

- 3.1.1. Este hecho es cierto, tal como consta en la prueba documental de la demanda.
- 3.1.2. Este hecho es cierto, tal como consta en la prueba documental de la demanda.
- 3.1.3. Este hecho es cierto, y se prueba con el contrato que se aporta como prueba documental de la demanda.
- 3.1.4. Este hecho es cierto, y se prueba con el contrato que se aporta como prueba documental de la demanda.

3.1 DE LA FIRMA Y EJECUCION DEL CONTRATO DE RECAUDO.

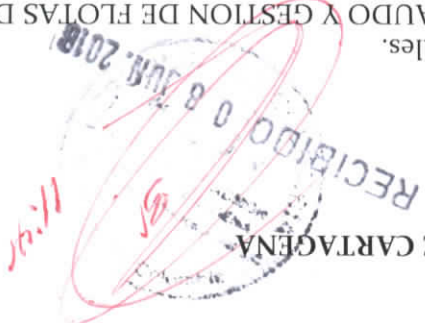
II. FRENTE AL TITULO HECHOS.

La admisión de la demanda de la referencia, fue notificada por estado electrónico No. 023 del 12 de marzo de 2018, y la copia del auto admisorio de la demanda y sus anexo, fue radicada en las oficinas de Transcaribe S.A., el día 12 de abril de la presente anualidad, para que dentro del término de ley contados a partir de la notificación respectiva, la entidad accionada ejerza su derecho de defensa; por lo tanto, el presente escrito es presentado dentro del término señalado por el artículo 172 del CPACA en concordancia con los artículos 199 y 200 del mismo código.

I. PROCEDENCIA DE LA PRESENTE CONTESTACIÓN

MARGARITA MARIA CASAS COTES, mayor de edad, domiciliada y residente en esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 33-333-662 de Cartagena, portadora de la tarjeta profesional No. 130.990 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderada judicial TRANSCARIBE S.A, entidad identificada con Nit: 806014488-5, condición otorgada a través de poder por el Gerente General de entidad, y que solicitamos sea reconocido dentro del proceso de la referencia, para que sea tenida en cuenta la Contestación a de la demanda que damos a través de este documento en los siguientes términos:

REFERENCIA: Contestación de demanda.
MEDIO DE CONTROL: Controversias contractuales.
Demandante: CONSORCIO COLCARD DE RECAUDO Y GESTION DE FLOTAS DE TRASPORTE PÚBLICO.
Demandado: TRANSCARIBE S.A
Radicado No. 13-001-33-33-005-2018-00025-00



Señor
JUEZ QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
ATEN. Dra. MARIA MAGDALENA GARCIA BUSTOS.
 D. S.





Cabe anotar que el otro si No.6 se realizo por solicitud del concesionario, como consta en oficio No. 00071-2015, que se anexa como prueba a esta contestación.

del otro si. desarrollar, de conformidad con lo establecido en el cronograma contenido en el Anexo no. 1 pre operativo hasta el 16 de noviembre de 2015, y las actividades que dentro de esta se deben implementar de acuerdo al PMI aprobado por la entidad. Se prorroga el plazo de la etapa 3.2.4. Este hecho no es cierto. El otro si No. 6: Suscrito el 30 de septiembre de 2015. Se modifica la tecnología de comunicación troncal de voz y datos del sistema TRANSCARIBE. Se prorroga el plazo de la etapa pre operativa hasta el 16 de noviembre de 2015, y las actividades que dentro de esta se deben desarrollar, de conformidad con lo establecido en el cronograma contenido en el Anexo No. 1 del OTRO SI.

OTRO SI No. 8. - Suscrito el 12/07/2016. Se hacen modificaciones sobre las clausulas 1.140., 30, 44, se modifica el PMI, y niveles de servicio.

OTRO SI No. 7: Suscrito el 15 de marzo de 2016. Se establece como fecha de inicio de la etapa de operación regular el 27/03/2016.

OTRO SI No. 6: Suscrito el 30 de septiembre de 2015. Se modifica la tecnología de comunicación troncal de voz y datos del sistema TRANSCARIBE. Implementación de acuerdo al PMI aprobado por la entidad. Se prorroga el plazo de la etapa pre operativo hasta el 16 de noviembre de 2015, y las actividades que dentro de esta se deben desarrollar, de conformidad con lo establecido en el cronograma contenido en el Anexo No. 1 del OTRO SI.

