemnizatorio solo es una medida de apremio.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia No.4607 de 1996 respecto de las funciones que cumplen las cláusulas penales precisó que las mismas son las que pactan *“los contratantes con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación...”*

Así mismo indicó que la finalidad de las cláusulas penales es indemnizar anticipadamente de los daños sufridos por el contratante cumplido, que debe pactarse

previamente por las partes, no requiere prueba y también tiene como fin forzar al deudor a cumplir los compromisos adquiridos en el contrato.

Con fundamento en lo anterior, es claro que en el derecho privado las cláusulas penales cumplen funciones de apremio y valoración de perjuicios los cuales son garantía del cumplimiento del contrato.

La multa tiene como función apremiar al contratista al cumplimiento de las obligaciones, una vez se identifique un incumplimiento parcial en la vigencia del contrato, se debe ejecutar dentro de la vigencia del contrato.

La cláusula penal es la medida represiva que busca no solo evitar sino sancionar el incumplimiento ya sea total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

Código de comercio

También incluye la cláusula de multas como medida conminatoria lo desarrolla en el Artículo 867 del Código de Comercio⁹, señalando que cuando se establezca en caso de incumplimiento del pago de una prestación las partes no podrán retractarse de la obligación, la pena será proporcional con la prestación principal. (Código de Comercio, 1971)

Visto lo anterior, el ordenamiento jurídico privado establece la multa como una institución que conmina al deudor para asegurar el cumplimiento de una obligación contractual en un término normal, mientras que en la forma prevista en los contratos

⁹ Artículo 867 Código de Comercio. *Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.*

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte

Estatales es de difícil aplicación por falta de suficiente regulación normativa y más aún en un contrato de Concesión Vial, ya que en estos no se tiene en cuenta el mero hecho de haberse pactado para poder hacer efectiva la cláusula.

En el derecho privado cuando se configura un incumplimiento de lugar a que el acreedor reciba el pago, conforme se pactó para la prestación determinada, mientras que, en los contratos de concesión vial, cuando el contratista cumple la obligación pendiente por ejecutar cesa el proceso de incumplimiento y por ende el pago.

Decreto Extraordinario 2880 de 1959 “Por el cual se reorganiza el servicio nacional de suministros”

En este decreto en los artículos 46 y 47 se indicaba que en los contratos de suministro se aplicaría cláusula penal pecuniaria y que la cuantía debía ser proporcional a la del contrato de tal forma que fuera equivalente a los posibles perjuicios causados por el eventual incumplimiento Ariza Moreno (2000).

Este decreto dispuso que el valor de la multa se podía cobrar directamente de la garantía constituida, pero no indico el procedimiento ni quien era el competente para hacer efectiva la cláusula de multa.

Decreto 150 de 1976 Primer Estatuto General de Contratación Estatal

Posteriormente, el Decreto 150 estableció en su artículo 47 que en todo contrato celebrado por la Nación se tenían que estipular las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa, sujeción a la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniario, y renuncia a reclamación.

En este sentido, el artículo 60 señaló que en los contratos se debía incluir la facultad de la Nación para imponer las multas en caso de mora o incumplimiento parcial, las cuales debían ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios sufridos por la Entidad. y agregó que su imposición se debía hacer mediante resolución motivada, la entidad obtenía el pago de la multa haciendo efectiva la garantía constituida por el contratista, en caso de no existir garantía a través de la jurisdicción coactiva.

En línea con esto, las multas se entendían como potestades excepcionales al consagrarlas como obligatorias en todos los contratos celebrados por la Administración y permitir que su cobro se hiciera directamente por las entidades estatales, medida que no resulta efectiva ya que tiene muchos vacíos frente al procedimiento para el cobro.

Decreto 222 de 1983

El Decreto 222 de 1983 dividió de forma clara y radical los contratos estatales en contratos administrativos y de derecho privado de la Administración para los primeros regidos por el derecho público Escobar Gil (2003) y, la Administración podía de manera unilateral imponer las multas sin intervención jurisdiccional; los contratos de derecho privado de la Administración, por su parte, necesitaban la declaración judicial del incumplimiento, pues la cláusula de multa era tomada eminentemente como una convención pactada en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

Ahora bien, para los contratos administrativos, este Decreto concertó de forma similar al Estatuto Contractual anterior, en su artículo 60, las cláusulas que forzosamente debían contener los contratos, entre las que se destacaban las relacionadas con las multas.

El doctrinante Dussán Hitscherich, (2005) menciona que este mismo precepto en el artículo 61 se establece la obligatoriedad de pactar la caducidad en la mayoría de los

contratos, con lo que, al incluir esta cláusula exorbitante en los contratos administrativos, estos ya no se diferencian de los contratos de derecho privado de la administración.

A su vez, en el artículo 63 se estableció que la resolución que ordenara hacer efectivas las multas prestaría mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hubieran constituido las respectivas garantías y se haría efectiva por jurisdicción coactiva.

El artículo 71 indicó la obligatoriedad de incluir dentro de los contratos la cláusula de multas y que la imposición se hará en resolución motivada. En conclusión, la regulación de las multas realizada por este Decreto es similar a la del Decreto 150 de 1976, su diferencia radicaba en indicar que la entidad estaba habilitada a obtener el valor de las multas directamente del saldo a favor del contratista, pero también podía hacer efectiva la garantía constituida.

Y el artículo 73 del mismo Decreto señaló como sería la aplicación de dichas multas indicando que el valor ingresará al presupuesto de la entidad contratante pudiendo ser descontado del saldo a favor del contratista si existiere o de la garantía en caso de no ser posible se cobraba por jurisdicción coactiva.

De lo anterior se desprende que las multas y la cláusula penal pecuniaria eran definidas como cláusulas exorbitantes al derecho común, razón por la cual las entidades estatales estaban plenamente facultadas para declarar los incumplimientos e imponer las multas a través de la expedición de actos administrativos. Aun así, para poder ser impuestas, requerían estar pactadas en el contrato, pero igualmente no se adoptó el procedimiento para imponer las multas.

Se entendía que este tipo de cláusulas otorgaban prerrogativas a la administración para producir en el contrato, modificaciones, declarar su incumplimiento, darlo por terminado, sancionar de forma unilateral y realizar de manera directa cobros y compensaciones no procedentes en los contratos privados Escobar Gil, (2003).

En lo relativo a los privilegios especiales de los oficios públicos, la teoría se remonta a la doctrina *iusexorbitans* que sirvió de fundamento a los derechos del príncipe del siglo XI, con lo que se justificó la particularidad del derecho público Villar Palasí & Villar Ezcurra, (1983)

Hasta este momento normativo se veía un Estado que estaba pensado para que los contratistas ejecutaran las obligaciones de la forma en que eran propuestas por el legislativo.

Constitución Política de 1991

Con la Constitución Política de 1991 que incluyó dos artículos el 88 y el 333 en los que expresamente se habla de derecho a la libre competencia económica como un derecho de todos los ciudadanos, por lo que evidentemente hubo un cambio de Estado monopólico a Estado Competitivo, Gutiérrez (2013).

Así mismo el artículo 365 planteó la posibilidad de que los servicios públicos encaminados a cumplir con los fines del Estado puedan ser prestados por particulares en condiciones de igualdad. Generando con esto que se consigan mejores ofertas para que el estado contrate con el mejor en términos de competencia.

Por lo cual se hizo necesario modificar o mejor crear un Estatuto Contractual que incorporará los recientes planteamientos constitucionales.

Ley 80 de 1993

Expedida el 28 de octubre de 1993, es una norma que acoge los principios constitucionales descritos en el artículo 209 de la Constitución Política, se pensó para proteger el interés general y cumplir con los fines estatales, basada en la autonomía de la

voluntad de las partes. Al respecto Benavides J. L.,(2010) considera que no es inherente al contrato privado, está concebida como la libertad que tienen los contratantes en el marco de los límites y pautas del Derecho positivo, que genero un cambio en la forma de contratar del estado.

Con fundamento en lo que señala Lamprea Rodriguez(2007), se tiene que la Ley 80 de 1993 a diferencia de los estatutos de contratación anteriores dispone que los contratos celebrados por las entidades estatales se regirán por las disposiciones civiles y comerciales, salvo la regulación específica del Estatuto Contractual.

El Nuevo Estatuto General de Contratación Pública unificó en una sola categoría jurídica la totalidad de contratos estatales, como lo indica Escobar Gil (2003) la Expedición de la Ley 80 de 1993, marco una etapa definitiva en la evolución jurídica del contrato Estatal en la que se eliminó la teoría de los contratos administrativos y de derecho administrativo de la Administración, además no incluyó regulación alguna sobre las multas, salvo dos artículos 4 y 22.1 ¹⁰:

No obstante, lo anterior, el artículo 13 del citado Estatuto consagró que Los contratos celebrados por las entidades deben regirse por las normas comerciales y civiles vigentes a excepción de los regulados por esta norma.

¹⁰ Artículo 4°. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales (...) 2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

De igual forma, el artículo 22.1 señalaba:

DE LA INFORMACIÓN SOBRE CONTRATOS, MULTAS Y SANCIONES DE LOS INSCRITOS. Las entidades estatales enviarán, semestralmente a la Cámara de Comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto. El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.

Conforme a lo anterior, es claro que se admite la posibilidad de incluir las multas en los contratos estatales, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes, observando que lo relacionado con la cláusula de multas estaba regulado en el Derecho Privado no se consideró necesario que la Ley 80 de 1993 regulará esta materia Bautista Möller (1999), lo cual generó una serie de dificultades para adelantar los procesos de imposición de multas, ya que se pactaban pero no había claridad sobre quien tenía la competencia para adelantar el proceso de imposición.

Así las cosas, la autonomía de la voluntad como pilar esencial de los contratos se recupera para la actividad contractual estatal, que se desregula de manera drástica, dando cabida a que los acuerdos entre las partes, legalmente celebrados, sean de obligatorio cumplimiento, salvo aquellos aspectos expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, entre los cuales se encuentra precisamente el relativo a las "potestades excepcionales", llamadas en el anterior estatuto "cláusulas exorbitantes". Palacio Jaramillo (2004).

Lo anterior trajo como consecuencia que la cláusula de multa, antes definida taxativamente como exorbitante, fuera considerada a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 como una cláusula convencional, regida por el derecho ordinario, esto es el derecho civil y comercial.

De este modo, tampoco se dejó consignada la competencia de la Administración para imponer unilateralmente las multas al contratista incumplido, a diferencia del Estatuto de Contratación anterior, con lo cual se tenía como una medida eficaz para buscar el apremio al contratista incumplido, acá se generaron un sinnúmero de vacíos al no tener claridad sobre quién era el competente para tramitar el proceso de imposición de multas.

Además, teniendo en cuenta que no quedó definida expresamente la potestad de la Administración para imponer directamente las multas, mediante acto administrativo, se generaron diversas tesis a nivel jurisprudencial, lo que dio lugar incluso a posiciones

encontradas, acerca de la aplicación de las multas por parte de las entidades públicas contratantes, mediante la expedición de un acto administrativo. (Palacio Hincapie, 2014)

Ley 1150 de 2007

La discusión jurisprudencial finalizó con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que en su artículo 17 fijó la facultad de la Administración de imponer unilateralmente las multas que hayan sido pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, así ¹¹:

Esta potestad de aplicar el debido proceso hace pensar que las entidades tienen la facultad de imponer multas cuando hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones Pero no estableció la forma de adelantar el proceso y luego imponer la multa, por lo que en mi criterio a pesar de tener la claridad sobre el competente para adelantar el proceso no se superó esa ineficacia que tuvo la cláusula para lograr conminar mediante el uso de esta al contratista incumplido.

Esta Ley entendió la multa como un medio de control al servicio del Estado, quedando la Administración con superioridad en la ejecución del Contrato y no como lo que es parte del contrato, caso en el cual lo que se configura no es un negocio sino una orden de ejecución de obligaciones tal como lo sugiere Abela Maldonado,(2009)

¹¹ “Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato”

La norma citada no estableció el mecanismo para imponer las multas, aspecto que fue resuelto con la expedición de la Ley 1474 de 2011, que en su artículo 86 señala el procedimiento para hacerlo, es un proceso administrativo oral, que se desarrolla en una audiencia y en el cual se debe respetar el debido proceso.

De acuerdo con lo que se dijo en la (Exposición de motivos de la Ley 1474 Congreso de la República 2011), esto se hizo con el fin de que el Estado contará con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, poder sancionar al contratista incumplido y proteger a los administrados de los efectos nocivos de los incumplimientos.

Sin embargo, durante la ejecución de este procedimiento se han evidenciado vacíos normativos por lo que es necesario remitirse a lo preservado para el procedimiento administrativo sancionatorio general en la Ley 1474 de 2011.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA DE MULTAS EN COLOMBIA

La Jurisprudencia empezó a estudiar primero si se debía incluir o no la cláusula de multa en el contrato estatal, quien debía declarar el incumplimiento en el sentido de instituir si lo debía declarar el juez o si la administración podía imponerlo directamente a través de la expedición de un acto administrativo.

En cuanto a la inclusión en los contratos estatales observando que el artículo 32 de la ley 80 de 1993, indica que son contratos de la Administración Pública los Actos Jurídicos generadores de obligaciones celebrados por las entidades estatales y que se les aplica el derecho privado, exceptuando los expresamente regulados por el Estatuto de Contratación.

Por lo cual, (Consejo de Estado, 1999) afirma que, si las partes incorporan la cláusula de multas dentro de un contrato estatal, ésta será válida y vinculante, máxime cuando tal estipulación está plenamente permitida en la legislación civil (artículos 1592 y siguientes) y código de comercio (artículo 867), teniendo en cuenta que este pacto no comporta exorbitancia alguna. Razón que justifica al legislador quien, atinadamente, no las incluyó dentro del listado de cláusulas excepcionales (artículo 14 Ley 80 de 1993).

De lo anterior se concluye que las partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad pueden determinar las conductas que dan lugar a imponer sanciones y también pueden establecer el valor de las mismas (Consejo de Estado Sección Tercera, 2010), pero acá se mantiene la incertidumbre jurídica frente a la competencia y forma de imponer la multa.

Ahora bien, en cuanto a la imposición, la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencias de 21 de octubre de 1994 M.P Daniel Suárez Hernández expediente 9288; reiterado en expediente 12669, M.P.Daniel Suárez Hernández; del 18 de julio de 1997; y expediente 10703, M.P. Juan de Dios Montes Hernández, se consideró que en la expedición del Estatuto de Contratación no se tuvo en cuenta en las cláusulas excepcionales la de multas, para lo cual esta debía ser expresamente pactada en los contratos por las partes.

En este momento, la Administración carecía de competencia para declarar el incumplimiento e imponer la sanción, por considerar que en desarrollo del principio de igualdad ninguna de las partes puede adoptar el privilegio de sancionar a su colaborador, esto le correspondía al juez del contrato, lo que hacía que la cláusula de multa fuera un recurso de la administración que no cumplía con la misión para la cual fue pactada.

De acuerdo con esta posición jurisprudencial, esta medida, a pesar de ser acertada no permite que se cumpla el propósito de la imposición de la multa que es conminar al

contratista incumplido al cumplimiento de sus obligaciones, toda vez que al ser impuesta por el juez no resulta oportuna y en ocasiones tendría lugar mucho tiempo después del incumplimiento e incluso la terminación del contrato.

Luego, el Consejo de Estado¹², el MP Ricardo Hoyos Duque consideró que la administración sí tenía competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla general otorgaba el art. 64 del Decreto Ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos, con el fin de dar cumplimiento al artículo 3º de la Ley 80 de 1993 y de esta manera lograr la consecución de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Más adelante (Consejo de Estado 2002), ratificó que con la inclusión de las multas en el contrato estatal, la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley, las partes de común acuerdo pueden convenir un procedimiento para la imposición de la medida el cual era de obligatorio cumplimiento.

