

RESOLUCIÓN NÚMERO 123 DEL 22 DE AGOSTO DE 2017

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por el CONSORCIO COLCARD contra la Resolución 094 de 2017 que impone una multa al concesionario con ocasión del contrato de concesión No. TC - LPN - 005 de 2010

EL GERENTE GENERAL

En uso de sus facultades legales, y en especial por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con lo previsto en los estatutos de la Asociación, y

CONSIDERANDO

Que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece que "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" (Resaltado fuera del texto).

Que por su parte, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por medio de 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, dispone que:

"Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; (Nota: Ver Decreto 734 de 2012, artículo 8.1.10, parágrafo 2º).

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien

lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento" (Resaltado fuera del texto).

Que el Contrato de Concesión No. TC-LPN-005-2010 del 14 de abril de 2011, celebrado entre TRANSCARIBE S.A. y CONSORCIO COLCARD se estableció en la cláusula 109 lo siguiente:

"CLÁUSULA 109. MULTAS DEL CONTRATO

TRANSCARIBE S.A., directamente o a través del interventor, ejercerá la supervisión, control y vigilancia del contrato de concesión y, en consecuencia, verificará el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones, requisitos y responsabilidades a cargo del CONCESIONARIO en virtud de lo dispuesto en el presente Contrato.

TRANSCARIBE S.A. podrá imponer las multas correspondientes de acuerdo con lo previsto en las cláusulas incluidas en el presente capítulo en los eventos en que EL CONCESIONARIO incumpla las obligaciones, requisitos, parámetros y responsabilidades en cuanto a los plazos o condiciones establecidos en el contrato de concesión.

La multa será impuesta mediante acto administrativo motivado, previo el seguimiento de un procedimiento cuya finalidad es garantizar el derecho de defensa y el debido proceso del CONCESIONARIO, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y la norma que la reglamenta.-

TRANSCARIBE S.A. podrá imponer multas sucesivas hasta cuando EL CONCESIONARIO cumpla satisfactoriamente la obligación, parámetro, requisito o responsabilidad del contrato de concesión debida, si conforme a la naturaleza de la infracción, la restitución del incumplimiento fuera posible.

Cuando se trate de incumplimiento o infracción de una obligación de ejecución inmediata cuyo cumplimiento no sea posible restituir, se podrán imponer tantas multas como infracciones de ejecución inmediata haya cometido EL CONCESIONARIO, cuantificadas en cada caso por una sola vez.

2

En todo caso, la introducción, modificación o supresión de multas no afectará las multas que se hayan impuesto hasta el día en que aquellas sean vinculantes y exigibles.

EL CONCESIONARIO expresamente y en forma voluntaria acepta y autoriza, con la firma del presente Contrato, a TRANSCARIBE S.A. a compensar las sumas que adeude por concepto de multas, conforme a lo estipulada en el presente capítulo". (Resaltado fuera del texto)

Conforme lo anterior, mediante comunicación del 21 de abril de 2016 radicada bajo el número TC-DJ-07.01-0611-2016, se le manifestó al Consorcio Colcard las obligaciones presuntamente incumplidas, indicando la consecuencia que se podría derivar para el Consorcio Colcard, en desarrollo del procedimiento conminatorio si se llegara a probar la presunta mora en el cumplimiento de la obligación, con fundamento en el informe del supervisor, las cuales se dividen en 9 cargos:

- (i) **Presunto incumplimiento en lo relacionado con la no instalación de los equipos de recaudo en los autobuses requeridos para el inicio de la operación regular, el 27 de marzo de 2016 (cargo 1):**

El presunto incumplimiento consiste en que estuvieron disponibles los vehículos para el inicio de la operación regular, sin embargo, los equipos de control abordó no fueron instalados de manera previa en todos los buses, por lo cual no se cuenta con control operacional de todos los servicios que se programan ni de las demás actividades de recaudo, con lo que no se da cumplimiento a lo establecido en el Apéndice No. 5

- (ii) **Presunto incumplimiento en lo relacionado con la no habilitación del número total de tarjetas para la operación regular del sistema (cargo 2)**

El presunto incumplimiento consiste en que el medio de pago no estuvo disponible en su totalidad desde el inicio de la operación regular en una cantidad suficiente para atender la demanda del Sistema, y se agotó la cantidad de medios de pago dispuesto por el concesionario de recaudo, afectando la prestación del servicio, lo que obligó al concesionario de recaudo a realizar un procedimiento no auditable y no seguro para el ingreso de los usuarios al sistema.

- (iii) **El presunto incumplimiento en lo relacionado con la no instalación de la totalidad de equipos en estaciones para el correcto funcionamiento del sistema en su etapa de operación regular (cargo 3)**

El presunto incumplimiento consiste en que no se han instalado la totalidad de los equipos en estaciones para el funcionamiento del sistema, por cuanto no se contó con la totalidad de los equipos para la venta, recarga, consulta, validación y control de pasajes, en las 9 estaciones entregadas el día 27 de marzo de 2016 y durante los días de operación regular desde el pasado 27 de marzo hasta la fecha del informe.

- (iv) **El presunto incumplimiento en lo referente a las consignaciones bancarias en los tiempos y condiciones establecidas en el contrato de concesión y en el contrato de fiducia (cargo 4)**

El presunto incumplimiento consiste en que las consignaciones no se realizaron dentro del plazo previsto en el contrato de concesión, no obstante estar constituida la fiducia del sistema para la administración de los recursos. Lo anterior, afecta la realización de los desembolsos en los tiempos y según las disposiciones establecidas en el contrato de concesión., Tampoco se puede contar con los reportes de las consignaciones diarias establecidas en el contrato de recaudo.

(v) El presunto incumplimiento en lo relacionado con el no suministro de los equipos de comunicación a bordo de los autobuses para la regulación y comunicación con el CCO (cargo 5)

El presunto incumplimiento consiste en que no se han suministrado los equipos de comunicación a bordo para la regulación y comunicación con el CCO. Lo anterior, afecta la regulación de la flota, a su vez la prestación del servicio y el registro y control de las novedades que se presentan a bordo de los autobuses.

(vi) El presunto incumplimiento en lo relacionado con el cumplimiento de la funcionalidad del software de programación (cargo 6)

El presunto incumplimiento consiste en que el software en su subsistema de programación y el de control de flota no cuenta con los elementos y especificaciones descritas en los pliegos, contrato y apéndices del contrato de recaudo, por lo que Transcaribe no ha podido realizar la programación requerida por el Sistema debido a que no se cuenta con las funcionalidades para el control de operaciones, tampoco se cuenta con la información de kilómetro recorridos por los concesionarios de operación, necesarios para las diferentes liquidaciones y distribución de ingresos que se deben efectuar. Las herramientas informáticas no ejecutan las tareas de acuerdo con las necesidades del sistema para la programación y control operacional.

(vii) El presunto incumplimiento en lo relacionado con la realización de las pruebas descritas en el Apéndice 5 (cargo 7)

El presunto incumplimiento consiste en que además de no contar con la totalidad de los elementos y equipos instalados y puesta a punto para su funcionamiento, el concesionario no ha puesto a disposición el personal, equipos y documentos para realizar las pruebas descritas en el apéndice No. 5 del contrato de recaudo.

(viii) El presunto incumplimiento en lo relacionado con el suministro de los manuales de uso del software utilizados en el CCO y CCR (cargo 8)

El presunto incumplimiento consiste en la no provisión de los manuales necesarios para la operación del software requeridos.

(ix) El presunto incumplimiento en lo relacionado con la falta de capacidad de suministro de cambio ante billetes de cualquier denominación. (Cargo 9)

El presunto incumplimiento consiste en que se ha evidenciado que en las taquillas se han rechazado ventas por no contar con efectivo para entregar cambios. Como se advierte de la cláusula, es claro que se debe tener disponible las denominaciones de valor que permitan facilitar las transacciones a los usuarios del sistema.

Este informe de supervisión fue debidamente objetado por el Consorcio Colcard, el cual se manifestó sobre cada uno de los cargos objeto del mismo, mediante comunicación del 5 de mayo de 2016 radicado oficio No. 00094-2016.

Respecto a estas objeciones el Supervisor del Contrato presentó un Alcance a los cargos antes formulados, el 19 de junio de 2016. El único cambio sustancial fue el retiro del cargo 9 por no contar con pruebas suficientes. Este alcance fue nuevamente objetado por el Consorcio Colcard mediante comunicado No. 001386, el cual fue incorporado al expediente en la audiencia del 14 de julio de 2016. En dicho documento se pronunciaron frente a todos y cada uno de los cargos formulados en el Informe Inicial y en el Alcance posterior del Supervisor del Contrato.

Después de terminada la etapa probatoria, donde se practicaron los testimonios y se rindió el peritaje, y habiendo analizado todo el acervo probatorio se concluyó que los cargos 1, 4, y 8 fueron

efectivamente cumplidos por el Concesionario Colcard. Por el contrario, los cargos 2, 3, 5, 6 y 7 fueron incumplidos por las siguientes razones:

- **Cargo 2 - Presunto incumplimiento en lo relacionado con la no habilitación del número total de tarjetas para la operación regular del sistema**

El contrato estatal es un contrato solemne, el cual requiere que conste por escrito¹. Así pues, cualquier modificación relativa al mismo, deberá constar también por escrito so pena de que no se entienda modificado el contrato. De esta manera, no se entenderá modificado el contrato mientras no conste la modificación por escrito, sea por mutuo acuerdo o por acto administrativo².