OTRO SI No. 5: Suscrito el 23 de diciembre de 2014. Se prorroga el plazo de la etapa pre operativa hasta el primero (1º) de octubre de 2015, y las actividades que dentro de esta se deben desarrollar, de conformidad con lo establecido en el cronograma contenido en el Anexo No. 1 del OTRO SI.

OTRO SI No. 4: Suscrito el 24 de junio de 2013. Se prorroga el plazo de la etapa pre operativa hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2014, y las actividades que dentro de esta se deben desarrollar, de conformidad con lo establecido en el cronograma contenido en el Anexo No. 1 del OTRO SI.

OTRO SI No. 3: Suscrito el 28 de marzo de 2012. Se prorroga el plazo de la etapa pre operativa hasta el treinta (30) de junio de 2013, y las actividades que dentro de esta se deben desarrollar, de conformidad con lo establecido en el cronograma contenido en el Anexo No. 1 del OTRO SI. El Concesionario deberá presentar los documentos que acrediten el Cierre Financiero, establecido en la clausula 7.19., el día 30 de Mayo del año 2012.

OTRO SI No. 2: Suscrito el 13 de enero de 2012. Se prorroga el plazo de la etapa pre operativa en cuanto a la acreditación del cierre financiero contenido en la clausula 7.19 del contrato de concesión hasta el treinta (30) de marzo de 2012.-





11

3.2.5. Este hecho no es cierto, como hemos indicado en los hechos anteriores, es el contratista Colcard, quien ha provocado que se suscriban los otros al contrato inicialmente suscrito.

3.2.6. Este hecho carece de veracidad, en efecto a Colcard de acuerdo con el informe de interventoría No. IC-DO.01-001-2016, de fecha 25 de Enero de 2016, evidencia el incumplimiento contractual del Concesionario de Operación de Recaudo - Colcard, por el no recibo de la infraestructura de recaudo en 5 estaciones de servicio del Sistema: Taquillas, área para instalación de Barreras, tuberías, redes e iluminación acorde a lo señalado por Transcaribe S.A.S., y comina al Concesionario, para que realice el proceso de recibo de la infraestructura y para que en lo sucesivo se abstenga de adecuar la prestación de sus servicios u obligaciones a acciones omisiones o extralimitaciones que afecten el correcto y buen funcionamiento del Sistema Integrado de Transporte Masivo o devengan en incumplimiento de obligaciones.

3.2.7. Este hecho al igual que el anterior, no son ciertos, y fue el concesionario quien se estuvo a la negativa de recibir la infraestructura de recaudo en 5 estaciones de servicio del Sistema. Ahora bien, todos los hechos que el demandante describe, a los largo de su demanda, no guardan relación con los hechos por los cuales se les impuso la multa mediante resolución No. 094 de 2017.

3.2.8. Este hecho no es cierto, y es lo que constituye la litis que se ventila en este proceso.

3.2.9. Esto no es un hecho, es una apreciación subjetiva del demandante; y hasta ahora no ha dicho nada el demandante para afirmar que queda evidenciado que Transcaribe no puede apremiar con multas las que correlativamente debe entregar insumos. Hasta ahora el demandante ha hecho mención de los otros y de atrasos en la entrega de infraestructura que nada tienen que ver con los hechos generadores de las multas.

3.2.10. Este hecho es manifestación subjetiva del demandante.

3.2.11. Esto no es un hecho, es una apreciación subjetiva del demandante; y hasta ahora no ha dicho nada el demandante para afirmar que queda evidenciado que Transcaribe no puede apremiar con multas las que correlativamente debe entregar insumos. Hasta ahora el demandante ha hecho mención de los otros y de atrasos en la entrega de infraestructura que nada tienen que ver con los hechos generadores de las multas.

3.3. DEL DESARROLLO DEL PROCESO DE MULTA NO. 3 EL CUAL CONCLUYO CON LAS ACUSADAS RESOLUCIONES 094 DE 2017 Y 123 DE 2017.

3.3.1. Este hecho es cierto. Tal como consta en la resolución No. 094 de 2017 en su parte motiva. En ese oficio 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:





(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

(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.