A partir del año 2005, la Jurisprudencia del Consejo de Estado modificó su criterio al considerar que la Administración no tenía la potestad de imponer multas al contratista mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía acudir al juez del contrato para lograr que se pudiera incumplir la multa, lo cual desdibuja el carácter coercitivo de la multa toda vez que un proceso se demora más de tres meses.

Es cuando el Consejo de Estado en Sentencia No. 14579 de 2005 recogió la tesis expuesta anteriormente al señalar que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula

¹² Dicha posición fue ratificada mediante otras providencias, como son el auto No. 14558 y la Sentencia No. 16756.

penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, si la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, debería acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, *“se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente”*(p.48)

Posteriormente el Consejo de Estado en Sentencia No. 21574, ratificó la posición anterior señalando que era viable incluir en los contratos estatales la cláusula de multas en caso de incumplimiento a las obligaciones contractuales, esto no otorgaba a la administración la facultad de imponerla de manera unilateral, esta atribución no se la otorgaba la ley, como estaba contemplada en el decreto Ley 222 de 1983 (Consejo de Estado Sección Tercera, 2008)

Y a su vez, agregó de la tesis recogida y ratificada por la Sentencia de 20 de octubre de 2005, pareciera derivarse, la comprensión de que se está en frente de una exorbitancia, por la verificación de una manifestación unilateral (imposición de la multa) de la administración (entidad pública contratante) que produce unos efectos jurídicos en un sujeto de derecho privado (contratista). ¿Cuáles efectos? Una merma patrimonial; toda vez que la administración contratante haría efectivo el monto de la multa, a través de la retención de unos dineros del saldo por pagar al contratista, o de la garantía por él presentada, o a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva (Consejo de Estado Sección Tercera, 2008)

Sentado lo anterior, se debe resaltar una tercera posición jurisprudencial y se debe revisar el Concepto mediante el cual, el honorable Consejo de Estado tomó una posición intermedia, al señalar que la administración podía imponer las multas previstas en el contrato, siempre y cuando se hubiera pactado también la cláusula de caducidad, con fundamento en lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. El referido concepto

indicó: No puede hablarse en estricto sentido de "imponer multas" sino de la "exigibilidad" de las penas pactadas previamente en los contratos, las cuales, son obligatorias a partir de la mora del deudor, y si no las paga voluntariamente, prestan mérito ejecutivo (Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, 2006)

Y en este sentido concluyó que dado que en el derecho contractual vigente no existe un modelo legal exacto que permita interpretar y extraer los efectos jurídicos de una cláusula en la que se acuerde la facultad para "*imponer al contratista multas*," en principio tal disposición debe ser interpretada siguiendo las reglas propias de las cláusulas penales, teniendo en consideración que si cumple una función de apremio o de garantía éstas deben ser incuestionables; y que en caso de duda en su interpretación, debe tomarse como referencia la cláusula penal a manera de tasación anticipada de perjuicios. Entonces, si esta cláusula penal intitulada como multa, es exigible a partir del incumplimiento o de la mora del contratista, la administración podrá cobrar su valor al contratista, bien sea incluyéndola en los actos administrativos en que se ejerza alguna de las potestades del artículo 18 de la ley 80 de 1993, bien sea adelantando un proceso ejecutivo contractual ante la jurisdicción contencioso Administrativa. Igualmente podrá compensarla de acuerdo con las reglas generales del Código Civil, lo cual no resultaba práctico para la administración y los fines perseguidos al no ser una herramienta óptima para normalizar la ejecución de un contrato. (Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, 2006)

De lo dicho hasta acá, se concluye que como en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no se mencionó la posibilidad de imponer multas, como una de las prerrogativas reconocidas a favor de la administración para ser usada como mecanismo de vigilancia y control de la ejecución del contrato, la ley no les otorgó esta facultad exorbitante a las entidades públicas. Por lo que para ser efectivas la Entidad debía adelantar proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que el único efecto que lograba era desgastar injustificadamente la administración.

ANÁLISIS DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS DE MULTAS

1. Carácter no excepcional de la multa

Tal como lo señaló Osorio Moreno (2013), las cláusulas del contrato proceden del ejercicio de la autonomía de la voluntad y garantizan la igualdad de condiciones de los contratantes, al reflejar en el contrato los términos e intenciones determinados por los mismos, para establecer el contenido y el alcance de la relación jurídica producida por sus intereses.

Es importante observar lo dicho por Alexi (1970) existe una concepción referente a que son prerrogativas públicas que le otorgan al Estado un beneficio y trato favorable en sus distintos ámbitos de acción, derivada del carácter de que la administración, normalmente, se presenta como titular de un poder soberano (poder de imperio) frente a los particulares.

En lo referente a la multa concretamente el estado busca el adecuado funcionamiento de la administración garantizando la defensa de la imagen y el prestigio de la entidad contratante Ramirez- Torrado & Hernando V, (2016).

Es preciso indicar que la Cláusula de multas se diferencia de las potestades excepcionales señaladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por que el pacto de la cláusula de multas depende del acuerdo de voluntades Palacios Oviedo, (2015)

El Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983 señalaron explícitamente las multas como cláusulas exorbitantes, sin embargo esa concepción de excepcionalidad cambiaría con la entrada en vigencia del Estatuto General de Contratación, toda vez que

la cláusula de multas no quedo incluida dentro de las potestades excepcionales, y de conformidad con los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 solo conservaron dicha calidad las de interpretación, modificación y terminación unilateral, junto con la declaratoria de caducidad; por lo tanto al ser excepcionales se entiende que son taxativas y de aplicación restrictiva. Palacio Jaramillo (2004).

Lo anterior trajo como consecuencia que esta cláusula, antes del Estatuto de Contratación definida taxativamente como exorbitante, fuera considerada a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 como una cláusula convencional, regida por el derecho común en virtud de la autonomía de la voluntad, no como una potestad excepcional de la administración sino como cláusula accidental emanada del acuerdo bilateral pero que debe ser aceptada por el contratista con la presentación de la oferta, lo acá cuestionado era la facultad que tiene la administración para imponer la sanción una vez se configure el incumplimiento Exposito Vélez, (2013)

Así mismo, como se expresó anteriormente, no se dejó consignada la competencia de la Administración para imponer unilateralmente las multas al contratista incumplido, a diferencia del Decreto 222 de 1983, situación que ocasionó variadas posiciones jurisprudenciales al respecto. Buitrago Vargas,(2014).

Teniendo en cuenta lo anterior, y con fundamento en que la actuación de la administración se rige por el principio de legalidad, para que estas cláusulas puedan ser consideradas como excepcionales, ser ejercidas de manera exorbitante y aplicadas de forma unilateral, requieren que la Ley expresamente faculte a la Entidad para ello, aspecto que no quedo contemplado en la Ley 80 de 1993.

Para Santofimio Gamboa J. (2008), lo señalado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal, al ser determinadas por la ley toda vez que el Estatuto de Contratación Pública indica

expresamente en cuales contratos se pactan las cláusulas de excepción, no son de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales.

El legislador con expedición de la Ley 1150 de 2007 pretendió terminar la discusión jurisprudencial de si la multa era una cláusula excepcional o no. Sin embargo se debe tener en cuenta que el artículo 17 de la citada norma no modificó ni adicionó el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, simplemente facultó a las Entidades Públicas a imponer directamente las multas sin tener que acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, razón por la cual es claro que dicha norma le otorgó a la multa una de las características que tienen las potestades excepcionales, esto es la facultad de imponerla de manera unilateral, pero al no haberla consagrado expresamente como tal, es evidente que no se puede contemplar cómo potestad excepcional.

En este mismo sentido Güecha Medina (2006), señala que las Cláusulas exorbitantes se incluyen dentro de las prerrogativas otorgadas a la Administración por mandato legal, con lo cual se le otorgan a las Entidades Públicas contratantes privilegios para desarrollar actuaciones unilaterales, sin acudir a lo contencioso administrativo.

Por lo anterior, resulta claro que el problema no se solucionó toda vez que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que contiene taxativamente la enumeración de las potestades excepcionales, no fue adicionado con estas cláusulas que podrían denominarse especiales o de manera diferente, pero de ninguna forma considerarlas exorbitantes en términos de Palacio Jaramillo & (Comp.) de Vivero Arciniégas, Potestades Excepcionales y su Nueva Regulación Legal y Reglamentaria - Poderes de la Administración. Reforma al Regimen de Contratación Estatal (2010).

En cuanto a las cláusulas penal y de multas, Rico Puerta (2013), las observa como “*Cláusulas no excepcionales de contenido sancionatorio*” por considerar la naturaleza

consensual de origen legal, toda vez que son las partes de común acuerdo quienes establecen las causales, la cuantía y la oportunidad para imponerlas.

Sin embargo, doctrinantes como Suárez Beltrán (2014), discuten la calidad de excepcional de la cláusula de multas y la prohibición de aplicarla directamente por parte de la entidad estatal.

En este mismo sentido Suárez Tamayo (2014), indica que se reconoce un carácter tanto excepcional como convencional de las cláusulas penal y de multas, al señalar que la legislación le otorga a la administración prerrogativas que permiten estar en una situación de superioridad frente al contratista, pero eso en la teoría en la práctica no las podía usar para el fin que fueron pactadas.

De lo dicho hasta acá, se puede concluir que “lo exorbitante puede ser unilateral pero no viceversa”, pues para que se pueda dar la exorbitancia de una cláusula, no solamente tiene que haber consagración legal sino taxatividad en la estipulación que la contenga, las partes deben pactarla Arrieta Palacios & Duran Guardiola (2011).

Para Urrueta Rojas (2010), las multas en la contratación estatal constituyen un medio de apremio pecuniario, donde previamente media la voluntad de las partes y la finalidad es responder por los incumplimientos parciales en la ejecución de las obligaciones en cabeza del contratista.

Tal como lo señalo Díaz Quiñones (2015), para la aplicación de decisiones de carácter sancionatorio adoptadas por la administración es posible regirse por reglas y principios. En el nuevo contexto de Estado, la administración pública no se concibe como un ente que aplica mecánicamente la ley, al contrario, es un ente dinámico que adopta sus decisiones en torno a la consecución de la justicia material.

En este sentido, El (Consejo de Estado 2013), precisó que cuando la administración impone una multa a su co-contratante lo hace, no en desarrollo de una potestad exorbitante que contenga el ejercicio de una función administrativa, sino en el ejercicio de una cláusula afín al derecho común (artículo 1592 del C.C.) y al derecho comercial (artículo 867 del C. de Co) que, por lo mismo, no representa una manifestación del poder soberano del Estado en el marco de la relación contractual.

Según el profesor Rodríguez R.,(2011)realmente, la única prerrogativa de la administración, en cuanto a la aplicación de multas se refiere, consiste en la posibilidad de imponerlas unilateralmente por la entidad , por sí y ante sí, a través de acto administrativo, con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones, sin necesidad de acudir previamente al juez del contrato –privilegio de la decisión previa o de autotutela-, con fuerza ejecutiva y ejecutoria, tal como lo preceptuaba el artículo 71 del Decreto 222 de 1983 y lo contempla hoy día el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; pero, sin duda, ese privilegio es común a todos los actos que profiere la administración en desarrollo de la relación contractual (liquidación unilateral o declaración de incumplimiento con miras a hacer exigible la cláusula penal pecuniaria, exigibilidad de las garantías, etc.).

Con esta Sentencia (Consejo de Estado 2013) se tiene un avance en el sentido de instituir que la cláusula de multa no es una potestad excepcional del Estado, lo cual deja señalado que las multas simplemente constituyen la aplicación de una facultad convencional que se rige por el derecho común, este es un pronunciamiento jurisprudencial que, como se ha visto a lo largo de este escrito, puede variar y cambiar de posición fácilmente, este es un tema de tanta relevancia dentro de la contratación estatal, razón por la cual debería darse una modificación legal que defina el tema y así poder terminar la inseguridad jurídica que se presenta al respecto.

Para Cassagne,(2002) la exorbitancia o la excepcionalidad respecto del derecho común no radica en el contenido de la cláusula de multas, sino en el mecanismo o el instrumento que se utiliza para aplicarla, pues aquella, en últimas, tiene una finalidad conminatoria, con alguna incidencia en el marco de la relación contractual y con efectos pecuniarios que, como tales, son susceptibles de transacción y, por ende, de arbitraje, a términos de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989 –modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998- (compilado por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998); pero, la multa no tiene una trascendencia jurídica tal, que comprometa el interés general o el orden público, como sí sucede con las cláusulas exorbitantes o llamadas, en vigencia del régimen de la Ley 80 de 1993, cláusulas excepcionales al derecho común.

A partir de la expedición de la ley 80 de 1993 y hasta el 2005, con apoyo de lo señalado en la jurisprudencia del consejo de Estado, la administración imponía las multas, sin acudir al juez del contrato amparados en la figura de la autotutela administrativa Urrueta Rojas(2010).

Acá es preciso indicar que la autonomía de la voluntad privada en el marco del contrato estatal está un poco delimitada por lo que establece la administración primero en los estudios luego en los pliegos y después de adjudicar el contrato en el contrato, pero conforme lo señala el artículo 1602 del código civil colombiano es el particular quien en uso de su poder autónomo escoge presentarse al proceso contractual.

Carácter Conminatorio y de apremio de las multas en los Contratos de Concesión vial

A. Contrato de Concesión

La (Corte Constitucional 2012), a este respecto precisó que los contratos de concesión son instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la

inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal.

Acá es necesario traer a colación lo relevante que es identificar la actividad del Estado que para Fraga(2000), es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines estatales que tutelen el interés de los administrados.

Complementando lo anterior la concesión administrativa debe tener como propósito atender requerimientos y necesidades del interés público y están sujetos al control y vigilancia de la administración todo conforme a las exigencias del legislador. Parejo Alfonso, (2003)

Al respecto De los Santos Morales(2013), comenta que el estado es a quien se le atribuye la Imputabilidad de los derechos y las obligaciones del poder público, su personalidad jurídica le permite celebrar en el exterior tratados internacionales con otros países y en el interior contratar y obligarse con los particulares y/o con personas del derecho público.

Según Castro Cuenca, García López & Martinez Vargas (2010), es importante empezar destacando la relevancia que tiene el interés público en los contratos públicos ya que estos permiten la aplicación de cláusulas exorbitantes al derecho privado por lo que exige que en la formación del contrato la mera autonomía de la voluntad sea reemplazada

por criterios objetivos para la selección objetiva de la mejor oferta que se realiza por medio de procesos de licitación o concurso.

Queriendo dar más claridad traigo a colación lo dicho por Gordillo A. (2017), al indicar que la calidad que ostentan los contratos que celebra la administración tienen todos unos regímenes en parte de derecho público, pero que no es uniforme; por lo que todos pueden ser denominados “contratos administrativos,”.

Según Younes Moreno, (1996), la administración con denominación de contratos estatales celebra tanto los contratos previstos en el derecho común, como los regidos por normas de derecho público tal es el caso de los contratos de obra, consultoría, de concesión y de prestación de servicios.

La legislación ha concretado la noción de contrato estatal como aquellos actos de tipo jurídico, que general obligaciones y son celebrados por las entidades estatales, obedeciendo a lo impuesto por el ordenamiento legal. La finalidad que persigue la contratación estatal se encamina a la satisfacción de las necesidades y la protección de los intereses y derechos de los administrados, la prestación de los servicios públicos, conforme se cumplan con los fines del Estado Ramos Acevedo & Ramos Acevedo Amparo (2014).