Por lo anterior, el argumento del Consorcio no es de recibo sobre la modificación implícita del artículo 11.5 del Contrato de Concesión, en la medida que el Otrosí No. 6 y el Otrosí No. 7 no modificaron, sustituyeron o eliminaron expresamente dicha cláusula. En definitiva, la cláusula sigue vigente y de obligatorio cumplimiento para el concesionario.

Cabe precisar que el PMI hace parte integral del Contrato de Concesión y, de esta manera, es de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, esto no obsta para que el mismo documento incluya recomendaciones en vez de obligaciones. Este es el caso de la distribución de las 100.000 tarjetas gratuitas.

Ahora bien, al no suministrar a los usuarios del sistema de manera gratuita las primeras 100.000 tarjetas, independientemente de si el Ente Gestor las regalaba o no, el concesionario incumplió una obligación clara y de resultado de la cláusula 11, al igual que no haber habilitado las 200.000 restantes.

Para los momentos previos al inicio de la etapa comercial, incluso, en plena operación comercial, el concesionario de Recaudo no contaba con las TISC establecidas en el contrato para su distribución y uso. Por este motivo, se vio obligado a implementar el uso de Tickets para suplir la demanda por la falta de TISC. Hoy no han sido entregadas las 100.000 TISC gratuitas.

De esta manera, se encuentra que el Consorcio incumplió las obligaciones contenidas en las cláusulas 75 y 77 del Contrato de Concesión, y el literal b. del numeral 6.6 del Apéndice 2.

- **Cargo 3 - El presunto incumplimiento en lo relacionado con la no instalación de la totalidad de equipos en estaciones para el correcto funcionamiento del sistema en su etapa de operación regular**

Efectivamente, al momento de la operación regular, no se contaba en su totalidad en las estaciones disponibles, con los equipos necesarios para el recaudo. Tampoco se habían realizados las pruebas necesarias establecidas en el apéndice 5 plan de pruebas.

Aún faltan equipos por instalar en estaciones.

Equipo	Observaciones	Conclusión
Terminal de consulta de saldo	La cláusula 8.1 del Contrato de Concesión es clara en establecer	No cumple

¹ LEY 80 DE 1993. Artículo 39. DE LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 8 de julio de 2016. Radicación No.: 35555. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

Dos equipos de recarga	la obligación de resultado respecto de adquirir, instalar, adaptar, desarrollar y renovar la plataforma tecnológica de recaudo. Al no ejecutar dicha obligación se encuentra incumplida la obligación	No cumple
Computador estación		No cumple
Planta de energía	Se reitera la argumentación sobre la terminal de consulta de saldo, los dos equipos de recarga y el computador estación y se reitera la argumentación frente a la modificación de los contratos estatales, por cuanto no es válido afirmar que existe una modificación implícita de los documentos contractuales si no se encuentra expresamente consignado por escrito.	No cumple

Por lo anterior, en la medida que no se cumplió la obligación de la cláusula 8.1 frente a la instalación de la terminal de consulta de saldo, los dos equipos de recarga, el computador estación y las plantas de energía se encuentra que el Consorcio incumplió sus obligaciones contractuales.

- **Cargo 5 - El presunto incumplimiento en lo relacionado con el no suministro de los equipos de comunicación a bordo de los autobuses para la regulación y comunicación con el CCO**

En primer lugar, el Apéndice 7 habla sobre el protocolo de instalación entre concesiones y sobre la instalación y adquisición de algunos equipos en términos generales, sin entrar a especificar la cantidad y a quién le corresponde. Por el contrario el Apéndice 3 establece la cantidad de equipos que están a cargo del Concesionario. De esta manera, el Apéndice 3 es una norma específica, frente a la general del Apéndice 7. Esto significa que el Apéndice 3 tiene prevalencia sobre el Apéndice 7, en virtud del principio de ley especial prevalece sobre ley general³.

A fecha de hoy no se han instalado los equipos de comunicación de voz en los autobuses. Aún falta la instalación del sistema de radiocomunicaciones.

Por consiguiente, los equipos contenidos en el Apéndice 3 son de obligatoria adquisición e instalación por parte de Colcard. De esta manera, en la medida que no ejecutó la obligación se encuentra incumplida.

- **Cargo 6 - El presunto incumplimiento en lo relacionado con el cumplimiento de la funcionalidad del software de programación**

No obstante la conclusión del perito cabe precisar que el software presentado por la empresa Colcard no le está proveyendo a Transcaribe una herramienta dinámica de programación como lo manifiesta el perito designado, que le permita realizar las modificaciones o ajustes requeridos como dinámica del comportamiento de la ciudad en forma ágil, sino que es un software rígido. Se considera que el software fue desarrollado para procesos muy rígidos, no permitiendo realizar variaciones que se requieran para ir en dirección a la dinámica de la ciudad y del sistema, o en caso de que lo permita lo realiza con procedimientos engorrosos y como si este tipo de procedimientos fueran nuevos para el software.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-005 de 1996. Radicación No.: D-896. Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Efectivamente, aun hoy se evidencia que el software no cumple las expectativas en la programación y el control.

Así pues, toda vez que los numerales 5.2 y 5.3 del Apéndice 2 requieren que el sistema funcione de manera automática para las distintas funcionalidades establecidas y esto no se cumple por parte del software de programación, se encuentra que el Consorcio ha incumplido sus obligaciones contractuales.

- **Cargo 7 - El presunto incumplimiento en lo relacionado con la realización de las pruebas descritas en el Apéndice 5**

El correo que remitido el 25 de marzo de 2016, más el correo del 3 de mayo de 2016 solamente adjuntan el plan de pruebas de los equipos de recaudo y gestión de flotas. El Consorcio no adjuntó prueba alguna que demostrara la realización efectiva de la metodología y procedimiento para las pruebas que establece el numeral 3⁴ del Apéndice 5.

En efecto, todavía no se cuenta en algunos casos, con documentación ni manuales. Tampoco se han realizado las pruebas establecidas en el anexo 5 - plan de pruebas

Así las cosas, al no comprobar el cumplimiento de la obligación se encuentra que el Consorcio no ha realizado las pruebas descritas en el Apéndice 5 y por lo tanto se encuentra incumpliendo sus obligaciones contractuales.

Con fundamento en las anteriores consideraciones respecto del proceso de multa, se realizó la cuantificación de las multas correspondientes a los cargos 2, 3, 5, 6 y 7, así:

Concepto de Multa 1 – Cargo 2		
no instalación de los equipos de recaudo en los autobuses requeridos para el inicio de la operación regular, el 27 de marzo de 2016		
Cálculo de tiempo	Fecha inicial	27 de marzo de 2016
	Fecha Final	30 de junio de 2016
	Total días	95
Tasación de cada multa	Número de SMMLV	1
	Número de días	95
	Total de salarios mínimos	95
	Valor del SMMLV	689.455
	Total calculado multa ítem individual	65.498.225
	Total calculado multa	65.498.225
	Valor multa	2.221.794
Valor total de la multa	2.221.794	

APÉNDICE 5. Plan de Pruebas. **Sección 3. Procedimientos detallados de pruebas.** 3.1. Cada procedimiento de prueba deberá incluir pero no se limitará a los siguientes puntos para cada prueba: (a) información suministrada en el Plan de Pruebas; (b) Metodología de la prueba, incluyendo las entradas y los resultados esperados (c) Equipo e instrumentación necesaria en la prueba (d) Descripción detallada de las averías o fallas en cualquier componente de equipos de cómputo y de las aplicaciones informáticas bajo prueba (e) Descripción de cada etapa de los procedimientos de prueba (f) Cualquier documentación relacionada (planos, impresiones, especificaciones, del proveedor y recomendaciones) (g) forma para registrar datos, incluyendo campos para la fecha, tiempo, ubicación y nombre y firma de las personas que conducen o que supervisan la prueba (h) Toda otra información requerida para monitorear y administrar la inspección y prueba (i) nombre y firma de la persona que preparó el procedimiento de prueba 3.2. Cada procedimiento de prueba deberá ser sometido a la revisión y aprobación de Transcaribe con un mínimo de quince (15) días antes del desempeño de la prueba. Transcaribe se reserva el derecho de desarrollar procedimientos adicionales de prueba para ser llevados a cabo por el Concesionario u otras organizaciones designadas.