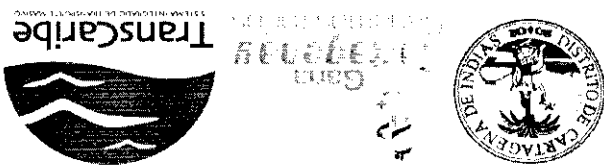
(iv) El presunto incumplimiento en lo referente a las consignaciones bancarias en los tiempos y condiciones establecidas en el contrato de concesión y en el contrato de fiducia (cargo 4). El presunto incumplimiento consiste en que las consignaciones no se realizaron dentro del plazo previsto en el contrato 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.

(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.

(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.

No. 5.

(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 a bordo 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





3.3.7.- Este hecho es parcialmente, en tanto que en la audiencia si se presentaron los descargos, se solicitó la práctica de pruebas, y la misma fue suspendida, pero con el dictamen pericial no se logro desvirtuar los hechos constitutivos de las multas. sancionatorio.

3.3.6.- Este hecho es cierto. El día 14 de julio se realizo la audiencia de imposición del multa y se radicaron los descargos que reposan en la resolución que concluyo con el proceso

3.3.5.- Este hecho es parcialmente, en tanto que si presento el escrito de objeciones, pero con el mismo no se logro desvirtuar los hechos constitutivos de las multas.

3.3.4.- Este hecho es cierto.

3.3.3.- Este hecho es cierto. Mediante oficio TC-GE-07.01-0966-2016 se presenta 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. Este documento hace parte integral del expediente administrativo relacionado con el procedimiento de imposición de multa.

3.3.2.- Este hecho es parcialmente, en tanto que si presento el escrito de objeciones, pero con el mismo no se logro desvirtuar los hechos constitutivos de las multas.

(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.

(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.

(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 ene le apéndice No. 5 del contrato de recado.

contrato de recado, 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.





3.4.10. Al igual que el hecho anterior, Esta nota periodística se contextualiza con la prueba que milita en la demanda.

3.4.9. Al igual que el hecho anterior, Esta nota periodística se contextualiza con la prueba que milita en la demanda. Ahora bien, si bien el contrato no se caduco, si es prueba de incumplimiento por parte del COLCARD, y que si estuvo justificada y argumentada la imposición de la multa que hoy se discute.

3.4.8. Esta nota periodística se contextualiza con la prueba que milita en la demanda. Ahora bien, si bien el contrato no se caduco, si es prueba de incumplimiento por parte del COLCARD, y que si estuvo justificada y argumentada la imposición de la multa que hoy se discute.

3.4.7. Este es una manifestación subjetiva del demandante, ya que si bien hubo manifestaciones del gerente de Transcaribe y de los concejales, fueron en el sentido de que se requiriera al contratista para que cumpliera de manera adecuada con sus obligaciones, solicitudes y apremios que son comunes en los escenarios contractuales.

3.4.6. Este hecho es cierto, en el sentido de que la misma ciudadana representada por los concejales del Distrito de Cartagena, no es ajena a la ejecución del contrato de recaudo del sistema, por lo que están facultados para realizar este tipo de controles.

3.4.5. Este hecho es cierto. El concejo distrital exige de las entidades públicas resultados de su gestión administrativa, y ante los incumplimientos evidentes del concesionario de recaudo se le demostró que se hizo uso de las multas contractuales con el objeto de conminar al contratista a que cumpla con sus obligaciones contractuales.

3.4.4. Esto no es un hecho, es un perjuicio inmaterial que reclamar. Que se pruebe.

3.4.3. Esto no es un hecho, es un perjuicio inmaterial que reclamar. Que se pruebe.

3.4.2. Esto no es un hecho. Es el valor el valor de la tasación de la multa el cual el demandante lo cataloga como un perjuicio material que reclama. Mas la indexación y agencias en derecho.

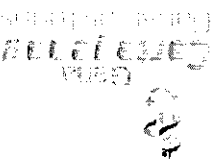
3.4.1. Esto no es un hecho. Es el valor el valor de la tasación de la multa el cual el demandante lo cataloga como un perjuicio material que reclama.

ADMINISTRATIVOS ACUSADOS.

3.4. DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA EXPEDICION DE ISO ACTOS

3.3.24. Esto no es un hecho, es una apreciación subjetiva del demandante, en la cual fundamenta sus conceptos de violación.

Del hecho 3.3.8 hasta 3.3.23. Se está describiendo como fue el trámite del proceso de imposición de multa, en donde hubo audiencias dentro de las cuales se practicaron toda clase de pruebas, es decir, testimonios, dictámenes periciales etc., y con ello se demuestra que TRANSCARIBE S.A. garantiza el derecho de contradicción y de defensa, y con ello se realiza el debido proceso, fundamental y orientador de todo proceso sancionatorio.