El contratista es el particular (persona natural o jurídica, consorcio o unión temporal), una entidad estatal o una agencia internacional Fandiño Gallo (2014), el particular, por su parte, al contratar con el Estado debe considerar que al celebrar y ejecutar tales contratos colabora con el Estado en la consecución de sus fines, así como el cumplimiento de su función social, en donde la consecución de los fines del Estado es mancomunada entre las entidades estatales y los particulares, quienes deben cumplir a cabalidad con los deberes y obligaciones que les impone la ley (Diez, 2000)

Ahora bien, con relación al tema que nos ocupa es preciso señalar que el Contrato de concesión está regulado en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como un contrato autónomo Pino Ricci (1997). En materia de obra se estableció¹³ Como acertadamente indica Linares (2007), el servicio público es la prestación obligatoria de cosas y servicios para satisfacer necesidades colectivas primordiales de la comunidad los cuales se pueden prestar directamente por la administración o contratando a particulares. Haciendo viable los propósitos concesionales con vínculos de servicios públicos con concesiones de obras públicas para la ejecución de infraestructura que es necesaria para el desarrollo económico del país Ruiz Ojeda (2006).

B. Contrato de concesión vial

La Ley de Transporte 105 de 1993¹⁴, desarrolla lo atinente con el Contrato de concesión específicamente para la infraestructura vial, el desarrollo de proyectos viales

¹³ “4. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

¹⁴ “por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”. En su artículo 30 prevé. - Del contrato de concesión. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial. Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes. La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario implicará responsabilidad civil para la Entidad quien, a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable. En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte”.

con participación privada tiene su origen en la década de los 90, cuando se da inicio al Sistema de Concesiones Viales. A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, se abrió el espacio para la participación de privados en una actividad que hasta ese momento había estado limitada a la contratación de servicios de mantenimiento y actividades afines Acosta, Rozas Balbotín, & Silva (2008).

Es así como en 1992, el Gobierno nacional pone en marcha el programa de concesiones, en un contexto que planteaba desafíos frente a los procesos de globalización, apertura económica y crisis fiscal.

Así, la participación de privados que empezó como una forma de apertura económica propia del Gobierno de Cesar Gaviria (1990-1994) en el desarrollo de infraestructura vial se ha mantenido hasta la actualidad, contando a la fecha con tres modelos distintos de concesión –primera, segunda y tercera generación–, antecedentes del actual Programa Cuarta Generación de Concesiones Viales. Infraestructura Vial en Colombia(2015).

En los contratos de las cuatro generaciones de concesión suscritos antes por el Instituto Nacional de Concesiones- INCO hoy por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI se han incorporado la cláusula de multas como una forma de conminar al contratista a cumplir con las obligaciones establecidas a su cargo en los Contratos, lo que se ha evidenciado es que no son una efectiva forma de lograr que el contratista incumplido cumpla con las obligaciones dentro del plazo previsto en el contrato.

Procedimiento para la imposición de multas

Con la claridad de que la multa tiene como fin sancionar incumplimientos parciales, leves que no impiden cumplir con el fin de la contratación que es la satisfacción del interés general, es decir cuando aún el contrato es viable Bautista Beltrán (2013).

Es preciso traer a colación la definición dada al Derecho Administrativo Sancionador, que estudia la potestad sancionadora de la administración abarcando y el ordenamiento jurídico administrativo sancionador, determinando que esta potestad hace parte de la competencia de gestión, y que se fundamenta en el principio de legalidad, dicho por Nieto García (1994) y que Cano Campos (1999), completa al decir que la potestad sancionadora es una de las principales formas de actuación de la Administración .

Sobre el procedimiento de imposición de multas, en relación con el alcance y la naturaleza del procedimiento administrativo, la Ley 1150 en el artículo 17 establece que las entidades deben adelantar una audiencia y agotar un procedimiento que garantice el derecho de defensa Urrueta Rojas (2010),

Es de señalar que la citada norma no precisó cómo se debía adelantar el proceso administrativo para la imposición de multas, este se desplegó en la Ley 1474 de 2011 Artículo 86 que estableció la facultad para las Entidades sometidas al Estatuto De Contratación para declarar el incumplimiento con la correspondiente cuantificación de los perjuicios y la de imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato así como la de hacer efectiva la cláusula penal.

El procedimiento que debe seguir la entidad pública para efectuar esta declaración de incumplimiento es un proceso oral que se desarrolla así: a. Citación a audiencia: La Entidad Estatal deberá citar a audiencia al contratista y a su garante en la que se describirán los hechos que llevan a la misma adjuntando informe de interventoría o de supervisión., b. Audiencia: en la cual se presentarán las normas y/o cláusulas posiblemente violadas con la indicación de sus consecuencias y se dará uso de la palabra para que rendir

explicaciones y/o descargos controvertir y presentar pruebas., c. Decisión: cumplido lo anterior y en caso de no requerirse la suspensión de la audiencia para practicar pruebas la entidad emitirá resolución motivada en la que decide imponer o no la multa, contra esta decisión procederá recurso de reposición.

Complementando lo anterior el (Consejo de Estado 2013), reitera que el procedimiento para la imposición de multas está determinado en las Leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86, en los vacíos procedimentales de estas normas debe acudirse a lo previsto para el procedimiento administrativo sancionatorio general Ley 1437 de 2011, artículos 47 y siguientes.

En conclusión, para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento el procedimiento debe ceñirse al señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Así las cosas, luego de expedida la Ley 1474 de 2011 el procedimiento está conformado básicamente por tres etapas citación a audiencia, celebración de audiencia en la que se enuncian las cláusulas y normas posiblemente infringidas y sus consecuencias, se da uso de la palabra al contratista para presentar y controvertir pruebas y posteriormente se emite una resolución motivada en la que se decide si se impone o no la multa.

Cumplida la etapa anterior se incluirá dentro de la resolución de imposición de la sanción el monto de la multa y se ordenará el pago al contratista y al garante.

El criterio orientador para la imposición de las multas por parte de la ANI no es otro que aplicar las prerrogativas concedidas por el legislador a la Administración para que ejecute en debida forma la gestión encomendada, la cual está encaminada a cumplir los fines del Estado satisfaciendo las necesidades de los administrados.

CONCLUSIONES

Primera. En los incumplimientos de los contratos de concesión la multa no es una sanción propiamente dicha, ya que tiene por objeto constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, en caso de un incumplimiento parcial o el retardo injustificado en el cumplimiento de las obligaciones que le sean imputables.

Segunda. Teniendo en cuenta que la finalidad de las multas es conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, más no castigarlo por el incumplimiento de dichas obligaciones, habida cuenta que sólo procede mientras éste pendiente la ejecución de las obligaciones a su cargo, si el contratista se puso al día, esto es cumplió sus obligaciones, la multa se torna improcedente, pues la multa es entendida como una medida coercitiva, un medio de apremio que tiene una finalidad muy específica, que no es otro que el correcto desarrollo de las prestaciones a cargo del contratista y que con esto se permita la satisfacción del interés general.

Tercera. La multa es una cláusula convencional, regida por el derecho común, razón por la cual no puede entenderse bajo ningún motivo como una cláusula excepcional, a pesar de que la Ley 1150 de 2007 le ha otorgado características de tal y la jurisprudencia no ha sido clara al respecto, con fundamento en eso haré la propuesta de modificar el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 con el fin de incluir las multas como otra de las facultades excepcionales y así terminar la inseguridad jurídica que existe en la actualidad.

**ANÁLISIS DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL
EN COLOMBIA: UNA PROPUESTA PARA UNA MAYOR EFICIENCIA**

CAPITULO II

**ANÁLISIS DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN
VIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA
FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

**ANÁLISIS DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN
VIAL EN COLOMBIA: UNA PROPUESTA PARA UNA MAYOR EFICIENCIA¹⁵**

**ANÁLISIS DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN
VIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA FUNCIÓN
ADMINISTRATIVA**

Sonia Jaqueline Angarita Salazar¹⁶

Resumen

En el presente capítulo analizando los principios que rigen la contratación y en especial el principio de eficacia, con el fin de establecer si la cláusula de multas de los contratos de concesión vial es coherente con este postulado de la administración en especial en el logro de los fines propuestos con cada contrato, llegando a unas conclusiones y producto de esto presentar una propuesta encaminada a optimizar esta medida con el fin que se cumplan los contratos oportunamente.

¹⁵ El presente documento corresponde a un artículo que es el resultado de una investigación realizada con ocasión del programa de maestría en Derecho contractual público y privado de la universidad Santo Tomás.

¹⁶ Abogada de la Universidad Libre de Colombia; Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre y en Gerencia de Servicios en Salud de la Universidad Sergio Arboleda.

Palabras clave:

Principios, contratos de concesión, generación de concesiones, eficacia, multas

Abstract

The present chapter analyzes the governing principles of contractual law, particularly the principle of effectiveness, in order to figure out whether the penalty clause on road concession agreements is consistent with the principle of effectiveness, especially when evaluating each contract's purpose, finding new conclusions leading to a new proposal to optimize this measure, in order to complete these contracts in a timely manner.

Key words:

Principles, concession agreements, generate concessions, effectiveness, fines

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se revisan los antecedentes del concepto de principio normativo que tal como lo indica Lamprea Rodríguez (1994), corresponde a los criterios de aplicación legal que se diferencian de los valores ya que estos últimos contienen fines jurídicos a futuro mientras que los principios expresan normas jurídicas para el presente.

Aunque para autores como Roa Salguero & Ferrer Leal (2009) no hay diferencia entre los principios de la función administrativa y los que regulan la contratación estatal toda vez que la actividad contractual hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que los principios constituyen la piedra angular de la gestión de la administración, incluidos en el catálogo de principios, derechos y valores

constitucionales que regulan todas las actuaciones administrativas Bernal Pulido, (2008) se describe cada uno y se profundiza en el estudio de aquel en el que se refleja la gestión que realizan las entidades del estado es el principio de eficacia, para lo cual se revisaron tres casos de procesos sancionatorios adelantados por la Agencia Nacional de Infraestructura con el fin de verificar las debilidades que se presentan en el desarrollo de los mismos frente a las escasas normas que reglamentan las multas, para finalmente determinar si estas son eficaces en la gestión de la administración o si por el contrario lo que hacen es generar cargas adicionales de trabajo a las entidades Estatales.

Suárez Tamayo, (2010) señala que en conclusión en Colombia hay 21 principios básicos de la Contratación, que la administración debe salvaguardar.

Este artículo tiene como objetivos analizar los principios que rigen la contratación administrativa en especial el principio de eficacia en el marco de las características del contrato de concesión de infraestructura en Colombia, realizando un análisis crítico y propositivo de la aplicación de las multas en los contratos, lo anterior con fundamento en las normas, jurisprudencia y doctrina sobre el tema.

Acá utilizando la metodología cuantitativa exploratoria porque primero se revisan conceptos doctrinales, la jurisprudencia y la ley Colombiana, luego se repasan los elementos y características del tipo de contrato de concesión vial.

ANÁLISIS DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

2. Principios generales que rigen la actuación administrativa y la actividad contractual en relación con el procedimiento de multas

Considerando que es pertinente abordar ligeramente los principios de la actuación administrativa y de contratación con el fin de hacer un repaso y luego ahondar en el principio de eficacia y lo relevante que resulta para las actividades que deben desarrollar las Entidades Estatales, para ello y teniendo claridad de que la contratación estatal no solo está regida por los principios de la Ley 80 de 1993 sino también por los principios que rigen la función pública, el derecho administrativo, el derecho civil y comercial.

La Constitución Política de Colombia en el Artículo 209 expone el concepto de función administrativa, señalando los principios que la rigen, los cuales según lo dicho por la Corte Constitucional se dividen en finalísticos (la función administrativa se encuentra al servicio del Estado), organizacionales (descentralización, desconcentración y delegación) y funcionales (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía). (Corte Constitucional C-561 , 1999).

En el mismo sentido el Artículo 3 Ley 489 de 1998 indica los principios que rigen la función administrativa del artículo 209 de la Carta Política, adicionando: principio de buena fe, eficacia, participación, responsabilidad y transparencia.

Complementado lo anterior Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”* en el Artículo 3 establece unos principios que presiden la administración y los procedimientos administrativos agregando a los que ya contenía el código anterior los principios de transparencia, imparcialidad, igualdad, buena fe moralidad, participación, responsabilidad, debido proceso y coordinación determinando la función de cada uno de ellos.

C. El principio de igualdad y Moralidad

Es un principio Constitucional Consagrado en los artículos 13 y 209 por el cual no se puede discriminar a los administrados en razón de sexo, ideología, raza, así mismo se debe dar un trato igual a quienes tienen condición de igualdad es decir la administración debe ser imparcial y debe dar un trato administrativo uniforme a todas las personas, en el ejercicio de la función administrativa específicamente en la contratación estatal se debe evitar el trato discriminatorio entre oferentes, con esto se protegen otros principios que orientan la contratación estatal como es el caso del principio de la libre concurrencia, la transparencia, la selección objetiva .

A su vez, el principio de moralidad administrativa es un principio constitucional de la función pública incluido en el Artículo 209 de la Constitución Política que está directamente relacionado con el comportamiento de los servidores públicos, en razón a que el interés general es la justificación de toda la actuación administrativa Villamizar & Eddy (2009).

Este principio está directamente relacionado con la ética pública Olivos Campos (2005), se evidencia la existencia de patrones de ética pública que regulan las conductas que afectan el buen desempeño de las instituciones y los recursos públicos, en consecuencia, la ética pública es una herramienta para combatir y evitar la corrupción.

D. El principio de economía y celeridad

En observancia al principio de economía las entidades deben incluir en sus actuaciones de manera permanente la eficiencia y la austeridad, administrando con calidad y siempre protegiendo los derechos de la colectividad, este principio se encuentra consagrado en el Estatuto de Contratación específicamente en el artículo 25 como

principio orientador de la función pública, está directamente relacionado con el principio de eficacia y celeridad.

El principio de celeridad busca evitar los trámites innecesarios en los procedimientos administrativos de tal manera que se adelanten de manera segura y continua, es decir que los procedimientos no se deben interrumpir por fenómenos externos al ordenamiento jurídico Fernández Arbeláez I. (2015), para lo cual impulsarán la toma de decisiones que dinamice los procesos. Incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, en el menor tiempo posible y sin dilaciones injustificadas.

E. Los principios de imparcialidad, publicidad, debido proceso, derecho de defensa y principio de libertad de asociación

En virtud del principio de imparcialidad los operadores administrativos están obligados a desarrollar sus actuaciones en el marco de la imparcialidad sin subjetivismos y alejados de los intereses personales Fernández Arbeláez I. (2015), atendiendo las condiciones de la ley y los contratos, de todos los sujetos sin discriminación ni preferencia alguna.

El principio de publicidad indica que las actuaciones públicas para que puedan producir efectos jurídicos deben ser publicadas sin necesidad de que exista petición para este fin, en los contratos celebrados por las entidades del estado los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener la oportunidad de conocer del proceso y sus reglas, con lo cual se protegen principios como el del debido proceso, libre concurrencia, economía y en mi criterio el más relevante la transparencia. La publicidad también puede ser vista como una herramienta que facilita el acceso a la contratación pública especialmente a los operadores económicos que estén en disposición de tender las necesidades de la administración Duran Ruiz de Eguilaz (2016), por lo que se debe dar a

conocer de manera oportuna a la ciudadanía y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, la gestión que se adelanta.

El principio del debido proceso y derecho de defensa se define como lo señala Fernández Arbeláez I.(2015), tiene como objetivo hacer que los procesos administrativos respeten los derechos fundamentales de las personas, para lo cual antes de la toma de una decisión administrativa que involucre ya sea un administrado o un grupo de administrados eso si debidamente individualizados debe existir una previa intervención de los mismos, se deben observar garantías procesales, es decir los administrados han debido tener la oportunidad de expresar su opinión e invocar el respeto de sus derechos fundamentales.

El debido proceso se aplica también a los procedimientos administrativos. Las garantías, principios y derechos que lo conforman y presiden toda actividad de la Administración, deben tener vigencia desde el inicio de cualquier procedimiento administrativo, hasta la conclusión del proceso, y debe cobijar a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración.

Tal como lo señala Orrego Lombana (2016), el derecho a la defensa es un principio constitucional establecido en el artículo 29 de la Carta Política, por lo que debe ser tenido en cuenta en todas las actuaciones de las entidades del estado, por su parte la Ley 1437 de 2011 señala que las actuaciones administrativas se deben adelantar conforme a las normas de procedimiento establecidas en la constitución y la Ley garantizando los derechos de representación, defensa y contradicción, el debido proceso no solo aplica en la selección del contratista, se debe respetar en todas las etapas de la ley contractual.