Concepto de Multa 2 – Cargo 3		
no habilitación del número total de tarjetas para la operación regular del sistema		
Cálculo de tiempo	Fecha inicial	27 de marzo de 2016
	Fecha Final	30 de junio de 2016
	Total días	95
Tasación de cada multa	Número de SMMLV	5
	Número de días	95
	Total de salarios mínimos	475
	Valor del SMMLV	689.455
	Total calculado multa ítem individual	327.491.125
	Total calculado multa	327.491.125
Valor multa	2.221.794	
Valor total de la multa	2.221.794	
Concepto de Multa 3 – Cargo 5		
El presunto incumplimiento en lo relacionado con la no instalación de la totalidad de equipos en estaciones para el correcto funcionamiento del sistema en su etapa de operación regular		
Cálculo de tiempo	Fecha inicial	27 de marzo de 2016
	Fecha Final	30 de junio de 2016
	Total días	95
Tasación de cada multa	Número de SMMLV	1
	Número de días	95
	Total de salarios mínimos	95
	Valor del SMMLV	689.455
	Total calculado multa ítem individual	65.498.225
	Total calculado multa	65.498.225
Valor multa	2.221.794	
Valor total de la multa	2.221.794	
Concepto de Multa 4 – Cargo 6		
no suministro de los equipos de comunicación a bordo de los autobuses para la regulación y comunicación con el CCO		
Cálculo de tiempo	Fecha inicial	27 de marzo de 2016
	Fecha Final	30 de junio de 2016
	Total días	95
Tasación de cada multa	Número de SMMLV	1
	Número de días	95
	Total de salarios mínimos	95
	Valor del SMMLV	689.455
	Total calculado multa ítem individual	65.498.225
	Total calculado multa	65.498.225
Valor multa	2.221.794	
Valor total de la multa	2.221.794	
Concepto de Multa 5 – Cargo 7		
cumplimiento de la funcionalidad del software de programación		
Cálculo de tiempo	Fecha inicial	27 de marzo de 2016
	Fecha Final	30 de junio de 2016
	Total días	95
Tasación de cada multa	Número de SMMLV	5
	Número de días	95
	Total de salarios mínimos	475
	Valor del SMMLV	689.455
Total calculado multa ítem	327.491.125	

24

	individual	
	Total calculado multa	327.491.125
	Valor multa	2.221.794
Valor total de la multa	2.221.794	

Dando como resultado los siguientes valores:

Número de multas	Valor
Multa 1	2.221.794
Multa 2	2.221.794
Multa 3	2.221.794
Multa 4	2.221.794
Multa 5	2.221.794
Total	15.552.558

De esta manera, mediante la Resolución No. 094 del 5 de julio de 2017 se resolvió imponer las anteriores multas, liquidar el valor a pagar por el Concesionario Colcard y ordenar el pago inmediato de las sumas liquidadas.

Consecuentemente, una vez notificado el acto administrativo que impuso la multa el Consorcio Colcard interpuso Recurso de Reposición contra la Resolución No. 094 del 5 de julio de 2017, dividiendo sus argumentos en dos: (i) argumentos generales; y (ii) argumentos específicos, así:

Entre los argumentos generales se encuentran los siguientes:

"1. Violación al debido proceso dentro del procedimiento de imposición de multas, por incumplimiento del art. 86 de la ley 1474 de 2011, al no hacer, en el oficio que inició el procedimiento, mención expresa y detallada de los hechos que soportan los cargos de cada multa.

(...)

2. Violación al debido proceso dentro del procedimiento de multa, por incumplimiento del art. 86 de la ley 1474 de 2011 al no mencionar de manera expresa las consecuencias que podrían derivarse en desarrollo de la actuación.

(...)

3. Excepción de contrato no cumplido. Transcaribe violó el derecho de Colcard a recibir en forma completa y oportuna los insumos y la información necesarios para el desarrollo de las actividades de implementación, renovación, mantenimiento, transferencia tecnológica y soporte del sistema de programación y control de la operación del sistema Transcaribe de acuerdo con lo establecido en la fase de diseño y programación detallada y violación de las obligaciones de las cláusulas 13.1 y 13.2 del contrato de recaudo"

Por su parte, entre los argumentos específicos se manifiesta lo siguiente:

"1. Se debe revocar el artículo segundo de la resolución 094 de 2017 que declara el incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la no habilitación del número total de tarjetas para la operación regular del sistema.

1.1. Falsa motivación del acto recurrido: el PMI si modifica el contrato y la recomendación dada es acogida por las dos partes al ser un documento

aprobado en conjunto y de cara a una etapa contingente por el inicio por fuera de lo contratado.

"Es falso entonces decir que el PMI solo trajo una recomendación frente a tarjetas, pues ese documento es el insumo necesario para determinar la cantidad de tarjetas que debía entregar el concesionario"

"Dicha obligación ha sido cumplida cabalmente por este concesionario, pues a la fecha se han vendido más de 380.000 tarjetas, es decir el consorcio Colcard, superó lo señalado en el PMI, pues ese estipula 20.000 tarjetas mensuales y en tan solo el primer mes de operación se entregaron más del doble de las tarjetas pactadas, por lo tanto, no existe hoy disposición contractual incumplida y una vez más se observa falta de fundamentación de la resolución"

1.2. Falsa motivación debido a que no se estudió ni declaró la excepción de contrato no cumplido infraestructura, insumos e información en su totalidad antes de iniciar la operación y no cumplió preaviso 6 meses para preparar lo que era de vital importancia para mandar a producir las tarjetas con el tiempo indicado en el contrato.

Argumento subsidiario

"Ahora bien, de manera concreta Transcaribe violó el inciso final de la cláusula 7.7 (...)

Conforme con lo anterior, y ante la falta de notificación por escrito, mi poderdante, no tuvo el tiempo para planificar la entrada en operación y por tal razón, al no haber cumplido el contrato de parte de Transcaribe, el consorcio Colcard no está obligado a cumplirlo"

1.3. Terminación del proceso por cesación de la situación de incumplimiento y/o hecho superado.

"La obligación referente a las tarjetas ha sido cumplida cabalmente por este concesionario, pues a la fecha se han vendido alrededor de 380.000 tarjetas, es decir, el consorcio Colcard, superó lo señalado en el PMI, pues ese estipulaba 20.000 tarjetas mensuales y en tan solo el primer mes de operación se entregaron más del doble de las tarjetas pactadas, por lo tanto, no existe hecho superado"

2. se debe revocar el artículo tercero de la resolución 094 de 2017 que declara incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la no instalación de la totalidad de equipos en estaciones para el correcto funcionamiento del sistema en su etapa de operación regular.

2.1.1. En cuanto a las plantas eléctricas, existe falsa motivación por cuanto el PMI sí modifica el contrato y las plantas dejaron de ser fijas para convertirse en móviles.

"En efecto, las plantas instaladas en cada estación, no son obligación del contrato según el PMI, el cual como ya se demostró, hace parte del contrato de recaudo.

Es así como en su página 134, establece que las plantas serán móviles, por lo tanto no se requiere planta instalada en cada estación, por lo que el apéndice 3 se entiende modificado"



2.1.2. En cuanto a los equipos de consulta de saldo, dos equipos de recarga y computador de estación, existe falsa motivación por cuanto los mismos dependen de obligaciones de Transcaribe de entrega de tendido por donde debe pasar la fibra óptica y CCO.

"Conforme con lo anterior, si Transcaribe hubiera tenido en cuenta los argumentos de la falta de insumos para valorar este concepto de multa, su conclusión hubiera sido diferente a la de multar, pues no estaría en posición de imponer la instalación de equipos cuando su funcionamiento depende de insumos que el ente gestor no proporcionó"

2.2. Falsa motivación debido a que no se estudió ni declaró la excepción de contrato no cumplido consistente en Transcaribe no hizo entrega de la infraestructura física en donde deberá instalar el CCO y el espacio físico para el tendido en donde debía ir la fibra óptica para que los equipos funcionaran.

"Como viene dicho, los equipos de recaudo, solo funcionan, si se conectan a fibra óptica, tendidos estos que no se entregaron, por lo cual el consorcio Colcard, al entrar en operación en modo contingente, únicamente habilitó los equipos necesarios, pues se sobrecargaba la red de comunicaciones contrario a lo que sucedería si existiera la fibra óptica"

2.3. Falsa motivación por inexistencia de incumplimiento por acuerdo con Transcaribe de solo instalar en contingencia equipos necesarios con base cláusula tercera otrosí No. 7

"De la mano de los anteriores argumentos, venidos diciendo que, la entrada en operación regular no se hizo, por decisión de Transcaribe, conforme con lo planeado y estipulado en el contrato de recaudo, por el contrario, se hizo de manera precipitada, no planificada y a las carreras, lo que llevó al consorcio Colcard a entrar en operación en modo contingencias, ya que no se cumplieron los tiempos del contrato, por esta razón es que las partes de manera clara pactaron que debido a este inicio de operación en contingencia, se iba a instalar únicamente lo necesario, pues ante la falta de espacio físico del CCO, de espacio físico para el tendido de fibra óptica, de la totalidad de estaciones en funcionamiento, y de sinnúmero de detalles que aún no estaban listos para iniciar operación, el concesionario de recaudo, iniciaría operación con lo exclusivamente necesario, (...)"