11

Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de cumplir al contratista o 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.** (...)" [Resaltado fuera del texto]

Que en relación con la posibilidad de las entidades de imponer multas y la finalidad de las mismas, el Consejo de Estado ha señalado:

fin de concluir al contratista a cumplir. entidades estatales pueden imponer multas previamente pactadas en los contratos, con el fin de concluir al contratista a cumplir. 2007, ante la mora o retardo del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, las entidades estatales pueden imponer multas previamente pactadas en los contratos, con el fin de concluir al contratista a cumplir.

Se evidencia en el expediente de imposición de multa, Transcaribe S.A., dio aplicación a lo considerado que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 prevé con claridad que el procedimiento de imposición de multas se aplicará cuando esté pendiente de cumplimiento las obligaciones, como en el asunto bajo revisión.

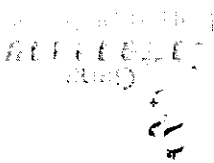
Consideramos que la entidad no ha violado los derechos al debido proceso del contratista, como tampoco las resoluciones que contienen la imposición de multas están falsamente motivadas, los argumentos del apoderado del COLICARD, se desvirtúan con las mismas pruebas documentales que aporta en esta solicitud de conciliación extrajudicial.

RESOLUCION No. 094 Y 123 de 2017.

CAUSADO A COLICARD CON LA IMPOSICION DE LA MULTA A TRAVES DE agencia en derecho, interpongo la excepción de inexistencia de daño ANTJURICO de la ejecutoria de la sentencia, y que se condene a Transcaribe en costas y al pago de arbitrium, suma que deberá ser indexada a la tasa legal del 6% anual a partir correspondiente a daño moral la suma de 50 SMLMV. O la mayor tasa decretada ad buen nombre del demandante; que se condene a Transcaribe a título de daños materiales, y reconocimiento público, divulgado en medios de comunicación restaurando el impuesta; que como reparación simbólica el gerente de Transcaribe realice una declaración general de la nación, para que se elimine de la base de datos los registros de la multa impuesta, se oficie a la cámara de comercio de Cartagena y se informe a la procuraduría correspondiente a la indexación; que se elimine del SECOP cualquier dato sobre la multa totalidad del dinero pagado por concepto de multas con intereses a la tasa máxima legal archive del expediente del procedimiento administrativo y devolver al demandante la las resoluciones No. 094 y 123 de 2017, por medio de la cual se imponen multas; que se teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, la cual es que se declare la nulidad de

III. EXCEPCIONES.

3.4.11. Al igual que el hecho anterior, esta nota periodística se contextualiza con la prueba que milita en la demanda. Con todas estas notas periodísticas, lo que se demuestra es una inconformidad de parte de la ciudadanía, de la gerencia de Transcaribe, y del concejo Distrital, que justifican la imposición de las multas que se dieron en la ejecución del contrato de recaudo.





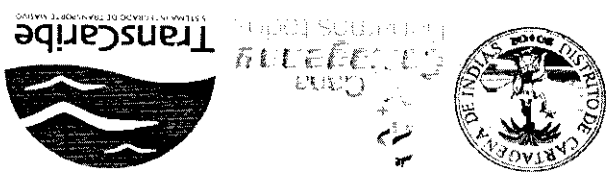
"En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: (i) pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas.

Que en este orden de ideas la misma Corporación ha mencionado lo siguiente:

De otra parte, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Administración recobra uno de los medios importantes para lograr la correcta ejecución del contrato y sobre todo de imponer los correctivos para encauzarlo en el momento oportuno, apremiando al contratista a culminar el objeto contractual y evitando que el contrato sea incumplido definitivamente y, como consecuencia, se deba producir la declaración de caducidad, medida que en la mayoría de los casos conduce a que el contrato celebrado no cumpla su finalidad pública, que es el interés general representado en el beneficio que su ejecución reporta a la comunidad." (Destacado fuera del texto)

La norma es enfática en determinar el carácter comminatorio de la multa cuyo ejercicio está supeditado a que tenga tal condición, es decir, que con la Ley 1150, de manera explícita, las multas encuentran su verdadera esencia y finalidad orientados a apremiar al contratista para que éste de cumplimiento a sus obligaciones en la oportunidad y términos pactados.

