



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 08001-23-31-000-2011-01314-01 (52636).
Demandante: Transatlántico s.a.
Demandado: Transmetro s.a. (hoy s.a.s).
Referencia: Acción de controversias contractuales.

Tema 1: Régimen jurídico de actos y contratos de empresas industriales y comerciales del Estado.

Subtema 1: Régimen jurídico de actos y contratos de empresas de transporte público masivo de pasajeros.

Tema 2: Silencio administrativo positivo ante solicitudes presentadas en el curso de la ejecución contractual.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹ en contra de la sentencia del 30 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico², en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Transmetro S.A. y Transatlántico S.A celebraron el contrato 300-001-07 el 17 de julio de 2007, cuyo objeto era la concesión para la construcción de las estaciones sencillas, la elaboración de diseños de ingeniería y la construcción de la estación intermedia del retorno denominado "Romelio Martínez", así como la elaboración de los diseños de ingeniería y la construcción de los patios de maniobras y edificios de administración y mantenimiento de la estación de cabecera de Barranquillita, del sistema Transmetro del Distrito de Barranquilla y su área metropolitana en su fase I.

En la ejecución del contrato de concesión, Transmetro S.A. le impuso una serie de multas a la contratista, Transatlántico S.A., por el incumplimiento de sus obligaciones. Transatlántico S.A. pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales Transmetro S.A. le impuso multas, por falta de competencia del contratante para imponer este tipo de sanciones y el desconocimiento del debido proceso, y que, por consiguiente, se condene a la demandada a reintegrar las sumas que fueron pagadas o descontadas por concepto de dichas multas.

II. ANTECEDENTES

¹ Folios 565 a 567 C.P.

² Folios 541 a 564 C.P.



2.1. El veintiocho (28) de octubre de dos mil once (2011), **Transatlántico S.A.** (en adelante, "Transatlántico") formuló demanda³, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra de **Transmetro S.A.** (en adelante, "Transmetro")⁴, con la **pretensión principal** de que se declare la nulidad por falta de competencia de Transmetro para expedir los siguientes actos administrativos: (i) las Resoluciones 428 del 22 de noviembre de 2007, 050 del 28 de enero de 2008 y 247 del 6 de mayo de 2008; (ii) las Resoluciones 543 del 7 de octubre de 2008, 607 del 2 de diciembre de 2008, 159 del 20 de mayo de 2009 y 199 del 17 de junio de 2009; (iii) las Resoluciones 150 del 14 de mayo de 2009 y 308 del 28 de agosto de 2009; (iv) las Resoluciones 370 del 13 de octubre de 2009 y 261 del 21 de julio de 2011; (v) la Resolución 052 del 26 de enero de 2010; (vi) la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010; y (vii) la Resolución 107 del 4 de abril de 2011. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a Transmetro S.A. a reintegrar los valores indexados que fueron pagados y descontados por concepto de las resoluciones enunciadas.

Como **primera pretensión subsidiaria**, la demandante pidió que **se declare** la nulidad de las resoluciones referidas, por la violación del debido proceso en su expedición y que, por consiguiente, se ordene a Transmetro reintegrar las sumas indexadas que fueron pagadas y descontadas debido a las multas impuestas en los actos administrativos atacados. Finalmente, como **segunda pretensión subsidiaria**, solicitó que se declare nula, por falsa motivación, la Resolución 107 del 4 de abril 2011.

En sustento de tales pretensiones, fueron enunciados los siguientes **fundamentos de hecho**:

2.1.1. El 17 de julio de 2007, Transmetro celebró el contrato de concesión núm.300-001-07 con Transatlántico, al resultar esta última seleccionada como adjudicataria en la licitación pública LPI-TM-300-001-07.

2.1.2. En la cláusula 64 del contrato se estipuló que "*le corresponderá [sic] el juez del presente contrato decretar la causación de las multas correspondientes*". No obstante, durante la ejecución del objeto contractual, Transmetro S.A impuso en diferentes ocasiones multas al contratista por medio de los siguientes *actos administrativos*:

2.1.2.1. La **Resolución 428 del 22 de noviembre de 2007**, en la que se declaró que Transatlántico S.A incumplió el contrato, por no pagar el segundo contado del derecho de entrada acordado en la cláusula 32.1, imponiendo una multa por \$44'370.000, la cual fue revocada con la **Resolución 050 del 28 de enero de 2008**, en la que Transmetro le concedió cinco días a Transatlántico para dar las

³ Folios 1 a 20 C.1.

⁴ Hoy Transmetro S.A.S., según el certificado de existencia y representación que obra a folios 523 a 526 del cuaderno 2.



razones del presunto incumplimiento; solicitud a la que el contratista se abstuvo de dar respuesta, por lo que a través de la **Resolución 247 del 6 de mayo de 2008**, Transmetro S.A. declaró nuevamente el incumplimiento parcial de las obligaciones de Transatlántico S.A. y le impuso una multa de \$46'500.000.