2.4. Terminación del proceso por cesación se (sic) la situación de incumplimiento y/o hecho superado.

"Para nuestro caso concreto, el objeto y fin del proceso de imposición de multa es apremiar al contratista par que cumpla con sus obligaciones, pero ante el cumplimiento de esta obligación como en efecto se acredita en la adquisición de 12 plantas móviles conforme lo estipula el PMI que hace parte integral del contrato, dichas plantas que operan en las estaciones de manera permanente e ininterrumpida, solventan cualquier falla eléctrica"

3. Se debe revocar el artículo quinto de la resolución 094 de 2017 que declara el incumplimiento de la obligación contractual relacionada con el no suministro de los equipos de comunicación a bordo de los autobuses para regulación y comunicación con el CCO

24

3.1. Se debe revocar la multa por cuanto Transcaribe ya resolvió en el mismo acto que se recurre que el consorcio ya instaló la totalidad de los equipos en los autobuses para su correcto funcionamiento

"Por lo expuesto, y en atención a la incongruencia de Transcaribe en la resolución recurrida, al señalar en uno de sus puntos que las obligaciones de instalación de equipos en los buses se encuentran cumplidas, y a renglón seguido, afirma y multa porque supuestamente se incumplió la obligación de equipos de comunicación a bordo de los autobuses, es contradictoria y por esta razón, se debe revocar este punto"

3.2. Falsa motivación de acto, debido a que no se estudió ni declaró el incumplimiento de Transcaribe de su facultad y por ende obligación de interpretar el contrato, pues nunca lo hizo formalmente, frente a los apéndices 3 y 7.

"El acto recurrido está motivado falsamente, pues la obligación de adquirir los equipos de comunicación a bordo de los autobuses en principio, no está a cargo del consorcio Colcard, por lo tanto no se puede configurar un incumplimiento de mi poderdante, sobre una obligación inexistente en el contrato, (...)"

"Ahora bien, en el informe de alcance al informe de supervisión, se evidencia otro documento contractual, el Apéndice 3, que contradice el citado Apéndice 7, lo que nos lleva a concluir que el contrato no es claro y contiene una evidente contradicción, pues señala la misma obligación en cabeza de dos concesionarios diferentes, lo que debe llevar al ente gestor a clarificar el asunto, para lo cual tiene dos vías: un otrosí modificatorio a los contratos de recaudo y operación, o la interpretación unilateral del contrato, y no, elegir arbitrariamente a qué concesionario le endilga la responsabilidad y multarlo por no cumplir con una obligación que no está claramente determinada en el contrato, por ser contradictoria con otro aparte del mismo contrato"

3.3. Se debe revocar el acto recurrido por violación al principio de la buena fe y falta de imparcialidad de Transcaribe al interpretar el contrato solo para multar a pesar de haber solicitado Colcard en varias ocasiones un otrosí para implementar la solución

"De la mano del anterior argumento, y siguiendo la misma línea, lo que se evidencia aquí es una total falta de imparcialidad y una eventual mala fe por parte del ente gestor al imponer esta multa, pues, ante la contradicción de los apéndices del contrato, lo sano, jurídico y legal es interpretar el contrato de manera unilateral y de está (sic) manera dar claridad al contratista para la ejecución de su contenido y no, proceder con una multa, en perjuicio del consorcio Colcard

(...)

Descendiendo al caso concreto, Transcaribe viola los principios de imparcialidad y buena fe, al proceder a multar al consorcio Colcard, cuando existe en el contrato una clara contradicción que por obligación legal, debe ser clarificada haciendo uso de las herramientas que el sistema jurídico otorga a la administración, y no de manera arbitraria, multando como si este fuera un mecanismo que diera solución a la administración, cuando el consorcio Colcard, en reiteradas oportunidades le solicitó claridad sobre el asunto, siendo la única respuesta dada por parte de Transcaribe, realmente desconcertante, pues en

oficio TC-DO-07.01-0837-2017 del 17 de julio de 2017, basándose en un análisis equivocado, el ente concluye que no hay contradicción en los apéndices, pero en la parte considerativa del escrito, se evidencia que no estudió el apéndice 3 en su totalidad, pues cita los equipos que se deben instalar en los buses, pero omite el cuadro de la página 9 del apéndice 3 titulado 'Sistema de Radiocomunicaciones Móviles Digital Troncalizado', el cual señala y evidencia la contradicción de los apéndices y no es abordado por Transcaribe para resolver que no existe contradicción."

3.4. Falsa motivación del acto recurrido pues el contrato y sus anexos es integral y no puede aplicarse por analogía los principios aplicables a normas

"Este hábil y conveniente análisis hecho por Transcaribe denota una forzosa interpretación, pues aplica erradamente al contrato reglas de interpretación normativa las cuales no tienen cabida en este punto pues los contratos tienen sus propias normas de interpretación (...)

De la precitada norma se desprende que el contrato no señaló prevalencia entre los anexos, como si lo hizo entre el contrato y sus anexos, pues fue claro al decir que prevalece el contrato sobre sus anexos, por tal razón, no le es dable a Transcaribe, interpretar en violación del contrato que un apéndice prima sobre otro, haciendo forzadas interpretaciones normativas que no son aplicables a los contratos y que además este contrato específicamente no señala"

4. Se debe recovar el artículo sexto de la resolución 094 de 2017 que declara el incumplimiento de la obligación contractual relacionada con el incumplimiento de la funcionalidad del software de programación

4.1. Falsa motivación debido al defecto en valoración de prueba pericial, pues el peritaje demostró que el software cumple con todos los requisitos del contrato y además esta prueba no fue controvertida por Transcaribe.

"En efecto, el análisis de la prueba pericial aquí no existió y en el mejor de los casos fue pobre y caprichoso por parte de Transcaribe, y lo que es aún peor, llega a contradecir y evaluar el peritaje sin sustento técnico y sin haber controvertido la prueba en el momento procesal correspondiente, olvidando que la labor de Transcaribe ante la prueba, no depende del análisis que éste hace del dictamen, sino de la determinación de si la prueba se realizó con las garantías procesales necesarias que permitan considerarla como válida como mecanismo para llegar a la verdad, y que es en ese camino que Transcaribe debió controvertir al perito en la audiencia, pedir las aclaraciones o complementaciones o segundo peritajes que considere necesarios para la adecuada asimilación y comprensión del conocimiento y la valoración que realiza el experto"

4.2. Falsa motivación debido a la nula valoración de prueba testimonial y de inspección, pues estas pruebas demostraron que el software cumple con todos los requisitos del contrato y demás estas pruebas no fue controvertida por Transcaribe.

"Es lamentable como las más de 40 páginas de resolución, Transcaribe no le dedica una sola línea a la valoración de estas pruebas, es más ni siquiera las menciona, únicamente hace una alusión a ellas cuando eleva el recuento del proceso, diciendo que se practicaron estas pruebas, pero sin entrar en ningún momento a valorar su contenido y forma, lo que hace que el acto esté viciado de falsa motivación por cuanto nada se dijo de estas contundentes pruebas"

7

4.3. Falsa motivación por usar argumentos subjetivos y caprichosos, pues no existe soporte técnico ni contractual de sus afirmaciones.

"La única base para realizar lo anterior es el contrato, y este no cuenta con las variables para calificar objetivamente los aplicativos del software, únicamente señala cada una de las funciones que debe cumplir, y según el perito, los testigos presentados y la inspección realizada, el software cumple a cabalidad cada uno de los requerimientos del contrato.

En otras palabras, el contrato no dice si las funcionalidades se deben cumplir de una manera determinada o a través de un procedimiento determinado, únicamente se limita a decir lo que debe cumplir, funciones estas que verificadas con testigos, con perito y con inspección, vino a cumplirlas a cabalidad: Transcaribe no multa porque el software no haga la funcionalidad, porque si la hace, sino porque no la hace como los funcionarios actuales quieren, de manera subjetiva, que la haga"

4.4. Falsa motivación por cuanto el software si cumple con cada una de los puntos señalados en el contrato

"Transcaribe, de manera errada cita funcionalidades sin ninguna rigurosidad, pues parece más señalar caprichosamente lo que quiere que haga el software que remitirse a lo que dice el contrato (...)

De lo dicho por Transcaribe, el consorcio Colcard, única y exclusivamente se remite al apéndice 2 del contrato y de esta manera señalar de qué manera el software de este concesionario si cumple totalmente con las especificaciones exigidas en el mismo. (...)

Como prueba del cumplimiento de todas estas funcionalidades, se anexaron en el escritorio de descargos presentados el día 14 de julio de 2016, fotografías que demuestran de manera fehaciente el cumplimiento de cada funcionalidad, esta prueba documental fue respaldada por la prueba pericial, (...)

Finalmente, y como si fuera poco, dos testigos, expertos en el asunto desmenuzaron cada funcionalidad del software en sus interrogatorios, evidenciándose así que el mismo cumple"

5. Se debe revocar el artículo séptimo de la resolución 094 de 2017 que declara el incumplimiento de la obligación contractual relacionada con o (sic) la realización de las pruebas descritas en el apéndice número 5 del contrato de concesión

5.1. Se debe revocar el acto recurrido pues existe violación del debido proceso porque Transcaribe no desarrolló ni sustentó este cargo en el oficio por medio del cual se inicia el proceso de multa y además en la resolución recurrida no cuantifica la multa

"Como primera medida, se observa una inconsistencia en el oficio que abre a multa, pues en su página 7 no se observa ni título, ni concepto ni desarrollo de la causal invocada, únicamente se deduce que se trata de ella por un título incompleto denominado "apéndice No. 5 del contrato de concesión" el cual corresponde con una causal invocada en la página primer del oficio de apertura de proceso de multa, por lo tanto, de manera principal, solicitamos revocar el artículo séptimo del acto recurrido y archivar el proceso de multa

R

sobre este punto, puesto que el oficio de inicio de procedimiento no señala, desarrolla o conceptualiza dicha causal, incumplimiento con los lineamiento del artículo 86 de la ley 1474 de 2011

En otras palabras, Transcaribe no puede multar porque ni siquiera acusó formalmente al consorcio de incumplir esta obligación, ya que no se observa en el oficio de apertura de multa, una sola línea que describa y sustente el incumplimiento.