"De la norma transcrita se destaca la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto que la cláusula de multas es facultativa, aspecto que la Ley 1150 de 2007 enfatiza de manera expresa a diferencia de los anteriores estatutos de contratación administrativa; en consecuencia, la entidad pública contratante tan sólo estará facultada para imponer multas, de manera unilateral y obtener su pago, por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma ley, si estas se hubieren pactado en el respectivo contrato.





4 En este sentido es preciso citar el artículo 90 de la ley 1474 de 2011 que establece: **"Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado.** Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;

b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;

c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas o las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria".

5 CONSEJO DE ESTADO, SALA IV DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Sentencia del 10 de octubre de 2013, Radicación número: 11001-03-06-000-2013 00384 00 (2157), C.P.: Alvaro Naimen Vargas.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 28 de abril de 2005, exp. 14.393 y de 14 de julio de 2005, exp. 14.289.

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)

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA.

Que en virtud de lo anterior, la finalidad conminatoria de las multas implica que sólo proceden mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones que el contratista está en mora de cumplir.

Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento. Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que de cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplir de defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuada su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado".

obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual.





11



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 obligaciones⁶:

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 incumplimiento⁷.

6 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 corresponden a las entidades sometiadas al Estado 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 podrá declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecunioria incluida en el contrato.

7 LEY 1474 DE 2011. Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometiadas al Estado 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 anulados 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 podrán derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, 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 podrán 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 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 estimen 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.



11

Este procedimiento tiene como finalidad garantizar 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 entidad;

Este procedimiento, al igual que la facultad sancionatoria de la Entidad, se circunscribe al principio de debido proceso consagrado en el artículo 29^o Constitucional. Este principio le exige al Estado guiarse conforme las leyes y procedimientos preexistentes, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”;

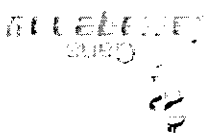
De acuerdo con lo anterior, el debido proceso” es un derecho fundamental” que se caracteriza por contener una serie de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo, con la finalidad de proteger la autonomía y libertad de los ciudadanos. En otras palabras, el debido proceso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

8^o CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-499 de 2015, Radicación No.: D-10626, Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

9^o 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. El nulo, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. 10^o 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. 11^o CONSEJO DE ESTADO, 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”.

12^o CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, Rel.: 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 señalar 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).

13^o 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 Santofimo 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





11

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

14 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".

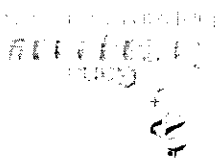
En relación con las actuaciones sancionatorias de la administración, el ordenamiento jurídico, a través del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, ha dispuesto que las entidades contratantes cuando inician un procedimiento de multa en contra de un contratista deberán garantizarle el derecho al debido proceso, 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.

- 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

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





10

De esta forma, el deber de motivar se plasma en hacer expresas las razones de su decisión⁵⁵.

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 respecto⁵⁶.

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 compartía la argumentación, pero no por ello el acto se tacha de falsa motivación

(iii) Excepción de Contrato No Cumplido y Buena fe

La excepción de contrato no cumplido tiene su origen en el artículo 1609⁵⁷ 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 servicio⁵⁸.

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, para que han sido sustento para aplicar la figura de excepción de contrato no cumplido. Para

⁵⁵ 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 ciudadanía de Estado de Derecho, el 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".

⁵⁶ 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 afectan sus intereses generales o particulares".

⁵⁷ CÓDIGO CIVIL. Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de dejar de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 29 de abril de 2015. Radicación No.: 21081. Consejo ponente: Hernán Andrade Rincón.





empezar, la Corte Constitucional ha establecido cuáles son los principios orientadores de los

contratos estatales, entre ellos se encuentran¹⁹:

- 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 celebrado²⁰.

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 lugar²¹.

¹⁹ 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 2001¹⁹ "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 principios consustanciales a los contratos bilaterales, simlogramáticos 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 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).

²⁰ 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, aplica 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 proporcionar al contratista una compensación económica para asegurar 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. (...)"

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Radicación No.: 31837. Consejo 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





24 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de septiembre de 2003. Radicación No.: 10883. Consejo ponente: Alíer Eduardo Hernández Enriquez. "La existencia de un contrato sinajgmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas. Respecto de esta condición la Sala explicó lo siguiente (24): "La esencia de los contratos sinajgmáticos 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 abril de 2015. Radicación No.: 21081. Consejo ponente: Hernán Andrade Rincón. "Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos sinajgmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación o 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 sería y cierto de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente"

23 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 29 de agosto de 2016. Radicación No.: 53288. Consejo ponente: Jaime Orlando Santomío Camba. "De lo precitado 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 aun después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe."