2.1.2.2. La **Resolución 543 del 7 de octubre de 2008**, en la que Transmetro S.A. le impuso al contratista multa por el incumplimiento en el cronograma de las actividades, de conformidad con lo previsto en el otrosí núm. 2 del contrato; multa que fue confirmada por la **Resolución 607 del 2 de diciembre de 2008**, mediante la cual fue resuelto el recurso de reposición interpuesto. A pesar de que la contratista le solicitara a la entidad contratante retirar del ordenamiento jurídico las resoluciones previamente mencionadas, Transmetro S.A. expidió la **Resolución 159 del 20 de mayo de 2009**, con la que liquidó la multa por el valor de \$73'840.000; y, por medio de la **Resolución 199 del 17 de junio de 2009**, se resolvieron los recursos de reposición interpuestos ratificando la multa impuesta.

2.1.2.3. La **Resolución 150 del 14 de mayo de 2009**, a través de la cual Transmetro S.A. declaró el incumplimiento de la contratista en la entrega de la estación número 18 del sistema Transmetro, de acuerdo con el cronograma pactado y por consiguiente le impuso a Transatlántico S.A. una multa que ascendía a \$34'783.000; decisión que fue objeto de recurso de reposición, que fue desestimado por Transmetro S.A., la cual confirmó la sanción con la **Resolución 308 del 28 de agosto de 2009**.

2.1.2.4. La **Resolución 370 del 13 de octubre de 2009**, en la que Transmetro S.A. impuso multa a Transatlántico S.A. por el incumplimiento de sus obligaciones ambientales. Contra esta decisión, Transatlántico S.A. presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la **Resolución 261 del 21 de julio de 2011**, confirmando la decisión adoptada, con la imposición de una multa que ascendía a \$49'690.000.

2.1.2.5. La **Resolución 052 del 26 de enero de 2010**, en la que Transmetro S.A. declaró el incumplimiento del contratista por falta de entrega de las estaciones núm.3, 4, 5, 6, 7,8 y 14 imponiéndole a la sociedad contratista una multa por \$55'178.571.

2.1.2.6. La **Resolución 196 del 11 de mayo de 2010**, mediante la cual que Transmetro S.A. le impuso multa de \$10'300.000a Transatlántico S.A., por el incumplimiento en la entrega de las estaciones fijada para el 30 de diciembre de 2010. En esta ocasión, a pesar de que el contratista interpuso recurso de reposición, no fue resuelto.



2.1.2.7. Por último, la **Resolución 107 del 4 de abril de 2011**, que fue proferida luego de que se celebrara audiencia con presencia del Ministerio Público, en la que el concesionario expuso sus argumentos y solicitó dos pruebas que no habrían sido practicadas. En dicha oportunidad, Transmetro S.A declaró el incumplimiento de los plazos contenidos en el cronograma de obra, imponiendo una multa por \$1.822'320.000.

2.1.3. Como **concepto de la violación**, la demandante adujo, en síntesis, que:

2.1.3.1. Transmetro S.A no tendría competencia para proferir dichos *actos administrativos*, en la medida que en el acuerdo de voluntades se pactó que el juez natural del contrato era el facultado para imponerlas, y no la contratante.

2.1.3.2. La entidad contratante desconoció el procedimiento previsto en la Ley 1150 de 2007, al proferir las Resoluciones 370 de 2006 y 196 de 2010, en cuanto omitió adelantar la audiencia para su imposición, no fueron resueltos los recursos de reposición interpuestos, y la demandada no practicó las pruebas solicitadas, por lo que se produjo una violación al debido proceso.

2.1.3.3. La Resolución 107 del 4 de abril de 2011 fue motivada indebidamente, puesto que los fundamentos que se tuvieron en cuenta para imponer la multa al contratista fueron incumplimientos generados por la misma contratante.

2.2. El 9 de noviembre de 2011, el Tribunal Administrativo del Atlántico **admitió** la demanda⁵, y ordenó que ello fuera notificado al Ministerio Público y a la parte demandada.

2.3. **Transmetro** presentó escrito de **contestación** de la demanda⁶, con el que se opuso a las pretensiones formuladas por la accionante, argumentando: **(i)** que al ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado ("EICE"), tenía la facultad de imponer multas, de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, y si bien en el contrato se hacía alusión a la facultad del juez natural para imponer multas, Transmetro tenía la prerrogativa de imponerlas por disposición legal; **(ii)** que cada una de las resoluciones fue motivada, con la exposición de las razones que la llevaron a tomar las diferentes decisiones; y que **(iii)** no desconoció el debido proceso, ya que le garantizó al acusado el derecho de audiencia y la oportunidad de interponer los recursos correspondientes. Además, propuso las excepciones de: (i) *legitimación de Transmetro S.A para expedir multas*, (ii) *presunción de legalidad de los actos administrativos*, (iii) *inexistencia de las obligaciones* y (iv) *pacto de la cláusula compromisoria*.

⁵ Folios 436 a 437 C.1.

⁶ Folios 441 a 450 C.1.