El principio de libertad de asociación desarrollado por la Corte Constitucional (Sentencia de Constitucionalidad , 1999) quien ha indicado que es un derecho constitucional que se encuentra amparado por tratados internacionales el cual se describe como la potestad

que tiene toda persona para adquirir compromisos con otras para adelantar un proyecto, conformando una estructura organizativa reconocida por el Estado.

F. Principios específicos que rigen la contratación estatal

Con fundamento en el Estatuto General de Contratación, todo proceso contractual se rige por las normas del Derecho Civil y Comercial a excepción de lo regulado por el Estatuto de Contratación Ley 80 de 1993 y demás normas de contratación estatal.

Ahora bien, la ley 1150 de 2007 incorporó expresamente el respeto a los principios constitucionales, los cuales están plenamente preservados por las entidades estatales en su gestión, Santofimio Gamboa J. O.(2009).

a. El principio de la planeación

El principio de planeación en la actividad contractual de las entidades estatales se orienta a que las mismas, preliminarmente a la iniciación del proceso de contratación, cuenten con los estudios tendientes a determinar la oportunidad y conveniencia del contrato, así como la adecuación de los procesos de selección y de sus condiciones al cumplimiento de los fines de la entidad contratante, a su plan de inversiones y a su presupuesto. Se deben elaborar detalladamente los estudios previos y documentos soporte del proceso de selección, con el objeto de poder lograr la necesidad del servicio y la finalidad de la actividad de la entidad contratante de resaltar que estos mecanismos no son excluyentes con los previstos en las normas para la declaratoria de incumplimientos, imposición de normas y cláusula penal

b. El principio de la transparencia

Principio directamente relacionado con el de selección objetiva, mediante el cual se busca garantizar la imparcialidad, pero sobre todo la igualdad de oportunidades en los procesos de contratación, seleccionar objetivamente a los contratistas, publicar las decisiones adoptadas en los diferentes procesos de selección con el fin de que los interesados puedan controvertirlas, sobre todo promover la moralidad administrativa.

Este principio es consecuencia directa de la aplicación del principio de legalidad, que exige la aplicación estricta de los procedimientos establecidos en el proceso contractual, para lo cual el doctor Santofimio Gamboa J. O.(2004)concluye que la contratación estatal se encuentra sujeta al principio de legalidad, por lo que no existe espacio para arbitrariedad ya sea administrativa o de particulares, todos los aspectos relacionados con el contrato estatal se relacionan directamente con el contexto normativo.

c. Principio de economía

A través del principio de economía se pretenden suprimir trámites, requisitos y autorizaciones innecesarias que dificulten los procesos de contratación, fortalecer la planeación de los procesos de selección, establecer mecanismos que agilicen la contratación y que permitan subsanar requisitos no necesarios para la comparación de propuestas, concentrar la evaluación de las ofertas en la ponderación de sus aspectos técnicos y económicos, y crear reglas para la atención oportuna de las solicitudes formuladas por los proponentes y contratistas. En términos generales, se busca que la gestión contractual se adelante con austeridad de medios, tiempo y gastos, en procura de optimizar el real cumplimiento de los cometidos estatales, así como evitar la toma de decisiones inhibitorias.

d. Principio de responsabilidad

Principio por el cual se establece que los servidores públicos que intervienen en el proceso de selección son responsables por acción, omisión o extralimitación de sus funciones Rosero Melo (2011), tiene como propósito fundamental que la gestión pública se desarrolle de manera diligente, recta y transparente, fijando responsabilidades en los servidores públicos y contratistas de la administración que participan en la actividad contractual, con el fin de vigilar y controlar la correcta ejecución de lo contratado y garantizar la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de la entidad, del contratista, y de toda persona con interés o participación en el contrato. Los proponentes y los contratistas serán responsables por toda acción u omisión que contravenga la buena fe contractual, tanto en las etapas previas a la contratación como dentro del proceso contractual.

e. Principio de selección objetiva

Con este principio se busca la participación de un número mayor de proponentes en los procesos que adelante la administración Araujo Oñate (2011), señala que consiste en la escogencia del contratista con base en el ofrecimiento más favorable para la entidad, sin tener en consideración factores de afecto o interés y en general cualquier clase de motivación subjetiva.

3. El principio de eficacia como principio de la función administrativa

Según el diccionario de la Real Academia Española, Eficacia es la “*capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*”. Lo que se traduce en que la eficacia se describe como la habilidad e idoneidad exigibles a la administración para obtener los resultados en forma oportuna y correcta, evitando trabas innecesarias de tal forma que se cumpla oportunamente con lo propuesto, (vlex.com, 2017) llevando intrínsecamente una condición de calidad en cuanto a que se persigue obtener el resultado esperado.

Parejo Alfonso (1995), enseña que la eficacia se relaciona con la producción del efecto esperado y la eficiencia es la utilización de los medios idóneos para llegar al fin u objetivo.

Igualmente, doctrinantes como Fernández Arbeláez I.(2015), consideran que la administración pública debe estar en capacidad de atender las necesidades del conglomerado utilizando los elementos que tiene a su disposición definiendo los asuntos a cargo de la administración en un tiempo razonable.

Para Gordillo A. (2003), la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público debe estar encaminada a atender el interés general.

El Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)¹⁷ describe este principio como el mecanismo que tienen las entidades del estado para lograr los fines propuestos, pero sobre todos siendo efectivos en la gestión.

La constitución Política de 1991 recogió unos principios rectores de las actuaciones de la administración entre los cuales se incluyó el de eficacia este principio se encuentra consagrado en los artículos 209 y 268 de la Constitución de 1991. El principio de eficacia ordena que la administración pública debe obtener un resultado, alcanzar un fin, en beneficio de la colectividad.

En virtud de este principio se evalúa la efectividad de la gestión en razón a que siempre existirá un referente, ya sea una ley, el plan de desarrollo o un contrato que fíjelos parámetros de lo que se espera obtener con la gestión de la administración, prevaleciendo

¹⁷ Refiere el principio de eficacia de la siguiente manera “En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para tal efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.”

lo sustancial sobre lo formal, representado en el fin público, en el servicio público para lo cual se vinculan los particulares contratistas Benavides J. ,(2014)

Como bien lo indicó Sánchez Pineda (2016), la configuración del quehacer de la Administración pública está ajustada, al principio de eficacia, lo que quiere decir que es la producción de un resultado como consecuencia de la actuación de un funcionario en cumplimiento de la ley. En el marco de la contratación estatal, dicho quehacer deberá ser, la realización material de los fines del Estado, los cuales incluyen la satisfacción de los requerimientos de interés general.

El principio de eficacia en desarrollo de los procesos de Contratación Estatal se presenta en dos etapas así:

A. Eficacia en la etapa precontractual:

Las entidades tienen el deber de planear los procesos contractuales dedicándoles especial cuidado a la forma como los desarrollará, de tal manera que se garantice la pluralidad de los oferentes es decir que los procesos estén elaborados de tal manera que generen confianza a los particulares para participar y de esta forma escoger la oferta más favorable para la entidad.

Para el Programa de las Naciones unidas para el Desarrollo (PNUD)(2012), la planeación es un instrumento que constituye la piedra angular para que el proceso de contratación tenga garantía de transparencia e integridad.

B. Eficacia en la etapa contractual:

Los contratos que celebran las entidades del estado están encaminados a cumplir con los fines del estado, de tal forma que un contrato se considera eficaz si cumple con los

finés públicos es decir que el contrato satisfaga las necesidades de bienes y servicios de la comunidad

La Corte Constitucional frente a este principio ha precisado diferentes aspectos entre los más relevantes:

(Corte Constitucional C-618, 2012), ha manifestado que el fin de la contratación pública está asociado al cumplimiento del interés general, por lo que el contrato público es un *“instrumento jurídico de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades”*, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las obligaciones pactadas. Con lo que se dice que principio del interés general no solo es la finalidad, sino que constituye el fundamento de la contratación administrativa,

Así mismo (Corte Constitucional T 206, 1994) ha indicado que este principio guarda relación con el deber que tienen las entidades de realizar lo necesario para conseguir el cumplimiento de los fines del Estado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º de la Constitución, que expresa entre ellos el de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios consagrados en la Constitución asegurando la convivencia pacífica, por lo que es deber de las autoridades el atender las necesidades y observar que se respeten los derechos de los administrados.

A su vez se considera relevante repasar la postura del Consejo de Estado frente a este principio:

El (Consejo de Estado, 2007) ha enfocado este principio a la etapa de selección del contratista, pues los procedimientos establecidos deben lograr su finalidad, encontrando su sustento en el principio de economía, el cual busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de

los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines, conforme al contenido del artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

En el cumplimiento de este principio las entidades estatales han previsto pactar la cláusula de multas como una herramienta encaminada a que se cumplan los contratos en la forma como fueron concebidos y en el plazo pactado.

4. Alcance del principio de eficacia en los contratos de concesión vial

Hace parte el derecho a una buena administración que no es sólo beneficio que se limita a incluir un conjunto de principios y derechos relativos al procedimiento administrativo debido o justo específico Ponce Solé (2016)

El Contrato de Concesión Vial es un contrato administrativo que tiene un fin público y que como lo indicó Gaston (1950), son los que celebra la Administración Pública con otra pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública, el cual es concordante con lo dicho por Marienhoff (1970), quien también indica que este contrato administrativo se celebra para satisfacer finalidades públicas.

Revisando lo señalado por Sánchez (2003), sobre el sistema de contratación por concesión, el cual encuentra la fuente de pagos en el recaudo de peajes y con esto el privado recupera la inversión realizada, con esto el estado es eficaz a la hora de la prestación de este servicio público ahora bien con el fin de establecer el alcance del principio de eficacia en los contratos de concesión vial, veo necesario abordar temas como:

ANÁLISIS DE LAS GENERACIONES DE CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL EN RELACIÓN CON LA IMPOSICIÓN DE MULTAS

Acertadamente algunos doctrinantes han indicado que el contrato de concesión es un instrumento del Estado para el desarrollo de la infraestructura, para lo cual se apoya en los particulares Araujo & Sierra (2013).

El tratadista Escola H.(1977), define la concesión como la necesidad de la administración de atender los servicios públicos que con el paso del tiempo empezaron a demandar mayor inversión y organización de la administración pública, lo que hizo que se pensara en la concesión de servicios públicos, es decir encomendar a un tercero la explotación y administración a lo que se podía también contratar o no la ejecución de la obra.

Como lo describe Palacios Mejía (2000), a la Nación le corresponde la construcción y conservación de todos los módulos de su propiedad, en el sector transporte específicamente la Nación adquiere propiedad en la infraestructura del transporte cuando contrata esta gestión con los particulares para que diseñe, construya, opere las vías y luego de un tiempo estos bienes son revertidos al Estado.

Según la opinión de Ibañez Najjar (2009), en el año 1962, a través de la Ley 4, se expidió el primer “Estatuto sobre Obras Públicas” modificado por la Ley 36 de 1966, y reglamentado a través del Decreto Reglamentario 518 de 1965, los cuales regularon todo lo relacionado con los contratos de obras públicas de la administración, su objeto era: estudios de prefactibilidad, factibilidad, elaboración de diseños, planos, coordinación de obras, asesorías técnicas en obras, construcción; y establecieron un marco legal para los

contratos de obras públicas, suministros o compras, crédito público y empréstitos. Sin embargo, la reglamentación especial existente en la materia, el inicio del reconocimiento del contrato administrativo y la inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos, además de la competencia para conocer de las controversias originadas en la contratación, continuaba en cabeza de la jurisdicción ordinaria, y los contratos mantenían los principios y elementos del derecho privado.

En lo relacionado con el concepto de concesión el tratadista Vedel (1980), precisó que se trata de un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, entrega a una persona física o moral, llamada concesionario el cometido de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente a cambio de una remuneración, que en la mayoría de los casos es tarifas que se perciben de los usuarios del servicio.

El concepto moderno del contrato de concesión relaciona directamente a la administración pública y a los privados en la gestión de proyectos de interés público, en los términos y condiciones de la administración sujetos a su control y vigilancia conforme a las exigencias del legislador que es quien reglamenta la actividad del estado Villar Palasí (1981).

En este sentido Barrios Montes & Mier (2000), afirman que la concesión no debe entenderse como un mecanismo de privatización (cambio de propiedad) sino que es el medio para que el sector privado participe en la gestión estatal, es decir se contrata la gestión, pero la función continua en cabeza de la entidad estatal.

Tal como lo indica Vargas Jimenez (2006), la infraestructura vial es el motor dinámico que permite la evolución económica intersectorial, la cual está directamente relacionada con el proceso de modernización del país. Es lo que permite optimizar el desplazamiento entre otras cosas de las mercancías, víveres e insumos para utilizar en las

diferentes áreas de la economía, ya sea para producción o para comercialización, para su construcción el Estado realiza contratos de concesión.

Por lo anterior, es preciso revisar el marco normativo de las concesiones viales, para lo cual se repasan las normas que enmarcan este tipo de contrato:

Ley 80 de 1993, Artículo 32, Numeral Cuarto, define el Contrato de Concesión¹⁸ entonces de acuerdo con la definición del Estatuto de Contratación la Concesión tiene por objeto otorgar a una persona la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinado al servicio o uso público, lo que comprende tanto los bienes fiscales como los bienes de uso público.

El párrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 permite para los proyectos de infraestructura la iniciativa privada¹⁹ En el caso de la concesión vial la iniciativa privada consiste en

¹⁸ “Son Contratos de Concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

¹⁹ *Las personas interesadas en celebrar contrato de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su pre factibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado.*

En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2° y 3° del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.”

construir y conservar una obra pública, a cambio de explotarla de forma privada a “riesgo y ventura” durante un determinado periodo de tiempo.

La infraestructura siempre es posesión de la Administración, la cual al finalizar el periodo concesionario (tiempo que dura la concesión), la obra pública construida revierte (se devuelve) a la Administración.

La ley 105 de 1993²⁰, norma específica que regula lo relacionado con la infraestructura de transporte, establece que la remuneración puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual o, en fin, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Es claro que este tipo de contratación está sujeto al control y vigilancia de la entidad concedente, estipulación que genera poderes de instrucción y reglamentación en relación con la forma como se construye la obra, se explota o se conserva, o sobre la forma en que se explota el bien o se presta el servicio, con esto se da observancia a lo previsto para el principio de eficacia.

1. Evolución de los contratos de Concesión Vial:

Los contratos se clasifican por Generaciones teniendo en cuenta las características de los contratos de concesión en diferentes puntos de tiempo, las “Generaciones” se distinguen principalmente por cambios en la transferencia de riesgos contractuales a los contratistas y se agrupan conforme a los documentos CONPES que sirvieron para la estructuración de cada contrato, así por ejemplo, el Documento CONPES 2597 de 1992, es conocido como el CONPES de la Primera Generación de Concesiones, donde se plantea

²⁰ “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”

la política para el desarrollo de contratos de obra pública por el Sistema de Concesión; luego se dio paso con el CONPES 2852 de 1996 a la Segunda Generación de Concesiones, política que evolucionó conforme a lo expresado en el Documento CONPES 3045 de 1999-Programa de Concesiones Viales- Tercera Generación de Concesiones, en la cuarta Generación de Concesiones se agruparon las características en el documento CONPES 3107 de 2013 Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales.