22 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 27 de enero de 2016. Radicación No.: 53288. Consejo ponente: Jaime Orlando Santomío Camba. "De lo precitado 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 aun después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe."

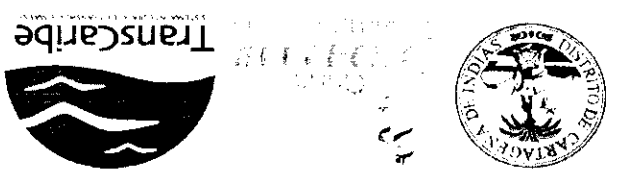
margen de las estipulaciones literales que están contenidas en el acuerdo negocial, es posible desentranar el verdadero contenido y alcance de la voluntad emitida por los contratantes en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar (...)"

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 contrato²⁴, hecho que

- La existencia de un contrato bilateral o sinajgmático;
- 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.

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 encuentran²⁵:

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 postcontractual²⁶:





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

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

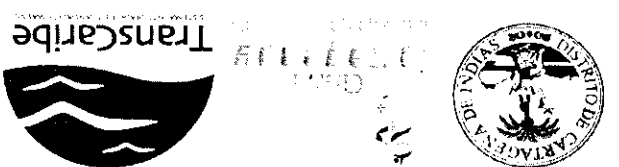
75 Ley 1437 DE 2011, Artículo 47, Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código 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 se aplican. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentará los descargos y solicitará o aportará las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las imperinentes y las superfluas y no se otendrán las prácticas ilegales.

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 regirán por aquellas y en lo no previsto se aplicará los preceptos de este código.

Por su parte, el CPACA si contempla una regulación in extenso de esta materia. En el caso particular de los procedimientos administrativos sancionatorios, el artículo 48^o establece que el periodo probatorio, pero sin hacer alusión a procedencia o no de recursos frente a

(iii) Valoración de la prueba

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.





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 40²⁷ del CPACA si 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.

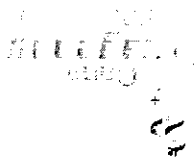
En este Código se establece, como regla general, el criterio de la sana crítica como método de valoración probatoria²⁸. Este criterio de interpretación se entiende como el sistema en el que el juez es libre de formarse su convencimiento, siempre motivando las razones de su convicción tomando como base el acervo probatorio. Es una mezcla entre la lógica y las reglas de la experiencia del juez²⁹.

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 decisión³⁰. Por el 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 jurídica³¹

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

²⁷ 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 decide 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 corren 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.
²⁸ 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.
²⁹ GIACCOMETTE, Ana. Teoría General de la Prueba: Concordancia con la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, 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, interfiere las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez"
³⁰ GIACCOMETTE, Ana. Teoría General de la Prueba: Concordancia con la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, 2013, P. 303: "Valorar es asignar a una cosa el valor que corresponde a su estimación. 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"

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-233 de 2007. Radicación No. 1 1498919. Magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra: "La valoración 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"





32 CONSI JO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 11 de mayo de 2017. Radicación No.: 39938. Consejo 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 lo pidió

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.

Cargo 6 – Funcionalidad del software de programación

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

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 Fariás e Irene Pérez
2. Acta No. 4 del 17 de agosto de 2016, Testimonios de Gabriel Sánchez y Luis Vélez

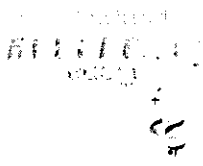
Cargo 2 – No habilitación del número total de tarjetas para la operación regular del sistema

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

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.

Análisis sobre el acervo probatorio

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 totalidad". 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.





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

Conclusiones de los cargos

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.

Por su parte, de los testimonios rendidos por los señores Armando Fariás, Gabriel Sánchez, Luis Véliz 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.

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.

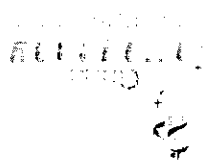
Lo anterior tiene plena consonancia con el testimonio rendido por el perito Juan Andrés Rondón Olivares el cual manifestó que el Sistema de Control y Gestión de Flota cumple con todas las funcionalidades exigidas en el Contrato de Concesión.