Es así como en el presente caso, Transcaribe transgrede la ley 1474 de 2011, y por ende el debido proceso, al no cuantificar los supuestos perjuicios en la resolución recurrida, ni hacer en la citación a audiencia mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, ni las consecuencias que podrían derivarse, por lo tanto, ante esta protuberante violación a las formas del juicio de multa y por ende al debido proceso, ampliamente desarrollado en este escrito, no le quedará otro camino al ente gestor más que revocar el artículo séptimo de la resolución recurrida.

Es así como se configura la violación, pues solo hasta la resolución de multa es que se señala que Transcaribe requiere claridad en la metodología y procedimiento punto este que desconocíamos y sobre le (sic) cual tenemos que decir que dichos conceptos se encuentran implícitos en el mismo documentos enviado ya que allí se indica la metodología y procedimiento para la realización de dichas pruebas que corresponden al numeral 3 del apéndice 5, verificando el funcionamiento de los equipos que entraron a operar el 27 de marzo"

5.2. Falsa motivación debido a que (sic) la obligación de la realización de las pruebas no era exigible pues para que estas se puedan llevar a cabo, se depende de obligaciones en cabeza de Transcaribe consistentes en la entrega de tendido por donde debe pasar la fibra óptica e infraestructura física del CCO y patio portal

"Hubo falsa motivación del acto por cuanto nada se dijo sobre los incumplimientos de Transcaribe en la entrega del tendido de fibra óptica y de la infraestructura física en donde debería funcionar el CCO y patio portal, por lo tanto, de manera clara se puede afirmar que existe un incumplimiento del contrato por parte de Transcaribe y que bajo este punto de vista el Consorcio Colcard, no está (sic) en mora de cumplir sus obligaciones, esto conforme con la ya desarrollada teoría de la excepción de contrato no cumplido que hemos explicado a lo largo de este escrito, por lo tanto, y con el fin de caer en machacadas repeticiones, no remitirnos a lo dicho en los puntos anteriores sobre la aceptada excepción de contrato no cumplido, agregando únicamente las cláusulas que Transcaribe incumplió al no hacer entrega del espacio físico para el tendido de la fibra óptica, ni de la infraestructura física en donde deberá instalar el Centro de Control y patio portal, infraestructura esta vital para llevar a cabo las pruebas descritas en el contrato. (...)"

a. Se deben recovar los artículo noveno, décimo, decimo (sic) primero y decimo (sic) tercero, de la resolución 094 de 2017

"Por sustracción de materia, y ante la prosperidad de los argumentos señalados en los puntos anteriores, los artículo noveno, decimo (sic), decimo (sic) primero y decimo (sic) tercero deberán ser revocados, por cuanto no se va a imponer multa alguna, ni mucho menos liquidar valores y por ende no se van a hacer pagos, ni a remitir el caso a la Cámara de Comercio, ya que los cargos de multa deberán ser revocados"

Para dar respuesta a todos los argumentos presentados por el Consorcio se considera pertinente analizar las siguientes figuras jurídicas: (i) debido proceso y falsa motivación; (ii) Excepción de contrato no cumplido y buena fe; y (iii) valoración de la prueba. Posteriormente, se explicará el análisis del acervo probatorio que se surtió para proferir la Resolución y que el Concesionario expresa que no se realizó. Por último, se presentarán las conclusiones frente a los cargos.

(I) Debido Proceso y falsa motivación

El procedimiento de imposición de multas, dentro de los contratos estatales, es un procedimiento sancionatorio por expresa disposición legal del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que establece el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria.

Entre las diferentes actuaciones contractuales en materia sancionatoria se encuentra la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas, con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones⁵.

Esta facultad consagrada legalmente fue, posteriormente, desarrollada por la Ley 1474 de 2011 por medio de la cual se estableció el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento⁶.

⁵ LEY 1150 DE 2007. 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.

⁶ LEY 1474 DE 2011. Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, **cuantificando los perjuicios del mismo**, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: **(Nota: La expresión señalada en negrilla fue declarada exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-499 de 2015.)**. a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; **(Nota: Ver Decreto 734 de 2012, artículo 8.1.10, parágrafo 2°)**. b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia; d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La

Este procedimiento tiene como finalidad garantizarle al contratista y al garante: (i) que serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en que se fundamenta el presunto incumplimiento; (ii) la oportunidad de presentar descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; y (iii) conocer la resolución motivada de la entidad⁷.

Este procedimiento, al igual que la facultad sancionatoria de la Entidad, se circunscribe al principio de debido proceso consagrado en el artículo 29⁸ Constitucional. Este principio le exige al Estado guiarse conforme las leyes y procedimientos preexistentes, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción⁹.

De acuerdo con lo anterior, el debido proceso¹⁰ es un derecho fundamental¹¹ que se caracteriza por contener una serie de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo, con la finalidad de proteger la autonomía y libertad de los ciudadanos. En otras palabras, el debido proceso propende por el ejercicio de las funciones públicas bajo lineamientos normativos previamente establecidos y la eliminación de la arbitrariedad en la acción punitiva del Estado¹².

entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 de 2015. Radicación No.: D-10626. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

⁸ CONSTITUCIÓN. Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso

⁹ LEY 1437 DE 2011. Artículo 3. Numeral 1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394). Consejera Ponente Ruth Stella Correa: "*El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una sentencia o decisión justa sobre sus derechos (vida, integridad, libertad o patrimonio) involucrados en las mismas*".

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-341 del 4 de junio de 2014. Ref.: Expediente D-9945. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo: "**El debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, cuando establece que: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas".**

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, "en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses" (resaltado fuera del texto).

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Radicación: 11-001-03-26-000-2010-00060-00 (39477). Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa: "**En cuanto al debido proceso en materia administrativa, como la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución que tiene por objeto limitar el poder para que ninguna de las actuaciones de la Administración dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada han entendido que este debe estar**

Por esta razón, la Corte Constitucional ha sostenido que dentro de las garantías que componen el debido proceso se encuentran las siguientes¹³:

- Ser oído durante toda la actuación;
- Ser notificado oportuna y de conformidad con la ley;
- A que las actuaciones se surtan sin dilaciones injustificadas;
- Que se permita la participación en las actuaciones desde el inicio hasta su culminación;
- Que se adelante ante autoridad competente, con pleno respeto de las formas propias para el respectivo proceso;
- A que se presuma su inocencia;
- Que se le permita el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción;
- A solicitar, aportar y controvertir pruebas;
- A impugnar las decisiones y promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación al debido proceso

En relación con las actuaciones sancionatorias de la administración, el ordenamiento jurídico, a través del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, ha dispuesto que las entidades contratantes cuando inicien un procedimiento de multa en contra de un contratista deberán garantizarle el derecho al debido proceso, con el propósito de prevenir un actuar abusivo y autoritario por parte del Estado.

Al respecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece el procedimiento que deben seguir las entidades estatales, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando evidencian un posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

De tal forma, después de haber adelantado las etapas respectivas, la entidad estatal deberá tomar una decisión respecto a la imposición de la multa por medio de un acto administrativo motivado, en el cual se consigne lo ocurrido en desarrollo del proceso.

Frente al deber de motivar los actos administrativos, la Corte Constitucional ha señalado que es el medio para que los administrados puedan contar con los elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de defensa y contradicción con el objetivo de acudir a las instancias gubernamentales y judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma, **el deber de motivar se plasma en hacer expresas las razones de su decisión**¹⁴.

presente en todas las actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de esta naturaleza" (resaltado fuera del texto).

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-980 de 2010. Radicación No.: D-8104. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: "5.5. En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso"

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio: "El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente"

A

En consecuencia, cuando una entidad pública no motiva el acto administrativo por medio del cual se decidió multar al contratista, se transgrede el derecho al debido proceso, pues aquel no tiene forma de conocer las razones por las cuales la Administración tomó dicha decisión y, por lo tanto, cómo defenderse al respecto¹⁵.

En el asunto en revisión, es claro que la decisión adoptada por TRANSCARIBE fue motivada en tanto se expusieron las razones que justificaron la decisión. Aspecto diferente es que el CONCESIONARIO no comparta la argumentación, pero no por ello el acto se tacha de falsa motivación

(ii) Excepción de Contrato No Cumplido y buena fe

La excepción de contrato no cumplido tiene su origen en el artículo 1609¹⁶ del Código Civil, que establece que ninguno de los contratantes está en moda de cumplir cuando su contraparte no ha cumplido sus obligaciones o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos

El Consejo de Estado ha dicho que esta figura es propia del derecho privado y se fundamenta en los principios de equidad y buena fe. Ahora bien, en materia de derecho público, al aplicar esta figura en los contratos estatales se tiene que armonizar con los principios de interés general y continuidad del servicio¹⁷.

En un comienzo de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado el principio de interés general prevalecía casi en su totalidad frente a los principios de equidad y buena fe. Sin embargo, esta línea se fue modificando gradualmente hasta llegar a la visión actual que más adelante se explicará.