Entonces se tiene que:

A. Contrato de primera generación:

Se caracteriza por que el Concesionario asume directamente los riesgos asociados a la construcción, riesgos de origen tributario y cambiario, los riesgos originados por fuerza mayor asegurable y riesgos relacionados con la financiación del proyecto; mientras que el Estado asume parcialmente riesgos de construcción por mayores cantidades de obra, riesgos asociados al tráfico mínimo y máximo a portante, riesgos por regulación de tarifas en peajes, riesgos por fuerza mayor no asegurables. (Infraestructura Vial en Colombia, 2015)

En esta generación de contratos el Estado colombiano garantizaba los ingresos de los contratistas, sin tener en cuenta el número de vehículos que transitaran por la vía. Araujo & Sierra (2013)

B. Contrato de segunda generación:

Se caracteriza porque en este tipo de contratos el Estado traslada al concesionario los riesgos totales por construcción (se elimina el concepto de mayores cantidades de obra) y los riesgos asociados al tráfico. Los demás riesgos relacionados con tributos, cambiario y fuerza mayor asegurable corresponden al concesionario, mientras que el estado conserva

la responsabilidad en los riesgos asociados a tarifas, predios, licencias ambientales y fuerza mayor no asegurable. (Infraestructura Vial en Colombia, 2015)

C. Contratos de tercera generación:

Se caracteriza porque en este tipo de contratos, el estado ha delegado mayores responsabilidades al contratista frente a los riesgos, quien asumirá directamente la administración de los riesgos asociados a la construcción, el tráfico, tributarios, cambiarios y fuerza mayor asegurables, pero además frente a predios y licencias ambientales debe administrar los riesgos de gestión, mientras que el Estado asume los riesgos asociados a las tarifas de peajes, fuerza mayor no asegurable y comparte los riesgos asociados a predios, licencias respecto a su expedición. (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013).

En las tres generaciones de contratos los riesgos de financiación del proyecto son responsabilidad del Concesionario.

D. Contrato generación 3.5

La Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, introdujeron elementos normativos que fueron utilizados para la estructuración de nuevos contratos de Concesión y Adiciones contractuales de tal forma que a los contratos estructurados bajo este nuevo ámbito normativo se les identifica como generación 3.5 y a las adiciones contractuales realizadas con estos nuevos criterios, principalmente los contratos de primera generación se dice que tuvieron migración de riesgos de primera a tercera generación. (Acosta, Rozas Balbotín, & Silva, 2008)

Los elementos diferenciadores de esta generación:

La Ley 1150 de 2007 estableció criterios claros sobre la necesidad de identificar, valorar y asignar riesgos, tal como lo dispone su artículo 4 y reglas para ordenar el debido proceso contractual como las previstas en su artículo 17, además de un novedoso criterio sobre las adiciones en plazo y valor para los contratos de concesión de obra pública, el Decreto 2474 de 2008 igualmente precisa la administración de los riesgos contractuales previsibles, los contratos de esta generación fueron suscritos entre el año 2001 a 2010. Acosta, Rozas Balbotín, & Silva (2008)

E. Contratos asociación público – privada (app): ley 1508/12 ²¹

Esta disposición ofrece las soluciones sustantivas y procedimentales a los requerimientos de los proyectos de infraestructura, no solo a los estrictamente técnicos, Hernández Betancour (2015).

Comprendida como el marco teórico para la estructuración de la “Cuarta Generación de Concesiones”. Definidas en esta norma como²² un Instrumento general con el objeto de conseguir capital privado para desarrollar grandes proyectos de interés público, el cual se materializa a través del contrato de concesión.

²¹ “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”

²² Ley 1508 de 2012, Artículo 3 *todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales decidan hacer uso de los instrumentos establecidos en la presente ley, mediante los cuales encargan a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.*

También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera”.

La idea de esta nueva generación de concesiones es incluir el capital privado en el desarrollo total o parcial de obras de infraestructura o en la prestación de servicios públicos y regular la iniciativa privada para tal fin.

Expresamente excluyen de esta modalidad contractual los contratos que comprenden únicamente la construcción de infraestructura, por cuanto al sólo incorporar esta actividad en la práctica son contratos de obra pública y en consecuencia deben regirse por las reglas generales del Estatuto de Contratación, Araujo & Sierra (2013)

Una modificación importante introducida al sistema contractual es el pago por niveles de servicio, es decir el contratista tiene derecho al pago o retribución en la medida en que la obra esté disponible.

Esta nueva generación de concesiones tiene como principales características:

Se modifica la forma de pago de tal forma que la retribución la recibe el particular únicamente en la medida en la obra esté disponible, conforme lo expresa el Artículo 7 de del Decreto 1467 de 2012²³.

Según Marzola Loaiza (2015), la distribución de riesgos en esta generación de concesiones se le asignan a la parte que este en mejores condiciones para asumirlos.

Iniciativa pública o privada, los proyectos de APP pueden ser de iniciativa pública o de iniciativa privada, Araujo & Sierra (2013).

²³Decreto 1467 Artículo 7°. *Actualización de la retribución*. En los contratos para la ejecución de proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada, se deberá establecer de manera expresa el mecanismo de actualización del monto de los recursos públicos a desembolsar y demás retribuciones establecidas en la Ley 1508 de 2012, según corresponda.

2. Etapas de una Concesión vial

En los contratos de concesión vial se identificó las siguientes etapas:

F. Etapa Preoperativa.

Comprende:

a. Fase de preconstrucción

Se entiende por Pre-construcción la etapa para la realización de los estudios y diseños técnicos definitivos, estudios ambientales, sociales y prediales, la obtención y modificación de las licencias ambientales de la obra, fuentes de materiales, plantas de asfalto y los permisos del orden local o nacional que competan de acuerdo con la legislación vigente, inicio de la gestión predial y del trámite para adquisición de predios, prestación de los servicios de seguridad vial e inicio del Plan Social Básico y gestión social, Agencia Nacional de Infraestructura (2016).

b. Fase de construcción

Corresponde a la etapa contractualmente prevista para la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento, de conformidad con lo previsto en cada contrato de concesión. Agencia Nacional de Infraestructura (2016).

G. Etapa de operación y mantenimiento.

Corresponde a la etapa posterior a la terminación de la etapa de construcción, durante la cual el concesionario ejecutará las labores de operación y mantenimiento del proyecto vial. Agencia Nacional de Infraestructura (2016).

C. Etapa de Reversión

Es la tercera etapa del contrato durante la cual se adelantan las actividades necesarias para la reversión de los bienes de las concesiones en las condiciones previstas en el contrato Muñoz Prieto (2002).

En cada una de las etapas contractuales existen obligaciones que deben ser ejecutadas dentro de los plazos previstos para poder avanzar con normalidad del contrato, por lo tanto, la Agencia y la interventoría se encargan de vigilar que se cumplan, en ocasiones los contratistas tienen retrasos en la ejecución y la entidad estatal con el fin de cumplir con el principio de eficacia acude a los mecanismos previstos en el contrato para tal fin.

En la actualidad con la ley 1682 de 2013²⁴ se busca construir un marco normativo que conceda herramientas a este sector para superar el atraso que el país presenta en infraestructura de transporte, por lo que la norma adopta medidas para facilitar y viabilizar construir y mantener o continuar con mayor eficiencia la construcción de una red de transporte moderna. (Exposición de Motivos Ley 1682 de 2013 Gaceta del Congreso de la República, 2013)

ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS DONDE SE EVIDENCIA LA DEBILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES EN LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS PACTADAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL.

Se analiza la aplicación de las multas en tres contratos de Concesión vial celebrados entre Concesionaria Vial del Oriente S.A.S., COVIORIENTE y la entidad pública Agencia Nacional de Infraestructura ²⁴ Contrato Celebrado entre Estructura plural PSF

²⁴ Contrato de Concesión No.010 de 2015

Concesión la Pintada y la ANI²⁵; Contrato Celebrado entre Concesionaria Vial del Pacífico S.A.S., y la ANI²⁶

1. Exposición del Caso 1

Como resultado del proceso licitatorio adelantado, en el que participaron 6 oferentes, mediante Resolución No. 886 del 2 de junio de 2015, se adjudicó el contrato a la ESTRUCTURA PLURAL ARAUCA 3, conformada por EPISOL S.A.S. y CONCECOL S.A.S. y el día 23 de julio de 2015 se suscribió con la sociedad CONCESIONARIA VIAL DEL ORIENTE S.A.S., que tiene por objeto²⁷ Proyecto adelantado conforme a lo dispuesto en la ley 1508 de 2012.

La Fecha de Inicio del Contrato de Concesión es el 9 de septiembre de 2015, de conformidad con lo previsto en el Capítulo II, numeral 2.4 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 010 de 2015, el Plazo del Contrato transcurre entre la fecha de Inicio y la fecha en la que termine la Etapa de Reversión, a más tardar al vencerse el Plazo Máximo de dicha Etapa de Reversión.

La Etapa Preoperativa tiene un Plazo de 1800 Días, así: 360 Días de Fase de Preconstrucción y 1440 Días de Fase de Construcción.

El Plazo Máximo de la Etapa de Operación y Mantenimiento es de 29 años, contados a partir de la Fecha de Inicio (Capítulo II, numeral 2.4 de la Parte General del Contrato de Concesión.)

²⁵ Contrato de Concesión No. 006 de 2014

²⁶ Contrato de Concesión No. 007 de 2015

²⁷ “El otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto”, el Alcance Físico del proyecto es “La financiación, elaboración de estudios y diseños, Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Operación y Mantenimiento, Gestión Predial, Gestión Social y Ambiental y Reversión del corredor VILLAVICENCIO - YOPAL, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato.”

Dentro de las obligaciones a cargo del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción se encuentra que a partir del vencimiento del tercer mes contado a partir de la suscripción del Acta de Inicio, está la de cumplir con los niveles de servicio mínimo para la Etapa Preoperativa previstos en la Tabla 1, respecto de los cuales la Interventoría efectuaría las mediciones respectivas en los términos allí señalados y que en caso de incumplimiento en la obtención de los Niveles de Servicio, se iniciará el procedimiento de imposición de multas siendo el Período de Cura el señalado para cada caso en la referida Tabla.

La Interventoría comunicó al Concesionario el resultado de las mediciones de los Niveles de Servicio al término del tercer mes de la suscripción del Acta de Inicio, advirtiéndole que se incumplió, entre otros el Nivel E8.

Desde el día que se comunicó al Concesionario el incumplimiento a los indicadores de los niveles de servicio, la interventoría y la Agencia haciendo uso de mecanismos pactados en el contrato requirieron al concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones, sin embargo, vencidos los plazos otorgados la situación no fue superada.

La Interventoría del proyecto el 23 de junio de 2016 presentó Informe a través del cual solicita el inicio del procedimiento de imposición de multa por el incumplimiento de obligaciones contractuales de tener unos indicadores en la Etapa Preoperativa del Contrato, informe que se complementó el 10 de octubre de 2016.

De acuerdo con lo señalado en el documento de la Agencia Nacional de Infraestructura,(2016) La Gerencia de Defensa Judicial de la Agencia Nacional de infraestructura²⁸ citó al contratista y sus garantes para el día 4 de noviembre de 2016 con

²⁸ De conformidad con lo establecido en el numeral 8.4 Mecanismos Unilaterales o Directos

el fin de adelantar la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011-, se instaló la audiencia concediendo el uso de la palabra a las partes y por decisión del Despacho se suspendió para el día 17 de noviembre de 2016, el 17 de noviembre de 2016 Se reanudo la audiencia para realizar lectura de los cargos y escuchar los descargos de las partes, y el Despacho accedió a que previo a dar apertura al periodo probatorio se requiriera a la Interventoría para que rindiera un informe actualizado de si el incumplimiento se mantiene o si se ha superado el hecho, la interventoría en documento

La Agencia Nacional de Infraestructura, a través de la Gerencia de Defensa Judicial o en quien se delegue, observando los lineamientos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y Decreto Reglamentario 734 de 2012 o los de las normas que los modifiquen, con observancia del debido proceso, dirigirá e impulsará las audiencias para efectos de la declaratoria del incumplimiento contractual, multas y cláusula penal, pactadas en el contrato, teniendo en cuenta las siguientes reglas procedimentales:

1) La Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial o en quien se delegue, previo informe y justificación técnica, fáctica y económica entregada por la Vicepresidencia de Gestión Contractual, formulará los Cargos que den razón sobre un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. 2) Posteriormente se citará al Concesionario y su garante a Audiencia en la que se discutirá sobre los cargos propuestos por la entidad. 3) Realizado lo anterior, y respetando el Principio de Debido Proceso, se procederá a proferir decisión que se entenderá notificada en estrados, contra la cual procede el recurso de reposición que deberá sustentarse y resolverse en la misma Audiencia.

1) En todo caso, la Entidad podrá descontar y compensar de los valores que le adeude al Concesionario el monto declarado en el incumplimiento.

A efectos de iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio para la imposición de las multas, la Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de Gestión Contractual deberá remitir a la Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de conformidad con lo establecido en el numeral 8.1 de este manual.

Corresponderá a la Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial:

Proponer, iniciar y llevar a cabo por si misma o por intermedio de otros apoderados, las acciones administrativas que sean de interés de la Agencia.

2. Proponer e implementar los mecanismos de control y seguimiento sobre los procesos administrativos en que sea parte la Agencia. 3. Elaborar con el apoyo técnico y financiero del área correspondiente, los actos administrativos sancionatorios de la Agencia.

4. Impulsar los procesos de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, de las audiencias a instalarse y tramitarse.

5. Adelantar y dirigir el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, agotando el debido proceso, para lo cual deberá iniciar y llevar hasta su culminación la audiencia que se indica en los literales a) b) y c) del citado artículo.

Para el correcto desarrollo de las audiencias adelantadas dentro del procedimiento administrativo sancionatoria tendiente a la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, se deberá coordinar lo necesario para que se disponga de los elementos técnicos que permitan dejar constancia integra del desarrollo de las audiencias, a través de medios audiovisuales.

radicado el 2 de diciembre de 2016 informó a la entidad que había desaparecido la situación de hecho constitutiva de presunto incumplimiento del indicador E8.

Por lo anterior la agencia declaró la terminación del procedimiento y el archivo del trámite administrativo, al haber desaparecido las circunstancias que conllevaron a inicial el proceso sancionatorio razón por la cual y con fundamento en el segundo inciso del literal d) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011²⁹ habilita a las entidades a dar por terminado el procedimiento administrativo sancionatorio en la medida que cese la situación de incumplimiento. Considerando que continuar con el trámite sancionatorio teniendo conocimiento de la superación del presunto incumplimiento, implicaría un mayor desgaste administrativo para esta Entidad puesto que ya se ha asegurado el cumplimiento de los fines estatales, principal objetivo de los procedimientos administrativos sancionatorios, proceso que finalizó el día 15 de marzo de marzo de 2017.

Como se observa en el caso revisado desde el 26 de enero de 2016, fecha en que la interventoría reportó el incumplimiento en la medición de los indicadores hasta el 15 de marzo de 2017 transcurrieron cerca de 410 días, en este caso no considero eficaz la labor desarrollada por la administración toda vez que el proceso transcurrió en un plazo superior a los 360 días con lo que el contratista tuvo el tiempo para cumplir con el indicador.

2. Exposición del Caso 2

La Agencia Nacional de Infraestructura realizó proceso de Licitación con el fin de seleccionar la oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión

²⁹ Ley 1474 de 2011 Artículo 86 inciso segundo literal d) “La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”

bajo el esquema de APP, El cual se adjudicó mediante Resolución No. 709 del 22 de mayo de 2014 a la estructura plural PSF Concesión la Pintada.³⁰

El Apéndice Técnico No. 4 del Contrato de Concesión, en el numeral 5.4.7 "Inicio de la Operación del SICC³¹" establece:

"Para la suscripción de la primera Acta de Terminación de Unidad Funcional, el SICC deberá estar en funcionamiento, el Interventor deberá haber revisado la aplicación y su documentación relacionada la cual deberá haber sido entregada de manera definitiva a éste y a (sic) ANI y deberán haberse realizado pruebas sobre éste por un periodo no inferior a noventa (90) días.

Para lo anterior, el Concesionario preverá en su Plan de Obras el desarrollo y entrega del SICC como parte de la Primera Unidad Funcional del Proyecto.