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.

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 Fariás e Irene Pérez
4. Acta No. 4 del 17 de agosto de 2016. Testimonios de Gabriel Sánchez y Luis Véliz

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

5. Acta No. 5 del 19 de agosto de 2016. Testimonios de Armando Fariás e Irene Pérez
6. Acta No. 4 del 17 de agosto de 2016. Testimonios de Gabriel Sánchez y Luis Véliz





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.

1. El incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la no habilitación del número total de tarjetas para la operación regular del sistema.

Concesionario:

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

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 cumplimiento 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.

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.

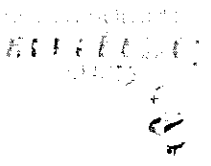
De lo anterior se resalta que se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos para poder aplicar la excepción de contrato no cumplido.

- 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 cumplir las mediante el allanamiento correspondiente.

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

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.

claramente realizado por el Consorcio Colcard en reiteradas oportunidades y respecto a todos y cada uno de los cargos.





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 impusiera 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 impusiera 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.

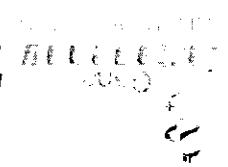
En tanto la obligación del Concesionario, según la cláusula 8.1 del Contrato el cual no ha sido modificado o derogado expresamente por ningún otro documento contractual posterior, sigue vigente y no ha sido cumplida a cabalidad por éste persiste el fundamento de la imposición de la multa.

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	No cumple
Dos equipos de recarga	adquirir, instalar, adaptar, desarrollar y renovar la plataforma tecnológica de	No cumple
Computador estación	recuerdo. Al no ejecutar dicha obligación se encuentra incumplida la	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

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

2. Incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la no instalación de la totalidad de equipos en estaciones para el correcto funcionamiento del sistema en

Restaría 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.





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.

5. Incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la realización de las pruebas descritas en el apéndice número 5 del contrato de concesión

Apéndice No. 2
Esta manera, se incumplió con las obligaciones y requisitos para el software contenidos en el Apéndice No. 2. 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. 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.

Como se pudo comprobar en el análisis sobre el acervo probatorio, existe una inconsistencia 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.

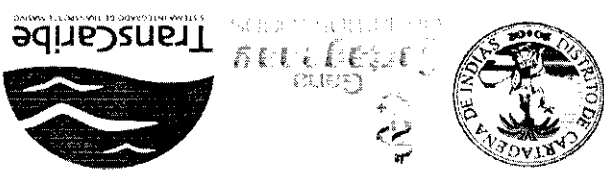
4. Incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la funcionalidad del software de programación

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

interpretación de las leyes para los contratos. según el cual el contrato es ley para las partes, por lo que son aplicables las herramientas de forma de interpretar una norma es precedente. Mas aun teniendo presente el principio Apéndice No. 3 es más específico que el Apéndice No. 7, así que la argumentación sobre la Paralelamente, no existe una falsa motivación por la argumentación expuesta por cuanto el evidenció que el Contratista no suministró unos equipos que tenía a su cargo.

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

3. 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





11

TP No. 130.990 CSJ.
CC NO. 38333-662

MARGARITA MARIA CASAS COTES

Atentamente,
Margarita Maria Casas Cotes

Las recibiré en las oficinas de TRANSCARIBE S.A. en la ciudad de Cartagena de Indias, en el Barrio La providencia, Urbanización Anita, diagonal 35 No. 71-77. Tel: 6411320. Email: gerenciasitm@transcaribe.gov.co, y marguicasas@gmail.com

VI. NOTIFICACIONES.-

1. Poder
2. Cámara de comercio de Transcaribe S.A.
3. Oficio No. 0071-2015. En donde consta la solicitud para la suscripción del otro su No. 6 del contrato LPN-005-2010

Adjunto con la presente contestación los siguientes documentos:

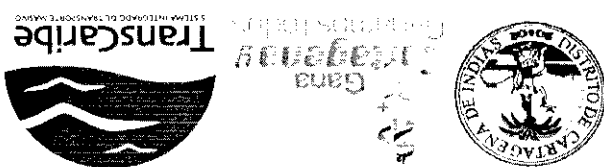
V. ANEXOS

Por lo anterior no habiendo cesado el incumplimiento de las obligaciones objeto del 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 fue que se confirmo la resolución No. 094 de 2017.

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.

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.

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. Estos 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.





11