Para empezar es importante entender el principio de buena fe contractual que es la base para la aplicación de la figura. El principio de buena fe en materia contractual tiene varias características particulares desarrolladas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que han sido sustento para aplicar la figura de excepción de contrato no cumplido. Para empezar, la Corte Constitucional ha establecido cuáles son los principios orientadores de los contratos estatales, entre ellos se encuentran¹⁸:

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-991 del 23 de noviembre de 2012. Referencia: expediente T-3577294. Magistrado Ponente María Victoria Calle: "La jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia que tiene para los ciudadanos que la Administración motive en debida forma los actos administrativos que expide, ya que constituye una garantía para los destinatarios del mismo en la medida en que pueden conocer las razones en las que se fundan las autoridades públicas al adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares".

¹⁶ CÓDIGO CIVIL. Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 29 de abril de 2015. Radicación No.: 21081. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 de 2006. Referencia: expediente T-1220297. Magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño: "De esta manera, el régimen de contratación del Estado, sostuvo la Corte en sentencia C-892 de 2001¹⁸ "no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular. El fallo que se comenta afirma que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) **el principio de la autonomía de voluntad**, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) **el principio de la prevalencia del interés público**, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) **el principio de la reciprocidad de prestaciones**, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) **el principio**

- Autonomía de la voluntad;
- Prevalencia del interés público;
- Reciprocidad de las prestaciones; y
- El principio de buena fe;

Como se puede observar, uno de los principios que integran y orientan los contratos estatales es el principio de buena fe. Este por su parte, tiene un origen constitucional pero con aplicación directa en el régimen contractual. La buena fe implica que los contratantes deberán observar los criterios de lealtad y honestidad, con el objetivo de garantizar la óptima ejecución del contrato. Este principio tiene un carácter objetivo que implica asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado¹⁹.

Por su parte, el Consejo de Estado, adoptando esta misma línea argumentativa de la Corte Constitucional, ha manifestado que el derecho de buena fe contractual aplicado a los contratos estatales tiene una función práctica, por medio de la cual se puede extraer el verdadero contenido y alcance de la voluntad emitida por los contratantes en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar²⁰

Igualmente, se ha manifestado que el principio de buena fe contractual aplica en todas las etapas de creación, ejecución y extinción de los negocios jurídicos. Es decir, aplica para las etapas precontractual, contractual y postcontractual²¹:

Con base en la anterior concepción del principio de buena fe, el Consejo de Estado ha establecido los requisitos que se deben cumplir para que se pueda aplicar la figura de excepción de contrato no cumplido, entre los cuales se encuentran²²:

de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos" (Resaltado fuera del texto).

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 de 2006. Referencia: expediente T-1220297. Magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño: "Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. (...). El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. (...)"

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Radicación No.: 31837. Consejera ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz. (E): "En efecto, del principio de buena fe contractual se desprende una serie de subprincipios, reglas y subreglas que sirven para determinar la hermenéutica del negocio jurídico, así como para efectuar su integración, es decir, que al margen de las estipulaciones literales que están contenidas en el acuerdo comercial, es posible desentrañar el verdadero contenido y alcance de la voluntad emitida por los contratantes en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar (...)"

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 27 de enero de 2016. Radicación No.: 53288. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa: "De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe."²¹

²² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 29 de abril de 2015. Radicación No.: 21081. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón: "Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia²² que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: **i**) La existencia de un contrato bilateral o

- La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático;
- El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes;
- Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista;
- Que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; y
- El cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.

Estos requisitos han sido explicados in extenso, uno por uno y a profundidad por el Consejo de Estado. En particular frente al incumplimiento grave, de entidad y gran significación de la Administración, la Alta Corporación ha sido enfática en determinar que el incumplimiento debe ser de tal magnitud que impida razonablemente la ejecución del contrato²³, hecho que no se verifica en el asunto en revisión, por cuanto, en todo caso y a pesar de lo señalado por el CONCESIONARIO, no hay prueba de imposibilidad de cumplir el objeto contractual.

(iii) Valoración de la prueba

sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla "do ut des" (te doy para que me des); **ii)** el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; **iii)** que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, **iv)** que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; **v)** el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente"

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de septiembre de 2003. Radicación No.: 10883. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez: "a) La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas. Respecto de esta condición la Sala explicó lo siguiente (23): 'La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas. Esto es, 'la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque este está obligado con el primero'. Y es la existencia de obligaciones recíprocas e interdependientes las que permiten contemplar sanciones distintas de la condena a daños y perjuicios en caso de inejecución de sus obligaciones por uno de los contratantes. 'Admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático' y por ello se autoriza la aplicación de prerrogativas como la de la resolución del contrato o la Exceptio non adimpleti contractus'. b) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; porque, indicó la Sala (23): 'A nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido, con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, porque esta forma de incumplimiento no podría producir sino un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable.' **c) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista (sentencia del 17 de octubre de 1995, exp. 8790).** Este presupuesto fue planteado por la Sala así: 'es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual' (23). La Sala, en la sentencia proferida el 16 de febrero de 1984 (23), precisó además que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo (art. 83 Constitución Política)"

Los procedimientos sancionatorios tienen una regulación general en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA. De esta forma, por regla general todo procedimiento administrativo de carácter sancionatorio se sujetará a las disposiciones de la parte primera del CPACA. No obstante, el artículo 47 del CPACA expresamente establece que en caso de existir una ley especial, éstos se registrarán por aquellas y en lo no previsto se aplicará los preceptos de este código²⁴.

Por su parte, el CPACA sí contempla una regulación in extenso de esta material. En el caso particular de los procedimientos administrativos sancionatorios, el artículo 48²⁵ establece cuál es el período probatorio, pero sin hacer alusión a procedencia o no de recursos frente a la decisión de aceptar o rechazar alguna prueba. Esta disposición remite expresamente a las disposiciones sobre pruebas del Código General del Proceso.

Sobre este particular, el artículo 40²⁶ del CPACA sí regula lo relativo a la procedencia de las pruebas dentro de las actuaciones administrativas. Así las cosas, se establece que durante el proceso administrativo sancionatorio se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado, hasta antes de que se profiera la decisión de fondo. Pero no establece cómo valorar las pruebas dentro del proceso, por lo cual se hace remisión a lo expresado en el Código General del Proceso.

En este Código se establece, como regla general, el criterio de la sana crítica como método de valoración probatoria²⁷. Este criterio de interpretación se entiende como el sistema en el que el juez es libre de formarse su convencimiento, siempre motivando las razones de su convicción tomando

²⁴ LEY 1437 DE 2011. Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes. Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso. Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

Parágrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se registrarán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

²⁵ LEY 1437 DE 2011. Artículo 48. Período probatorio. Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días. Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos.

²⁶ LEY 1437 DE 2011. Artículo 40. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. **Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos.** El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo. **(Nota 1: Ver Sentencia C-610 de 2012, con relación a la expresión subrayada. Nota 2: La expresión señalada en negrilla fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-34 de 2014.)** Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales. Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.

²⁷ LEY 1564 DE 2012. Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

como base el acervo probatorio. Es una mezcla entre la lógica y las reglas de la experiencia del juez²⁸.

Ahora bien, en el proceso de la sana crítica se otorga valor, peso, o precio probatorio a cada una de las pruebas dentro del acervo probatorio. Es la función del juez de apreciar, evaluar, estimar, darles un precio y con base en ellas tomar una decisión²⁹.

Para la Corte Constitucional valorar una prueba no significa admitir el contenido. Por el contrario, es el proceso que realiza el juez sobre el contenido para admitirlo como elemento de convicción y sustento de la consecuencia jurídica³⁰

Ahora bien, el Consejo de Estado, en su metodología para analizar y valorar las pruebas, aplica los principios de unidad de la prueba y comunidad probatoria como elementos integrantes de la sana crítica para realizar la valoración probatoria. La unidad de la prueba se entiende como el proceso para estimar, apreciar o valorar cada una de las pruebas dentro del acervo probatorio. Por su parte, la comunidad de la prueba se refiere al mecanismo para formarse un criterio entorno al conjunto de pruebas en su totalidad³¹. Esto significa que el juez no solo tiene el deber de valorar cada una de las pruebas en particular, sino, también, todo el universo probatorio en su totalidad para formarse un criterio completo a nivel micro y macro.

Análisis sobre el acervo probatorio

Con fundamento en el análisis anterior respecto de la valoración de la prueba se pasará a estudiar la totalidad del acervo probatorio útil existente en el expediente de imposición de multa.