En consecuencia, en el plazo que determine el Plan de Obra, el Concesionario deberá hacer entrega formal a la Interventoría de la documentación definitiva de desarrollo del SICC, así como la versión definitiva de la aplicación.

La Interventoría dispondrá de quince (15) Días Hábiles, contados desde el día de la entrega para emitir sus observaciones sobre las características y/o funcionalidades de la aplicación y/o sobre su documentación".

La Interventoría a través del radicado ANI No. 2016-409-057778-2 del 08 de julio de 2016, en el ejercicio de sus funciones, informa al Concesionario que el SICC debe estar

³⁰ Contrato de Concesión No. 006 de 2014.

³¹ SICC. Sistema Informático de Contabilización y Control. Sistema web destinado al control operacional del cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio establecidos por los requisitos contractuales y la legislación de aplicación. Configuración de los indicadores de control operacional requeridos para la medición, seguimiento y generación de informes sobre las condiciones de disponibilidad, seguridad y calidad de la infraestructura, así como el nivel de servicio prestado.

en funcionamiento para la firma del Acta de Terminación de la Respectiva Unidad Funcional y quedará a la espera de la notificación por parte del Concesionario para realizar las pruebas respectivas.

De conformidad con el Plan de Obras correspondiente, en la fecha del 19 de julio de 2016 se venció el término para el cumplimiento de la obligación a cargo del Concesionario consistente en la entrega de la documentación definitiva de desarrollo del SICC y la versión definitiva de la aplicación, de acuerdo con el numeral 5.4.7 del Apéndice Técnico No. 4 del Contrato de Concesión.

El 25 de octubre de 2016, la Interventoría, informa el incumplimiento a la Agencia, de la obligación consignada en el Apéndice Social No 04, numeral 5.4.7 "(...) Para la suscripción de la primera Acta de Terminación de Unidad Funcional, el SICC deberá estar en funcionamiento, por lo que la Interventoría en su comunicado, solicitó a esta Agencia cinco (5) días, como plazo de cura, para que el Concesionario diera cumplimiento de esta obligación.

La ANI consideró razonable otorgar quince (15) días calendario de plazo de cura para que el Concesionario diera cumplimiento a las obligaciones pendientes señaladas por la Interventoría.

El Concesionario mediante comunicado con radicado ANI No. 2016-409-104197-2 del 18 de noviembre de 2016, realizó entrega del Manual Especial del SICC y un alcance a dicha comunicación el día 23 de noviembre de 2016 con radicado No. 2016-409-106880-2 entregando un complemento a la información allegada inicialmente.

La Interventoría mediante oficio con radicado ANI No. 2016-409-112416-2 del 09 de diciembre de 2016, informa a esta Agencia que "(...) *Una vez verificada la información entregada por la concesionaria en los dos comunicados, el concepto de esta interventoría,*

es que el producto entregado no cumple con los requerimientos de diseño del SICC, establecidos en el Apéndice Técnico 4, sección 5.3, que son los que la interventoría debe revisar para constatar que el sistema informático cumpla con las exigencias contractuales". La Interventoría también describe de forma detallada las falencias encontradas en el producto entregado por el Concesionario, solicitando así la aplicación de multa.

La firma Interventora del Proyecto, mediante concepto 01-018-0588-16, con radicado ANI No. 2016-409-112416-2 del 09 de diciembre de 2016, informó a la Agencia sobre la continuación del presunto incumplimiento del Concesionario a sus obligaciones de la entrega formal a la Interventoría de la documentación definitiva de desarrollo del SICC, así como la versión definitiva de la aplicación, requiriendo iniciar el proceso de multa por el presunto incumplimiento de la referida obligación.

El Concesionario, al parecer, ha incumplido con las obligaciones contractuales contenidas en el Apéndice Técnico 4 Indicadores – “5.4.7. *Inicio de Operación del SICC*” para la elaboración del SICC del Proyecto Vial Autopista Conexión Pacífico 2 - Contrato de Concesión No. 006 de 2014”, pues presuntamente no ha cumplido con la obligación y los demás documentos contractuales.

El 04 de enero de 2017, mediante memorando con radicado ANI No. 2017-300-000606-3 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura, se solicitó el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio con fundamento en el informe de Interventoría arriba citado. Por lo que la Gerencia de Defensa Judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, disponiendo mediante oficio del 03 de febrero de 2017 con radicado ANI No. 2017-701-003147-1, citar a la CONCESIÓN LA PINTADA S.A.S., a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento de la obligación de Indicadores – “5.4.7. *Inicio de Operación del SICC*”,

en los términos establecidos en el Contrato de Concesión.

La Gerencia de Defensa Judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, disponiendo mediante oficio del 03 de febrero de 2017 con radicado ANI No. 2017-701-003147-1, citar a la CONCESIÓN LA PINTADA S.A.S., y a los garantes Compañía Aseguradora de Fianza S.A. CONFIANZA, Chubb Seguros de Colombia S.A. antes (ACE Seguros S.A.) y Compañía Mundial de Seguros S.A., para el día 21 de febrero de 2017 a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento de la obligación de Indicadores – “5.4.7. Inicio de Operación del SICC”, en los términos establecidos en el Contrato de Concesión.

El día 21 de febrero de 2017 en desarrollo de la audiencia la interventoría informó que el incumplimiento había cesado que a la fecha el concesionario había cumplido con las obligaciones relacionadas con el inicio de operación del SICC, por lo que la situación de hecho constitutiva del presunto incumplimiento desapareció, razón por la cual se declaró la terminación del proceso sancionatorio, el día 6 de abril de 2017.

Como se observa en este caso desde el 25 de octubre de 2016, fecha en que la interventoría reportó el incumplimiento en el inicio de operación del SICC hasta el 6 de abril de 2017 transcurrieron cerca de 160 días, a pesar que el proceso administrativo fue más corto que en el caso anterior, la labor desarrollada por la administración en busca de poder decidir si es procedente la imposición de la multa también resulta ineficaz, porque el contratista finalmente cumplió con la obligación sin ser sancionado.

3. Exposición del Caso 3

El 15 de septiembre de 2014 la ANI y la SOCIEDAD CONCESIONARIA VIAL DEL PACÍFICO S.A.S., suscribieron el Contrato de Concesión No. 007 de 2014³², El Concesionario tiene como obligación principal durante la Fase de Preconstrucción, la siguiente: *“(p) Recibir la infraestructura del Proyecto en concesión, en la fecha que señale la ANI, incluyendo las Estaciones de Peaje y las Estaciones de Pesaje en el estado en el que lo entregue la ANI sin objeción alguna, y asumir, desde su recibo, todas las obligaciones de resultado que se prevén en el presente Contrato y sus Apéndices. Esta recepción constará en un acta debidamente suscrita por las Partes, la cual deberá incluir un inventario de activos entregados y una descripción del estado de tales activos al momento de la entrega (el “Inventario de Activos de la Concesión”))”*.

Que los Literales (b) y (c) del numeral 3.5, de la Parte Especial del Contrato, prevén:

“(b) Dentro de la infraestructura programada para ser recibida por el Concesionario al inicio del Contrato se encuentran las siguientes vías:

<i>“Código de vía (nomenclatura)”</i>	<i>Origen</i>	<i>Destino</i>
<i>“6003”</i>	<i>Bolombolo PR 48</i>	<i>Camilo Cé PR 82</i>
<i>“6003 y 2509”</i>	<i>Ancón Sur PR 64 (Ruta 2509)</i>	<i>Camilo Cé PR 82 (Ruta 6003)</i>

“Los trayectos mencionados anteriormente no incluyen las partes de los mismos que están siendo intervenidos según se detalla:

<i>“No de Contrato”</i>	<i>Objeto</i>
-------------------------	---------------

³² Cuyo objeto consiste en “el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. El alcance físico del Proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1”.

“2003-2008	“CONSTRUCCIÓN SEGUNDA CALZADA ANCON SUR – PRIMAVERA
“541-2012	“CONSTRUCCIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA PRIMAVERA (PR95+000) – CAMILO CÉ (PR81+900) EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA (INCLUYE GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL, AMBIENTAL DEL PROYECTO)
“1791-2012	“MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN DE LA CARRETERA LA MANSA – PRIMAVERA, SECTOR CIUDAD BOLÍVAR – CAMILO CÉ, RUTA 60, TRAMO 6003, DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

“Estas partes de los trayectos se entregarán una vez culminen las obras que se están desarrollando bajo los citados contratos.

“(c) Incorporación de tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos 203-2008, 541-2012 y 1791-2012 a la Concesión y recibo de obras:

“Se entenderá que los tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos 203-2008, 541-2012 y 1791-2012 y que aparecen detallados y delimitados en el Anexo 1 de la Parte Especial del presente Contrato de Concesión, se incorporarán a la Concesión una vez se firme el Acta de Liquidación de los respectivos contratos. El Concesionario tiene la obligación de recibir los tramos y puntos intervenidos mediante los citados Contratos, en el estado en que se encuentren, mediante Acta de Entrega de la Infraestructura suscrita entre el Concesionario y la ANI dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a partir de la firma del Acta de Liquidación de los mismos...”

Mediante comunicación DT-GGP 52787 con radicado ANI No. 2016-409-098539-2 del 31 de octubre de 2016, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, remitió a la Agencia el Acta de Liquidación del Contrato No. 203 de 2008, suscrita el 11 de octubre de 2016.

La ANI mediante el radicado No. 2016-300-034246-1 de fecha 01 de noviembre del 2016, remitió al Concesionario el Acta de Liquidación del Contrato No. 203 de 2008, así mismo, informó la disponibilidad para la entrega de las vías y programó la misma para el 10 de noviembre de 2016.

Según el *“ACTA REUNIÓN PERIÓDICA SUPERVISOR – INTERVENTOR Y/O CONCESIONARIO CONTRATO DE CONCESION Y/O INTERVENTORÍA No. 997 de 2014”*, el día 10 de noviembre de 2016 se reunieron el Concesionario, representantes de la ANI y la Interventoría, con el propósito de tratar el tema de la incorporación del Tramo afecto al Contrato No. 203 de 2008, en la cual se concluyó que la entrega estaría programada para el 11 de noviembre de esa anualidad y que para tales efectos la Agencia pedirá al INVIAS la entrega de la documentación enlistada en el acta para que fuera soporte del Acta de Entrega de la Infraestructura.

El Concesionario mediante comunicación 04-01-20161108003822 con radicado ANI No. 2016-409-103079-2 del 11 de noviembre de 2016, manifestó que el Acta de Liquidación remitida, no se encontraba completa por no contener los anexos, así mismo, hizo referencia al cumplimiento de los requisitos para la entrega, culminación de las obras, condiciones actuales del tramo y ausencia de mantenimiento.

El día 11 de noviembre de 2016, según *“ACTA REUNIÓN PERIÓDICA SUPERVISOR – INTERVENTOR Y/O CONCESIONARIO CONTRATO DE CONCESIÓN Y/O INTERVENTORÍA No. 997 de 2014”* de esa fecha, en las oficinas de INVIAS en la ciudad de Medellín se realizó reunión con presencia de la ANI, Interventoría, Concesionario e INVIAS, con el propósito de realizar la entrega de los tramos

correspondientes al Contrato No. 203 de 2008, así como revisar los temas y documentos relacionados con el Acta de Entrega de Infraestructura, comprometiéndose el INVÍAS a remitir la información anexa al Acta de Liquidación del Contrato No. 203 de 2008.

El Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, mediante oficio SRN 56342 con radicado ANI No. 2016-409-104771-2 del 17 de noviembre, remitió la *“información entrega a la ANI del sector Ancón Sur- Primavera”*.

Mediante comunicado CO-COSE-00657-2016 con radicado ANI No. 2016-409-105246-2 del 18 de noviembre de 2016, la interventoría propuso la fijación de cinco (5) días como plazo de cura para el cumplimiento de la obligación del Concesionario referente al recibo de la infraestructura en mención.

Con radicado ANI No. 2016-500-036463-1 del 21 de noviembre de 2016, la ANI - en virtud de *“los compromisos adquiridos en la visita realizada en el marco del proceso de entrega del tramo vial que se encontraba afecto al contrato Invías No. 203-2008”*-, remitió al Concesionario la información soporte requerida para la entrega del tramo ANCÓN SUR – PRIMAVERA.

La ANI mediante el radicado No. 2016-500-036741-1 de fecha 23 de noviembre, emitió la No objeción al Periodo de Cura propuesto por la Interventoría para el cumplimiento de la obligación referida, el cual fue notificado al concesionario el 30 de noviembre.

Mediante comunicación del 1º de diciembre de 2016, el Concesionario manifestó el recibido de la documentación a ellos remitida, advirtiendo -entre varios aspectos-, encontrarse pendientes algunos documentos con los cuales y *“con base en la totalidad de la información sobre estos contratos del Invías, y el levantamiento del estado real de la infraestructura, que se podrá establecer la infraestructura efectivamente entregada”*.

El Concesionario en comunicación del 6 de diciembre de 2016, respondió a la Interventoría sobre el periodo de cura otorgado, y solicitó su cierre, no aceptando la existencia de incumplimiento de sus obligaciones, resaltando por el contrario “*su disposición y diligencia para cumplir con las formalidades contractuales, tendientes a recibir el tramo en cuestión.*”

La Interventoría mediante comunicado del 7 de diciembre de 2016, remitió a la Agencia el “*Informe de Incumplimiento relativo al recibo de infraestructura*”, respecto del cual, se solicitó realizar los ajustes necesarios para completar la solicitud de inicio del proceso sancionatorio.

La Interventoría del proyecto, mediante comunicado del 22 de diciembre de 2016, remitió a la ANI el alcance solicitado al informe de incumplimiento relativo al recibo de la infraestructura, indicando que se mantiene el posible incumplimiento por parte del Concesionario por el no recibo de las obras del Contrato Invías No. 203-2008.

Vencido el periodo de cura otorgado al Concesionario, éste se ha negado a recibir las obras conforme lo pactado en la Parte General del Contrato de Concesión 007 de 2014, Capítulo IV, numeral 4.2., así como en la Parte Especial, Capítulo III, numeral 3.5., literal c) del Proyecto Autopista Conexión Pacífico 1. La interventoría en su informe indica: en virtud del incumplimiento del Concesionario, hay lugar a la imposición de la multa, tasada en el informe del 22 de diciembre de 2016 bajo radicado ANI No. 2016-409-118322-2.

El GIT de Defensa Judicial dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, disponiendo mediante oficio del 3 de febrero de 2017, citar para el día 22 de febrero siguiente a la Sociedad Concesionaria Vial del Pacífico S.A.S., y a la garante del Contrato de Concesión No. 007 de 2014, Compañía Mundial de Seguros S.A. – Seguros Mundial, junto con sus coaseguradores Chubb Seguros Colombia S.A. (antes ACE Seguros S.A.) y

la Compañía Aseguradora de Fianza S.A. – Confianza S.A. a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por el presunto incumplimiento de la obligación establecida en la Parte General del Contrato de Concesión 007 de 2014.

Mediante comunicación el 13 de febrero de 2017 de la Concesionaria Vial del Pacífico, se solicitó el aplazamiento de la audiencia con fundamento en una reunión pendiente por agendar entre el Concesionario, Interventoría y Supervisión del proyecto, según el peticionario, a *“fin de concertar el Acta de Entrega del tramo Ancón Sur – Primavera, en un documento que adicionalmente incorpore, las modificaciones al Proyecto de Otrosí No. 4 contenido en el Acta de Entendimiento suscrito el 3 de octubre de 2016”*

En atención a lo anterior, se aplazó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y se señaló como nueva fecha el 14 de marzo siguiente. Sin embargo, mediante correo electrónico del 8 de marzo el Concesionario solicitó nuevamente aplazamiento de la diligencia, aduciendo su disposición para recibir la infraestructura. En esa oportunidad, por auto del 9 de marzo de 2017 se dispuso negar la petición de aplazamiento de la audiencia, la que se realizaría el día 14 de marzo de 2017 con la participación del Concesionario y los garantes.

El Concesionario a través de su apoderada judicial solicitó la suspensión del proceso en virtud de las reuniones que se adelantarán con el INVIAS, petición coadyuvada por las garantes, razón para que se resolviera suspender la diligencia y otorgar un término de ocho días hábiles a la interventoría y a la supervisión del contrato, para que presentaran un informe escrito sobre el estado actual del presunto incumplimiento y las diligencias adelantadas para el recibido de la infraestructura del Proyecto en Concesión que dio lugar al proceso administrativo sancionatorio. Se convocó a las partes para el 28 de marzo de 2017 a fin de reanudar la actuación.

En cumplimiento a lo dispuesto en la audiencia, la interventoría Consorcio Servinc – ETA mediante comunicación CO-COSE-0203-2017 del 27 de marzo de 2017 (radicado ANI 20174090315632), manifestó *“la superación del incumplimiento endilgado a la CONCESIONARIA VIAL DEL PACIFICO S.A.S. respecto de la obligación contenida en el Literal p) del numeral 4.2., de la Parte General del Contrato de Concesión...”* y añadió que: *“... se constató que el día 22 de marzo de 2017, el INVIAS y la ANI y el Concesionario acordaron la entrega real y material de por parte de la primera y el recibo, en el estado en que se encuentra, por parte de las segundas, de la infraestructura.*

En virtud de la facultad de la Agencia para dar por terminado el procedimiento sancionatorio ante la evidencia de que el Concesionario ha cumplido con las obligaciones presuntamente incumplidas, se dio aplicación a la norma transcrita, consecuencia de lo cual, se declaró la terminación y el archivo de la actuación iniciada en contra del contratista y sus garantes, es de resaltar que a esa fecha , aún no se habían presentado descargos por parte de los citados ni se había evacuado la etapa probatoria.

En consecuencia, de lo anterior la ANI resolvió mediante auto de 23 de junio de 2017 declarar la terminación del proceso sancionatorio iniciado por la Agencia Nacional de Infraestructura contra la SOCIEDAD CONCESIONARIA VIAL DEL PACIFICO S.A.S. y las garantes COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.S., CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. Y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS S.A., con ocasión del presunto incumplimiento de la obligación establecida en el Contrato de Concesión No. 007 de 2014.

En este caso desde el 7 de diciembre de 2016, fecha en que la interventoría oficialmente reportó el incumplimiento del concesionario en el recibo de la infraestructura hasta el 23 de junio de 2017 fecha en que la ANI cerro el proceso antes de imponer

sanción, transcurrieron cerca de 190 días, durante este plazo la administración actuó de manera lenta en su afán de garantizar el debido proceso, por lo que en este caso la multa pactada también resultó ineficaz, ya que el contratista finalmente cumplió con la obligación sin ser sancionado.

Es de observar que la multa pactada en los contratos de concesión objeto de estudio no debería imponerse mientras permanezca el incumplimiento, se debe imponer con el simple hecho de haberse generado un incumplimiento, es decir que opere automáticamente al momento de producirse el incumplimiento, ya que con la falta de normatividad y el afán de la entidad de proteger el debido proceso se prolonga el trámite de tal forma que el contratista se pone al día y ya no hay lugar a la imposición de la multa.

De lo anterior se concluye que la cláusula de multa a pesar del plazo que se tomó el proceso administrativo logró el cumplimiento de las obligaciones, sin que la entidad satisficiera la necesidad prevista al planear el contrato en el plazo pretendido en el proceso de estructuración del contrato.

4. Efectos de la multa pactada en Contratos de Concesión Vial

En ese tipo de contrato la imposición de la multa procede cuando en la ejecución del contrato se generan incumplimientos del concesionario, las cuales son apremios al concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones y no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, por lo que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, es de indicar que el pago de las multas no exonera al Concesionario de ejecutar o terminar las intervenciones o del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones frente a las que se haya generado la multa.

Así mismo, el contrato establece el Plazo de cura que es un periodo durante el cual el concesionario podrá subsanar los incumplimientos detectados por la ANI y/o el

interventor, durante el cual no se causarán multas, pero si después de su vencimiento persiste el incumplimiento del Concesionario se causarán las multas correspondientes.

En cuanto al pago de las multas el contrato establece que se pagarán en el mes siguiente al que se haya ocurrido el incumplimiento que dio origen a su imposición, si el Concesionario impugna la imposición de la multa el descuento o pago se hará en el mes siguiente en el que el acto administrativo quede en firme.

En este caso en el cual desde que se generó el incumplimiento se aplicaron periodos de cura y luego se citó a audiencia para imponer la multa, la cual fue suspendida en dos oportunidades de tal forma que el concesionario subsanó el incumplimiento, por lo que se evidencia que la forma como está pactada la cláusula de multas en los contratos de concesión celebrados por la Agencia Nacional de Infraestructura no son eficaces en la gestión del contrato, toda vez que se genera un retraso en el cumplimiento de las obligaciones ocasionando con esto que el destinatario final del servicio público lo reciba de forma tardía y eventualmente generando sobrecostos.

5. Mecanismos para garantizar el cumplimiento del contrato

Según se establece en el manual de contratación (Agencia Nacional de Infraestructura, 2016) En los contratos suscritos por la Agencia Nacional de Infraestructura en la actualidad pactan figuras para garantizar el cumplimiento del objeto contractual, en los contratos de concesión, las partes pactan los siguientes mecanismos y en el contrato establecen el procedimiento:

A. Disminución en la Remuneración

Es un acuerdo establecido por las partes, en virtud del cual, ante la ocurrencia de determinados hechos o circunstancias establecidas en el Contrato, se genera una reducción

de la remuneración del Concesionario, en los montos también previamente señalados en el Contrato.

B. Retención del Recaudo de Peajes

Es un acuerdo establecido por las partes, en virtud del cual, ante la ocurrencia de determinados hechos o circunstancias establecidas en el Contrato, particularmente la no entrega de los trayectos en los proyectos viales en los plazos contractualmente establecidos, se genera una retención de la remuneración al Concesionario de los recaudos de peaje, de acuerdo con el porcentaje establecido contractualmente.

a) Descuentos Pecuniarios

Es un acuerdo establecido por las partes, en virtud del cual, ante la ocurrencia de determinados hechos o circunstancias establecidas en el Contrato, se genera el derecho a la entidad de proceder a efectuar el descuento de la suma que resulte compensándola de las sumas que se le adeuden al Concesionario.

b) Compensaciones fueron planteadas para los contratos celebrados con posterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

La compensación es el mecanismo para la extinción de obligación regulado en el artículo 1714 y siguientes del Código Civil -aplicable a los contratos estatales por virtud de lo dispuesto en el inciso 1o del artículo 13 de la Ley 80 de 1993-, conforme al cual, cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas.

La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- i. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- ii. Que ambas deudas sean líquidas; y
- iii. Que ambas sean actualmente exigibles.

Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras. Cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago.

Estos mecanismos no son excluyentes ni incompatibles con los procedimientos previstos legalmente para la declaratoria de incumplimientos, imposición de las multas y cláusula penal, pero eventualmente constituyen una forma de conminar a los contratistas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Existen autores como Morales Castro (2012), que consideran necesaria la implementación de una normatividad completa de tal forma que se establezca claramente la naturaleza y funciones de estas sanciones así mismo el alcance de esas sanciones que se pactan en el marco del acuerdo de voluntades.

En los contratos de concesión vial las multas pactadas no son eficaces, toda vez que se prestan para que el contratista incumpla obligaciones parciales y luego a través de maniobras que utilizan los mismos abusando del derecho, dilaten los procesos sancionatorios hasta que el contratista cumpla la obligación, evadiendo de esta forma la imposición de la multa, pero impactando negativamente el contrato ya que no se ejecuta en el plazo que la administración planteo inicialmente.

CONCLUSIONES

Primera Analizada la doctrina revisada, la jurisprudencia y los casos prácticos en los que se refleja la falta de eficacia que presentan las multas en la contratación estatal, las cuales en la actualidad no constituyen una garantía al principio de protección del interés general.

Segunda Si se tiene en cuenta lo que afirma la potestad sancionadora de la administración, no es otra cosa más que la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares, concluyendo así que la imposición de sanciones tiene finalidad correctiva ya que la pretensión es instar al obligado a cumplir los compromisos pactados en el tiempo inicialmente planeado en el contrato, encaminados a cumplir los fines estatales.

Tercera Las sanciones pecuniarias constituyen en la actualidad una potestad de la administración, pero que tiene muchos vacíos normativos, ya que no existe norma específica que regule esta potestad sancionatoria de la Administración.

PROPUESTA

Por lo anterior, se pretende realizar una propuesta que modifique el mecanismo actual para conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones dentro del plazo previsto en el contrato, de tal forma que se garantice el debido proceso y prevalezca el interés general, queriendo evitar dilaciones por parte de los particulares y eventuales abusos por las entidades estatales.

Considerando que la Administración debe contar con una herramienta optima que permita persuadir al contratista a cumplir bien y oportunamente las obligaciones a su cargo

el cual incluya un tiempo proporcional y razonable para adelantar el procedimiento sancionatorio.

Por lo que en primera medida se propone modificar el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, incluyendo las multas como otra de las cláusulas excepcionales en favor del estado para la correcta y oportuna ejecución de los contratos, superando con esto la inseguridad jurídica existente en la reglamentación del proceso al establecer un procedimiento corto y automático que no impacte la ejecución en el plazo del contrato.

Así mismo se plantea como propuesta que se debe eliminar la cláusula de multas toda vez que como fue redactada en los contratos no es eficaz ya que no cumple con el objeto para el que fue propuesto es decir el conminar a los contratistas al cumplimiento oportuno de las obligaciones, y en su remplazo incluir una cláusula en los Contratos de Concesión Vial la cual es complementaria a las figuras adoptadas en la actualidad por la Agencia Nacional de Infraestructura, en la que se establezca que cuando se presente un incumplimiento en aspectos técnicos preliminarmente pactados, el contratista previa certificación del interventor la cual debe incluir la información del incumplimiento y la cuantificación de la demora en la ejecución de las obligaciones, se informe inmediatamente a la aseguradora para que se resuelva esta situación jurídica, pague si es del caso el valor cuantificado por el incumplimiento.

Bibliografía

- Abela Maldonado, A. (2009). *Obligaciones con cláusula penal* (Vol. Tomo1). (M.Cifuentes Castro, Ed.) Bogotá, Colombia: Temis.
- Acosta, O. L., Rozas Balbotín, P., & Silva, A. (2008). Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en colombia. *Recursos Naturales e Infraestructura*, 10.
- Alexi, R. (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosh Casa Editorial.
- Amazo Parrado, D. (2009). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Estudios Socio Juridicos*. Obtenido de <http://www.ebrary.com>
- Araujo Oñate, R. (2011). *La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia de la contratación estatal?* Bogotá : Universidad de Rosario.
- Araujo, J. P., & Sierra, A. C. (2013). Concesiones de Cuarta Generación: Impacto Sobre los seguros de cumplimiento. *Fasecolda*, 165-199.
- Ariño Ortiz, G. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* . Madrid : Instituto de Estudios Administrativos .
- Ariza Moreno, W. (2000). La Cláusula de Multas en la Contratación Estatal. *Revista de Derecho Público No.11* , 233.
- Arrieta Palacios, L. F., & Duran Guardiola, M. A. (2011). Aspectos controversiales de la aplicación de las potestades excepcionales de la administración pública en los contratos estatales. *Trabajo de grado para optar para el título de abogados*. (A. Tutor Jouve Garcia, Ed.) Bogotá, Colombia.
- Barrios Montes, S., & Mier, P. (2000). Concesiones viales.La Inadecuada Distribución de los Riesgos, Eventual Causa de Crisis en los Contrato. *Revista de Derecho Público No 11*, 39-125.
- Bautista Beltrán, A. (24 de 5 de 2013). Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho Público para la Gestión Administrativa. *Las multas en los contratos de prestación de servicios de conectividad celebrados por el Fondo de*

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en desarrollo del Programa Compartel. Bogotá. Recuperado el 15 de 9 de 2016, de http://documentodegrado.uniandes.edu.co/documentos/200520032_fecha_2013_06_25_parte_1.pdf

Bautista Móller , P. J. (1999). *Licitaciones Contratos y Sanciones*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.

Benavides, J. (2014). *Contratos públicos estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Benavides, J. L. (2010). *El Contrato Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (2008). *El Constitucionalismo al debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bielsa, R. (1972). *Naturaleza jurídica de la multa administrativa* (Vol. 60). Buenos Aires, Argentina: En Jurisprudencia Argentina.

Buitrago Vargas, Y. M. (2014). Trabajo de Grado para optar por el título de Magister en Derecho. *Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial* . Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho.

Cano Campos, T. (1999). *El régimen jurídico- administrativo del tráfico, bases hirtóricas y constitucionales, tecnicas de intervención y sanciones* . Madrid: Civitas.

Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo* (Vol. II). Buenos Aires: Lexis Nexis.

Castro Cuenca, C., García López, L. F., & Martínez Vargas, J. R. (2010). *Contratación Estatal. Teoria general Perspectiva Comparada y regulación internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.

De las Solas Rafecas, J. M. (1990). *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*. Madrid: Editorial Tecnos.

De Laubadère, A. (1956). *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* (2a Edicion ed., Vol. II). Paris, Francia : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

- De los Santos Morales, A. (2013). *Derecho Administrativo I*. Tlalnepantla, CP Estado de México: Red Tercer Milenio S.C.
- Díaz Quiñones, J. D. (2015). Entre la legalidad y el ejercicio de potestades discrecionales en las decisiones de la alta policía administrativa. *Trabajo de Investigación para optar el título de Magister en Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Diez, M. M. (2000). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Edith grafica Oeste S.A.
- Dromi, R. (2010). *Licitación Pública*. Argentina: Hispania Libros.
- Duran Ruiz de Eguilaz, H. (2016). La falta de publicidad en conflicto con el respeto a los principios generales de la contratación pública. Su repercusión en el contratomenor y en el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía. *Alerheia Cuadernos Criticos Derecho*, 59-84.
- Dussán Hitscherich, J. (2005). *Elementos del Contrato Estatal*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Escobar Gil, R. (2003). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis.
- Escola, H. (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos* (Vol. tomo II). Buenos Aires, Argentina: De Palma.
- Escola, H. J. (1984). *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Exposito Vélez, J. C. (2013). *Forma y contenido del Contratrato estatal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 12 de 05 de 2017
- Fandiño Gallo, J. E. (2014). *La Contratación Estatal*. Bogotá: Leyer Editores.
- Fernández Arbeláez, I. (2015). *Manual de Derecho Procesal Administrativo y contencioso Administrativo* (Vol. 1). Armenia: Universidad de la Gran Colombia. Recuperado el 17 de mayo de 2017, de www.ebrary.com.datos.usantotomas.edu.co
- Fraga, G. (2000). *Derecho Administrativo* (40a ed.). México D.F., Mexico: Porrúa S.A.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., & Fernández Rodríguez, T. R. (2005). *Curso de derecho Administrativo* (Vol. II). Madrid, España: Civitas.