Sobre el particular, se hará una relación de cada una de las pruebas por cargo:

Cargo 2 – No habilitación del número total de tarjetas para la operación regular del sistema

1. Acta No. 5 del 19 de agosto de 2016. Testimonios de Armando Farías e Irene Pérez
2. Acta No. 4 del 17 de agosto de 2016. Testimonios de Gabriel Sánchez y Luis Vélez

²⁸ GIACOMETTE, Ana. Teoría General de la Prueba: Concordancia con la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké, 2013. P. 301: "Para este sistema 'el juez es libre de formarse su convencimiento, pero tiene que dar las razones que expliquen cómo o el porqué de su convicción sobre la masa de pruebas o determinado medio de prueba. En la sana crítica, interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez'"

²⁹ GIACOMETTE, Ana. Teoría General de la Prueba: Concordancia con la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké, 2013. P. 303: "Valorar es asignarle a una cosa el valor que corresponde a su estación. Este significado lo podemos implementar en la función que hace el juez en lo que tiene que ver con las pruebas: apreciar, evaluar, estimar, darles un precio y con base en ellas tomar una decisión, emitir un fallo. Es una acción que se materializa en la actividad concreta del juez de apreciar las pruebas conforme a las cuales debe fundamentar su decisión"

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-233 de 2007. Radicación No.: T-1498919. Magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra: "La aclaración que en este punto debe hacer la Sala es que valorar una prueba no necesariamente implica admitir su contenido. La valoración de la prueba es, precisamente, el procedimiento previo que permite establecer si el contenido de lo que se prueba puede ser admitido como elemento de convicción y sustento de la consecuencia jurídica"

³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Radicación No.: 39938. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero: "34. Entonces, sobre la valoración probatoria, la Sala recuerda que en aplicación del principio de unidad de la prueba, el juez está en la obligación de hacer un análisis unitario, es decir, estimar cada una de las pruebas obrantes en el proceso, para darle el mérito que corresponda frente a la controversia, y, luego de ello, en aplicación del principio de comunidad probatoria, manifestar su criterio frente al conjunto de pruebas, teniendo en cuenta que éstas pertenecen al proceso y no a la parte que la pidió"

Cargo 3 – No instalación de la totalidad de equipos en estaciones para el correcto funcionamiento del sistema en su etapa de operación regular

1. Acta No. 5 del 19 de agosto de 2016. Testimonios de Armando Farías e Irene Pérez
2. Acta No. 4 del 17 de agosto de 2016. Testimonios de Gabriel Sánchez y Luis Vélez

Cargo 5 – No suministro de los equipos de comunicación a bordo de los autobuses para la regulación y comunicación con el CCO

1. Acta No. 5 del 19 de agosto de 2016. Testimonios de Armando Farías e Irene Pérez
2. Acta No. 4 del 17 de agosto de 2016. Testimonios de Gabriel Sánchez y Luis Vélez

Cargo 6 – Funcionalidad del software de programación

1. Acta No. 7. Diligencia de inspección. CD.
2. Acta No. 6. Testimonio de Juan Andrés Rondón Olivares.
3. Observaciones al informe de Peritaje a software de programación aportado por Colcard.
4. Comunicación del 24 de octubre de 2016. Radicado de recibido No.: 2296 del 24 de octubre de 2016. Por medio del cual se anexa el dictamen pericial.
5. Acta No. 5 del 19 de agosto de 2016. Testimonios de Armando Farías e Irene Pérez
6. Acta No. 4 del 17 de agosto de 2016. Testimonios de Gabriel Sánchez y Luis Vélez

Cargo 7 – Realización de las pruebas descritas en el Apéndice 5

1. Correo electrónico del 25 de marzo de 2016. De Colcard a Transcaribe. Por medio del cual se adjunta el plan de pruebas de los equipos implementados del sistema de recaudo y control de flotas requeridas.
2. Correo electrónico del 3 de mayo de 2016. De Colcard a Transcaribe. Por medio del cual se adjunta el correo donde se hace entrega del plan de pruebas de los equipos de recaudo y gestión de flotas.
3. Acta No. 5 del 19 de agosto de 2016. Testimonios de Armando Farías e Irene Pérez
4. Acta No. 4 del 17 de agosto de 2016. Testimonios de Gabriel Sánchez y Luis Vélez

Ahora bien, frente al contenido del dictamen pericial se concluyó que éste manifiesta que el Sistema de Control y Gestión de Flota (carga de información, módulo de generación de itinerario, creación de tablas horarias, puntos de control, asignación de unidades de transporte, consultas de la programación, monitoreo de la programación-software de programación) cumple con todas las especificaciones planteadas en el contrato realizado con la empresa Transcaribe, dicha herramienta puede ser utilizada con total confianza para el desarrollo y planificación de las operaciones del sistema de transporte.

Lo anterior tiene plena consonancia con el testimonio rendido por el perito Juan Andrés Rondón Olivares el cual manifestó que el Sistema de Control y Gestión de Flota cumple con todas las funcionalidades exigidas en el Contrato de Concesión.

Sin embargo, cuando se realizó la inspección con el objeto de verificar la funcionalidad del software a la luz de los requisitos del contrato, se encontró que el software no cumple con todas las funcionalidades según los requisitos del contrato. Particularmente, se resalta que existe información que no se verifica en tiempo real.

Por su parte, de los testimonios rendidos por los señores Armando Farías, Gabriel Sánchez, Luis Vélez e Irene Pérez se puede concluir que ellos confirman lo manifestado y argumentado por el Consorcio Colcard, especialmente los relativos a los inconvenientes con las entregas de los insumos necesarios (buses) para la instalación de los equipos, la venta de las tarjetas según el PMI, y el cumplimiento de las funcionalidades del software.

Por último, específicamente frente al cargo 7 en relación con los correos electrónicos del 25 de marzo de 2016 y del 3 de mayo de 2016 se comprueba que se adjuntó el plan de pruebas de los equipos implementados del sistema de recaudo y control de flotas requeridas, pero no se constata la realización de las mismas. Esto mismo se demuestra en la inspección y lo cual no pudo ser desvirtuado en los testimonios rendidos.

Conclusiones de los cargos

Lo primero que hay que mencionar es que no existe violación al debido proceso dentro del proceso de imposición de multa en la medida que la finalidad del oficio que inicia el procedimiento es para que el Contratista pueda ejercer su derecho a la defensa, el cual fue claramente realizado por el Consorcio Colcard en reiteradas oportunidades y respecto a todos y cada uno de los cargos.

El Consorcio tuvo la oportunidad no solo de conocer cada uno de los cargos formulados, sino que también tuvo la oportunidad de objetar y controvertir cada uno de los argumentos y fundamentos presentados por Transcaribe. Tanto así, que se inició el procedimiento con 8 cargos, de los cuales únicamente hubo imposición de multa sobre 5 de ellos.

Por su parte, en cuanto al argumento de la excepción de contrato no cumplido se reiteran los requisitos expuestos anteriormente, así:

- La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático;
- El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes;
- Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista;
- Que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; y
- El cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión sería y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.

De lo anteriores se resalta que se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos para poder aplicar la excepción de contrato no cumplido.

En el caso bajo examen y conforme al acervo probatorio, no se encuentra que existe un incumplimiento grave por parte de la entidad que impida o imposibilite razonablemente el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Por el contrario, dentro de la inspección, dictamen y testimonios se evidencia que el Concesionario ha podido cumplir pero no ha querido siempre argumentando la falta de CCO y fibra óptica. Aun así, ha podido realizar la transferencia de datos mediante GSM y sin un CCO definitivo, situación que comprueba una falta de incumplimiento grave que impida razonablemente el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, como elemento determinante que haría procedente la figura de excepción de contrato no cumplido.

Para terminar, se analizaran uno por uno los argumentos específicos desarrollados por el Concesionario:

1. Se debe revocar el artículo segundo de la resolución 094 de 2017 que declara el incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la no habilitación del número total de tarjetas para la operación regular del sistema.

Respecto a este punto se reitera que es obligación del Concesionario suministrar a los usuarios 100.000 tarjetas, que a la fecha no ha cumplido conforme a la cláusula 11 del Contrato y por lo tanto se encuentra claramente incumplido este cargo.

No se controvierte el cumplimiento de lo establecido en el PMI frente al suministro para la venta de las tarjetas. Se enfatiza en que el Concesionario no ha suministrado el número de tarjetas gratuitas a las cuales se comprometió con la suscripción del Contrato de Concesión.

Dicha disposición no fue expresamente derogada o modificada por el PMI por lo que sigue vigente y de obligatorio cumplimiento para el Contratista.

Resta decir, que no existe falsa motivación por cuanto se tuvo en cuenta todo el acervo probatorio y se analizaron las pruebas en particular y en conjunto según la sana crítica. Igualmente, no existe falsa motivación por cuanto no procede la causal de excepción de contrato no cumplido por los argumentos expuestos anteriormente. Por último, no hay cesación de la situación de incumplimiento toda vez que no se han suministrado gratuitamente las tarjetas. Por el contrario, como claramente lo establece el Contratista se han vendido alrededor de 380.000. Es decir, solo se han vendido tarjetas, no se han suministrado tarjetas en forma gratuita.

2. se debe revocar el artículo tercero de la resolución 094 de 2017 que declara incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la no instalación de la totalidad de equipos en estaciones para el correcto funcionamiento del sistema en su etapa de operación regular.

Como se manifestó en la Resolución No. 094 de 2017 hacen falta por instalar los siguientes equipos:

Equipo	Observaciones	Conclusión
Terminal de consulta de saldo	La cláusula 8.1 del Contrato de Concesión es clara en establecer la obligación de resultado respecto de adquirir, instalar, adaptar, desarrollar y renovar la plataforma tecnológica de recaudo. Al no ejecutar dicha obligación se encuentra incumplida la obligación	No cumple
Dos equipos de recarga		No cumple
Computador estación		No cumple
Planta de energía	Se reitera la argumentación sobre la terminal de consulta de saldo, los dos equipos de recarga y el computador estación y se reitera la argumentación frente a la modificación de los contratos estatales, por cuanto no es válido afirmar que existe una modificación implícita de los documentos contractuales si no se encuentra expresamente consignado por escrito.	No cumple

En tanto la obligación del Concesionario, según la cláusula 8.1 del Contrato el cual no ha sido modificado o derogado expresamente por ningún otro documento contractual posterior, sigue vigente y no ha sido cumplida a cabalidad por éste persiste el fundamento de la imposición de la multa.