- Garrido Falla, F. (2006). *Tratado de derecho administrativo* (Vol. 2). Madrid, España: Tecnos.
- Gaston, J. (1950). *Principios Generales del Derecho Administrativo* (Vol. Tomo IV). Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- González Pérez, J., & González Salinas, P. (1993). *Procedimiento administrativo local* (Vol. tomo1). Madrid, España: El consultor de lo Ayuntamientos y de los Juzgados.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (8a ed., Vol. Tomo1). Buenos Aires, Argentina: Fundación de derecho Administrativo. doi:ISBN 9509502-31
- Gordillo, A. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas* (1a Edición ed.). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado el 2 de mayo de 2017, de http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf
- Güecha Medina, C. N. (julio- diciembre de 2006 de 2006). Falacia de las Cláusulas Exorbitantes en la Contratación Estatal. *Opinión Jurídica- Universidad de Medellín*, 5(10), 33-47. Recuperado el 06 de 05 de 2016, de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/128/112>
- Gutiérrez, J. D. (29 de julio de 2013). *La libre competencia*. Recuperado el 03 de 02 de 2017, de <https://lalibrecompetencia.com/2013/07/29/> el derecho a la libre competencia económica
- Hernández Betancour, L. F. (2015). La Ley de Infraestructura de Transporte y la Preservación "a toda costa" del Interés viario. *Con-texto- Revista de Derecho y Economía No. 43*, 13-130.
- Herrera Barbosa, B. (2004). *Contratos Públicos actualizado con el Decreto 2170 de 2002*. Bogotá: Ediciones jurídicas Ibáñez.
- Ibáñez Najar, J. E. (2009). *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Legis.
- Lamprea Rodríguez, P. A. (1994). *Principios fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Rada.
- Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá: Temis.
- Linares, J. F. (2007). *Derecho Administrativo* (1 ed.). La Plata, Argentina: Astrea.

- Lobato, J. M. (1974). *La Clàusula Penal en el Derecho Español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- López Nieto y Mallo, F. (2002). *Las Sanciones Municipales*. Madrid: El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados .
- Marienhoff, M. S. (1970). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marzola Loaiza, M. C. (2015). Conrol políticò: Implementaciòn en lasConcesiones de cuarta Generaciòn. *Revista CES Derecho*, 73-92.
- Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de contrataciòn de la Administraciòn Pùblica-Reforma de la Ley 80 de 1993* (2a ediciòn ed.). Bogotá, Colombia : Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 08 de 02 de 2017.
- Melo, J. S. (2003). *Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporaneo. Tomo II* (Vol. II). Bogotá, Colombia: Legis. Recuperado el 12 de 02 de 2017.
- Melo, J. S. (2005). *Estudios sobre Derecho Civil y Comercial Contemporaneo* (segunda ed., Vol. I). Bogotá, colombia : Legis. Recuperado el 07 de 01 de 2017.
- Morales Castro, C. J. (2012). Sanciones pecuniarias en la contrataciòn estatal. *Trabajo de grado (Maestría en Derecho Administrativo)* . Bogotá, Colombia : Universidad del Rosario Facultad de Jurisprudencia.
- Múnèra Rendòn, Y. T. (21 de 03 de 2017) <http://habilidadesinvestigativas2.blogspot.com.co/2015/05/metodos-empiricos.html>.Obtenido de http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/IDEA/2007219/lecciones/cap_4/sub11.html
- Muñoz Prieto, W. (2002). Concesiones viales en Colombia. Historia y Desarrollo. *Revistas universidad Distrital. Tecnura* 10, 18-26.
- Nieto García, A. (1994). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Olivos Campos, J. R. (2005). *Lo pùblico de la ètica pùblica, Derecho administrativo* (1 ed.). México: Universidad Autónoma de México, Instituto de nvestigaciones Jurídicas.
- Orrego Lombana, G. (2016). *Contrataciòn Estatal La declaraciòn administrativa de la caducidad del contrato estatal*. Medellín: fundaciòn Universitaria Luis Amigó.

- Osorio Moreno, N. D. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? *Revistas Digital de Derecho Administrativo No.10* , 95-108.
- Ospina , G. f. (2008). *Régimen general de las obligaciones* (Vol. reimpresion de la octava edición). Bogotá, Colombia: Temis S.A. Recuperado el 11 de 11 de 2016
- Ossa Arbelaez, J. (2000). *Derecho Administrativo Sancionador* (primera ed.). Bogotá, Colombia : Legis.
- Palacio Hincapié, J. A. (2014). *La Contratación de las Entidades Estatales* (sèptima ed.). Medellín: Libreria juridica Sanchez.
- Palacio Jaramillo, M. T. (2004). Cláusulas Excepcionales. *Revista de Derecho Publico No.17 Universidad de los Andes*(17), 2. Recuperado el 13 de 11 de 2016, de http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub147.pdf.
- Palacio Jaramillo, M. T., & (Comp.) de Vivero Arciniégas, F. (2010). *Potestades Excepcionales y su Nueva Regulación Legal y Reglamentaria - Poderes de la Administración. Reforma al Regimen de Contratación Estatal*. Bogota, Colombia : Ediciones Uniandinas.
- Palacios Mejía, H. (2000). La Concesión y la Teoría Económica de los Contratos. *Revista de Derecho Publico No.11 Universidad de los Andes*, 11-17.
- Palacios Oviedo, S. (2015). La imposición de las multas pactadas en el contrato estatal interadministrativo como facultad convencional de la entidad pública contratante. *Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en Derecho*. Bogotá, Colombia.
- Parejo Alfonso, L. (2003). *Derecho Administrativo. Instituciones Generales* . Barcelona: Ariel.
- Parejo Alfonso, L.J.,(1995). Eficacia y Administración: tres estudios.Madrid.Instituto Nacional de Administración Pública.
- Parra Gutierrez, W.R.,(1998). Los contratos estatales. Bogotá. Editorial Librería del Profesional.

- Penagos, G. (1992). *El acto administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Petit, E. (1999). *Tratado Elemental de Derecho Romano. traducido de la 9a Edición Francesa por José Fernández González*. México: Porrúa.
- Pino Ricci, j. (1997). El Régimen dela exorbitancia, de las cláusulas obligatorias, multas y penal pecuniarias. En *Régimen de Contratación Estatal* (págs. 177-252). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ponce Solé, J. (2016). El Derecho a una Buena Administración y el Derecho Administrativo Iberoamericano del Siglo XXI, Buen gobierno y Derecho a Una Buena Administración Contra Arbitrariedad y Corrupción. En A. d. Docentes, *El Control de la Actividad Estatal* (pág. 734). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Ramirez- Torrado, M. L., & Hernando V, A. B. (30 de 05 de 2016). Sanción administrativa en Colombia. *Vniversitas* 131(131), 107-148. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.111.44/Javeriana.vj131.saec>
- Ramos Acevedo, J., & Ramos Acevedo Amparo. (2014). *Teoría General y Especial* (Tercera ed.). Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Rico Puerta, L. A. (2013). *Teoria General y Practica de la Contratación Estatal* (8ª ed.). Bogotá, Colombia: LEYER. Recuperado el 29 de octubre de 2016.
- Rivero, J (1984) *Derecho administrativo. Traducción de la 9ª edición. Caracas Venezuela* Facultad de Ciencias Juridicas y Políticas Universidad Central de Venezuela.
- Roa Salguero, D. A., & Ferrer Leal, H. E. (2009). *La falta disciplinaria en la Contratación Estatal* (segunda edición ed.). Bogotá: Nueva Jurídica.
- Rodríguez R., L. (2011). *Derecho Administrativo General y Colombiano* (decimoséptima ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Rodríguez Tamayo, M. F. (2013). *Los contratos estatales en Colombia*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Rosero Melo, B. C. (2011). *Contratación Estatal: manual teorico práctico*. Bogotá: Ediciones de la U. Obtenido de <http://www.ebrary.com>

- Ruiz Ojeda , A. (2006). *La Concesión de obra pública*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- Sánchez Pineda, D. A. (2016). *Tesis Estudio sobre la operatividad y Eficacia de las Multas en el marco de la Contratación Estatal*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Sánchez, R. (2003). El pago por el uso de la infraestructura de transporte vial, ferroviaria y portuaria, concesionada al sector privado. *Recursos naturales e infraestructura*, 22.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. (2008). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista Digital de Derecho Administrativo; No.1*, 21 y 22. doi:2589-8587-1-PB.pdf
- Santofimio Gamboa, J. O. (2009). Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. *Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual. Ley 1150 de 2007. Compiladores: Benavides José Luis y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando*, 24-25.
- Suárez Beltrán, G. (2014). *Estudios de derecho Contractual público* (1a Edición ed.). Bogotá: Legis Editores S.A.
- Suárez Tamayo, D. (2010). Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación en la Contratación estatal en Colombia. En INCOES, *Temas en contratos estatales*. Medellín: Biblioteca Juridica Dike.
- Suárez Tamayo, D. (2014). *Cláusula de multas y penal pecuniaria: serie Las Clausulas del Contrato Estatal* (1a ed.). Medellín: Libreria juridica Sánchez & centro de Estudios de Derecho Administrativo.
- Urrueta Rojas, J. M. (2010). *El contrato de concesión de obras publicas*. Bogotá: Ibañez.
- Vargas Jimenez, N. (2006). Reseña de la gestión pública en las concesiones viales y su impacto. *Trabajo de Ensayo*. Bogotá, Colombia: Escuela superior de Administración Publica -ESAP.

- Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo* (2da ed.). Madrid, España: Biblioteca Juridica Aguilar.
- Villamizar , S., & Eddy, A. (2009). El derecho colectivo: “moralidad administrativa” en la contratación estatal : fortalecimiento de los principios del derecho administrativo. *Red Revista Estudios Socio Juridicos*. Recuperado el 2017 de mayo de 12, de www.ProQuest ebrary
- Villar Palasí, J. L. (1981). *Concesiones administrativas* (Vol. Tomo IV). Barcelona: Seix S.A.
- Villar Palasí, J. L., & Villar Ezcurra, J. L. (1983). *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad Complutense, Sección de Publicaciones.
- Younes Moreno, D. (1996). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Ediciones Juridicas Gustavo Ibañez.

Legislación

- Decreto Extraordinario 2880 de 1959 “Por el cual se reorganiza el servicio nacional de suministros”
- Ley 153 de 1887, por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.
- Ley 57 de 1887, sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional.
- Decreto-Ley 150 de 1976 , “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas”
- Decreto-Ley 222 de 1983, “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”.
- Constitución Política de Colombia 1991
- Código Civil. (1987). Congreso de la Republica. Bogotá D.C.: Legis.
- Código de Comercio. (1971). - Decreto Número 410 de 1971 Congreso de la República. Bogotá, Colombia: Legis.

Ley 80 de 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de

Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Ley 105 de 1993 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se

redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No 41.158 de 30 de diciembre de 1993. Disponible en [www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp? i=296](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=296)

Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario Oficial No 48.128 de 12 de julio de 2011. Disponible en www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Ley 1508 de 2012 “Por lo cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No 48308 de enero 10 de 2012.disponible en:<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45329>

Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" Diario Oficial No.47.956 de 18 de enero de 2011.Disponible en:<http://alcaldíabogota.gov.co/>

Ley 1682 de 2013, “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”. Diario oficial No.48982 de 22 de noviembre de 2013. Disponible en www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jspi=55612

Jurisprudencia

Corte Constitucional M.P. José Gregorio Hernández. T 206 de 26 de abril de 1994.

Recuperado de HYPERLINK "<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>" <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria> .

Corte Constitucional, MP Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia C-561 de 4 de agosto de 1999.

Recuperado el 9 de febrero de 2017, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>

Corte Constitucional, MP Alejandro Martínez Caballero C399/99 de 2 de junio de 1999.

Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>

Corte Constitucional MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Sentencia C 300 de 25 de abril de 2012. Recuperado de HYPERLINK

"<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>"

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria> .

Corte Constitucional M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. C-618, de 8 de agosto de 2012. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>.

Corte Constitucional M.P. Mauricio González cuervo. C-499, de 5 de agosto de 2015.

Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, M.P. Camilo Betancourt Jaramillo, Sentencia de 1 de octubre de 1992, Radicado 6631. Recuperado de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52622033>

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil 25 de noviembre de 1999, C.P. Cesar Hoyos Salazar. Radicado: 1237. Recuperado de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52594988>.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque Sentencia del 20 de junio de 2002. Radicado No. (19488).

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, Concepto de 25 de mayo de 2006. Radicado 1748. Recuperado de www.notinet.com.co/pedidos/1748.doc

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicado: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715). Recuperado de: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/.../Sentencia>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera M. P. Germán Rodríguez Villamizar, Sentencia de 20 de octubre de 2005. Radicado 14279.

Recuperado de: [https://sintesis.colombiacompra.gov.co/.../Sentencia 14279](https://sintesis.colombiacompra.gov.co/.../Sentencia%2014279)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero Sentencia de 30 de julio de 2008. Radicado: 21574. Recuperado de www.notinet.com.co/pedidos/21574.doc

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil C.P. William Zambrano Cetina. Concepto de 29 de 11 de 2010 Radicado: 2040. Recuperado de www.notinet.com.co/pedidos/2040.doc

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera M.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia de 25 de agosto de 2011. Radicado: 14461.

Consejo de Estado Sección Tercera, M. P, Enrique Gil Botero Sentencia de 23 de junio de 2010. Radicad: 16367 Recuperado el 29 de 10 de 2016. de [http://www. www.notinet.com.co/pedidos/16367.pdf](http://www.www.notinet.com.co/pedidos/16367.pdf)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, M.P. Carlos Alberto Zambrano Sentencia de 13 de febrero de 2013. Radicado 20521. Recuperado de: www.notinet.com.co/pedidos/14461.doc

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Álvaro Namén Vargas Sentencia de 10 de octubre de 2013. Radicado 2157 recuperado de [/app.vlex.com/#CO.profesional/vid/556676998](http://app.vlex.com/#CO.profesional/vid/556676998)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Sentencia del 23 de mayo de 1996. Expediente No. 4607

Documentos

Exposición de Motivos Ley 1682 de 2013 Gaceta del Congreso de la República, 137 (Congreso de la República de Colombia 22 de 03 de 2013).

Exposición de Motivos Ley 1150 de 2007. Gaceta del Congreso No. 458 de 2005. Proyecto de Ley No. 20 de 2005 Senado “*Por medio de la cual se introducen medidas para*

la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

Exposición de Motivos Ley 1437 De 2011. Gaceta del Congreso No. 1173 De 2009.

Proyecto de Ley No. 198 De 2009 Senado “Por La Cual Se Expide El Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

Exposición de Motivos Ley 1474 De 2011. Gaceta del Congreso No. 607 de 2010.

Proyecto de ley número 142 de 2010 Senado “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”

Agencia Nacional de Infraestructura. (01 de 2016). Manual de Contratación. Bogotá.

Infraestructura Vial en Colombia. (2015). Proyecto Análisis de las implicaciones sociales y Economicas de las autopistas para la prosperidad. *Infraestructura Vial*, 1-38

Programa de las Naciones unidas para el Desarrollo (PNUD). (16 de 01 de 2012). *Buenas Prácticas de transparencia en la Gestión Contractual*. Recuperado el 12 de 03 de 2017, de www.co.undp.org.

Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social(CONPES)2597 de junio 15 de 1992 “Contratos de obra pública por el sistema de concesión” DNP(departamento Nacional de Planeación). www.dnp.gov.co.

Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social(CONPES)2852 de junio 26 de 1996 “La participación privada en proyectos de infraestructura” DNP(departamento Nacional de Planeación). www.dnp.gov.co.

Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social(CONPES)2765 de febrero 22 de 1995 “Plan de Infraestructura Vial. DNP(departamento Nacional de Planeación). www.dnp.gov.co.

Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social(CONPES)3045 de agosto de 1999 “Programa Concesiones Viales1998-2000 Tercera Generación de Concesiones” DNP(departamento Nacional de Planeación). www.dnp.gov.co.

Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social(CONPES)3760 de abril de 2001”Política de Manejo de Riesgos Contractual el Estado para procesos de

participación privada en infraestructura” DNP(departamento Nacional de Planeación). www.dnp.gov.co.

Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social(CONPES)3107 de agosto 20 de 2013”Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales” DNP(departamento Nacional de Planeación). www.dnp.gov.co.

Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social(CONPES)3840 de 3 de agosto de 2015 “Importancia estratégica del programa Vías para la Equidad ” DNP(departamento Nacional de Planeación). www.dnp.gov.co.

Vlex.com. (24 de febrero de 2017).app.vlex.com/#CO.

practico_contratacion_estatal/vid/590688874. Obtenido de app.vlex.com/#CO.practico_contratacion_estatal/vid/590688874:
<https://app.vlex.com>