Ahora bien, frente a este argumento se reitera lo manifestado anteriormente sobre la improcedencia de la excepción de contrato no cumplido por no existir un incumplimiento grave por parte de Transcaribe que imposibilite razonablemente el cumplimiento del Concesionario. A su vez, no existe falsa motivación toda vez que la falta de CCO y fibra óptica no son un requisito indispensable que imposibilite razonablemente el cumplimiento del Contratista. Por último no hay cesación de la situación de incumplimiento por cuanto no se han instalado la totalidad de los equipos antes reseñados.

R

3. Se debe revocar el artículo quinto de la resolución 094 de 2017 que declara el incumplimiento de la obligación contractual relacionada con el no suministro de los equipos de comunicación a bordo de los autobuses para regulación y comunicación con el CCO

Los equipos contenidos en el Apéndice 3 son de obligatoria adquisición por parte de Colcard. En este cargo no se controvierte la instalación de los equipos en los autobuses, sino la falta de suministro de aquellos equipos de comunicación contenidos en el Apéndice No. 3.

Así pues, no existe incongruencia en la resolución en la medida que se comprobó que el Contratista efectivamente había instalado los equipos a su cargo en los autobuses. Pero se evidenció que el Contratista no suministró unos equipos que tenía a su cargo.

Paralelamente, no existe una falsa motivación por la argumentación expuesta por cuanto el Apéndice No. 3 es más específico que el Apéndice No. 7, así que la argumentación sobre la forma de interpretar una norma es procedente. Más aun teniendo presente el principio según el cual el contrato es **ley** para las partes, por lo que son aplicables las herramientas de interpretación de las leyes para los contratos.

De esta manera, en la medida que no suministraron los equipos contenidos en el Apéndice No. 3, se encuentra incumplida esta obligación.

4. Se debe recovar el artículo sexto de la resolución 094 de 2017 que declara el incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la funcionalidad del software de programación

Como se pudo comprobar en el análisis sobre el acervo probatorio, existe una inconsistencia entre el dictamen y los testimonios, con la inspección realizada. De esta manera, haciendo un estudio integral de todas las pruebas que componen el acervo probatorio se encuentra que no se cumplen a cabalidad con todas las funcionalidades exigidas para el software. Tanto es así que cuando se realizó la verificación de las mismas hubo algunas que no pudieron corroborarse.

Esto no demuestra, contrario a lo que manifiesta el Consorcio, que hubo un defecto en la valoración de la prueba pericial, o que hubo una nula valoración de las pruebas. Por el contrario, denota un análisis conforme a las reglas de la sana crítica las cuales establecen que el juez deberá estudiar cada una de las pruebas en particular y también en su conjunto para llegar a un convencimiento propio.

Así pues, sobre el estudio tanto del dictamen, testimonio e inspección se llegó a la conclusión que no todas las funcionalidades exigidas en el contrato se pudieron verificar. De esta manera, se incumplió con las obligaciones y requisitos para el software contenidos en el Apéndice No. 2

5. Se debe revocar el artículo séptimo de la resolución 094 de 2017 que declara el incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la realización de las pruebas descritas en el apéndice número 5 del contrato de concesión

Como bien se dijo anteriormente los correos remitidos el 25 de marzo y 3 de mayo del 2016 solamente demuestran la existencia del plan de pruebas de los equipos de recaudo y gestión de flotas. Pero del cual no se evidencia, y tampoco existe prueba, la realización efectiva de la metodología y procedimiento para las pruebas que establece el numeral 3 del Apéndice 5.

Ahora bien, se manifiesta que existe violación del debido proceso porque Transcaribe no desarrolló o sustentó este cargo. Sobre el particular se reitera la finalidad del principio de debido proceso y es que efectivamente se ejerzan los derechos de contradicción y defensa. Éstos fueron ejecutados a cabalidad y plenitud, y en reiteradas oportunidades, como en el presente caso, por parte del Consorcio. Por este motivo no existe vulneración alguna por parte de Transcaribe al principio del debido proceso dentro del presente proceso de imposición de multa.



A su vez, se reitera que la falta de CCO o fibra óptica no es un requisito que imposibilite razonablemente el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista. Por este motivo no es procedente el argumento que las pruebas no pudieron llevarse a cabo debido a la falta de éstas.

Así las cosas, al no comprobar el cumplimiento de la obligación se encuentra que el Consorcio no ha realizado las pruebas descritas en el Apéndice 5 y por lo tanto se encuentra incumpliendo sus obligaciones contractuales.

6. Se deben recovar los artículo noveno, décimo, decimo (sic) primero y decimo (sic) tercero, de la resolución 094 de 2017

Consecuentemente con la argumentación anterior y en la medida que no se revocó ninguna de las decisiones impuestas en la Resolución 094 de 2017, no procede la revocación de los artículos noveno, décimo, décimo primero y décimo tercero, de la misma.

En mérito de lo expuesto, no habiendo cesado el incumplimiento de las obligaciones objeto del presente procedimiento administrativo, habiendo desestimado las consideraciones de hecho y de derecho puestas de presente por el Concesionario en el recurso de reposición radicado ante la entidad y bajo el entendido que no se violó el derecho al debido proceso, defensa y contradicción, el cual se vio suficientemente garantizado en el procedimiento,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución 094 de 2017 por medio de la cual se impuso multa al CONCESIONARIO COLCARD por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales previstas en el Contrato de Concesión No. TC – LPN – 005 de 2010 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR personalmente al representante del CONSORCIO COLCARD del contenido de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO.- ORDENAR al CONTRATISTA el pago inmediato de la suma que se liquide por concepto de la imposición de la multa, en los términos de la Resolución 094 de 2017, o hacerla efectiva de la garantía o iniciar el procedimiento de cobro coactivo que corresponda. Para el efecto, el valor se descontará de las sumas a las cuales tenga derecho, de conformidad con lo previsto en el contrato de concesión, en la Ley y en las condiciones generales de la póliza de cumplimiento. En todo caso, conforme a la parte motiva se deberá adoptar el procedimiento de liquidación de la multa hasta el cumplimiento efectivo de la obligación.

ARTÍCULO CUARTO.- DECLARAR que el presente acto administrativo constituye el siniestro de la garantía otorgada mediante la póliza de seguros No. 100959 expedida por SEGUREXPO. BANCOLDEX – CESCE.

ARTÍCULO QUINTO.- CONMINAR al contratista al cumplimiento de sus obligaciones en los términos y condiciones previstos en el contrato y ejecutar las que se encuentran pendientes, toda vez que son requeridas por la Entidad para el cumplimiento a satisfacción de la totalidad del objeto del contrato.

ARTÍCULO SEXTO.- Una vez en firme la presente providencia publíquese en el SECOP, comuníquese a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrita el CONCESIONARIO COLCARD, y a la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con lo ordenado por la Ley 80 de 1993, artículo 31, modificado por el Decreto – Ley 019 de 2012, artículo 218.

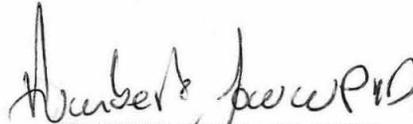


ARTICULO SÉPTIMO.- ENVIAR copia de este acto administrativo a la Oficina Asesora Jurídica, a la Dirección Administrativa y Financiera y al Supervisor del contrato.

ARTÍCULO OCTAVO.- La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición, y contra ella no procede recurso alguno.

Dada en Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural a los VEINTIDOS (22) días del mes de agosto de 2017.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE


HUMBERTO RÍPOLL DURANGO
Gerente General

Proyecto. DE VIVEROS Y ASOCIADOS. Asesores jurídicos externos.
Dirección de Operaciones.


Reviso y aprobó: Ercilia Barrios Florez. Jefe Oficina Asesora Jurídica.



DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL

En Cartagena de Indias, a los 22 días del mes de **agosto** de 2017, se notificó la presente Resolución a Wilmar Bat Rodriguez, identificada(o) con cédula de ciudadanía No. 1.128.058.783 de Cartagena, quien enterada(o) firma, y se le informó que contra ella **no** procede recurso. Se hace entrega de copia íntegra, auténtica y gratuita.

NOTIFICADO

NOTIFICADOR

[Signature]
C.C. No. 1128058783
29 PAGINAS

[Signature]
ERCILIA BARRIOS FLOREZ
Jefe Oficina Asesora Juridica

DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL

En Cartagena de Indias, a los _____ días del mes de **agosto** de 2017, se notificó la presente Resolución a _____, identificada(o) con cédula de ciudadanía No. _____ de _____, quien enterada(o) firma, y se le informó que contra ella **no** procede recurso. Se hace entrega de copia íntegra, auténtica y gratuita.

NOTIFICADO

NOTIFICADOR

C.C. No.

ERCILIA BARRIOS FLOREZ
Jefe Oficina Asesora Juridica