2.4. En auto del 30 de abril de 2012⁷, el *a quo* dispuso **tener como pruebas** las aportadas por el demandante con la demanda y por el demandado con la contestación, así como presidir **del periodo probatorio**, toda vez que ni la parte demandante ni la parte demandada solicitaron la práctica de pruebas.

2.5. En ese orden de ideas, en providencia del 10 de diciembre de 2012⁸, se corrió traslado a las partes para **alegar** de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto; oportunidad procesal que fue aprovechada por la parte demandante⁹. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

2.6. El Tribunal Administrativo del Atlántico, profirió **fallo de primera instancia** el 30 de agosto de 2013¹⁰, en el que declaró la caducidad de la acción contractual respecto de las Resoluciones 428 del 22 de noviembre de 2007, 050 de 2008, 247 del 6 de mayo de 2011, 543 del 7 de octubre de 2008, 607 del 2 de diciembre de 2008, 159 del 20 de mayo de 2009 y 199 del 17 de junio de 2009, toda vez que desde la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la expedición de dichas resoluciones hasta la solicitud de conciliación prejudicial, habían transcurrido más de dos años.

En consecuencia, el Tribunal se pronunció únicamente sobre la legalidad de: **(i)** la Resolución 150 del 14 de mayo de 2009, en la que se le impuso a Transatlántico S.A una multa por incumplimiento del cronograma, al no terminar la estación núm. 18 el 2 de marzo de 2009; **(ii)** la Resolución 308 del 28 de agosto de 2009 en la que se ratificó la sanción impuesta; **(iii)** la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010, en la que impuso multa por incumplimiento en la fecha de entrega de ocho estaciones sencillas que había sido prevista para el 30 de diciembre de 2009; **(iv)** la Resolución 052 del 26 de enero de 2010, en la que se impuso multa por la falta de entrega de unas estaciones el 15 de noviembre de 2009; **(v)** la Resolución 107 del 4 de abril de 2011, en la que impuso multa por la falta de entrega de la estación Cabecera de Barraquillita los días 28 de febrero de 2009 y 13 de febrero de 2010; y **(v)** finalmente, la Resolución 370 del 13 de octubre de 2009, en la que impuso multa por el desconocimiento de las obligaciones ambientales, de acuerdo con los hechos ocurridos en el mes de agosto de 2009.

En primer lugar, el *a quo* consideró que la Ley 1150 de 2007 le otorgaba a Transmetro S.A la facultad para imponer multas directamente, por lo que el primer cargo estaba desvirtuado. En segundo lugar, el Tribunal consideró que, según el artículo 17 de la

⁷ Folio 503 C.1.

⁸ Folio 509 C.1.

⁹ Folios 530 a 540 C.1.

¹⁰ "PRIMERO: Declárase la caducidad de la acción contractual con respecto a las resoluciones N° 428 del 22 de noviembre de 2007, 050 de 2008, 247 del 06 de mayo de 2011, 547 del 07 de octubre de 2008, 607 del 02 de diciembre de 2008, 159 del 20 de mayo de 2009, 199 del 17 de junio de 2009 y 308 del 28 de agosto de 2009. || SEGUNDO: Declárase la nulidad de la Resolución No 196 del 11 de mayo de 2010, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. || TERCERO: En consecuencia ORDENASE a Transmetro S.A. que devuelva a Transatlántico S.A. las sumas que este último canceló en virtud del cumplimiento de las [sic] multa impuesta en Resolución que hoy se declara nula, es decir la suma de diez millones trescientos mil pesos (10.300.000). Valor que debe ser indexado con la fórmula establecida por el Consejo de Estado para ello". Folios 541 a 564 C.P.



Ley 1150 de 2007 y la primera parte del CCA, que regulaba el proceso sancionatorio, le correspondía a la Administración notificar los actos administrativos, brindar la oportunidad para interponer recursos, solicitar pruebas y escuchar al particular antes de tomar una decisión. Sin embargo, la demandada no resolvió el recurso de reposición que la actual demandante interpuso contra la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010, de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, por lo que declaró la nulidad del *acto administrativo*, por violación del debido proceso. Por consiguiente, ordenó que se devolviera a Transatlántico S.A la suma de \$10'300.000 que corresponde al valor cancelado por la multa impuesta. En relación con las demás resoluciones, el Tribunal concluyó que la entidad demandada no había violado el debido proceso, toda vez que le otorgó al contratista la oportunidad para rendir descargos e interponer los recursos correspondientes, los cuales habían sido resueltos.

2.7. El veintiuno (21) de enero de dos mil catorce (2014), la parte **demandada**, inconforme con la decisión, interpuso **recurso de apelación**¹¹. Como **cargos** del recurso adujo:

2.7.1. Que si se llegara a la conclusión de que Transmetro S.A no se pronunció respecto del recurso de reposición interpuesto, dicha circunstancia generaría un acto administrativo presunto negativo, el cual debió ser demandado junto con la Resolución 196 de 2010, por lo que el *a quo* debió declarar la excepción de inepta demanda e inhibirse de fallar de fondo el asunto.

2.7.2. Que no violó el debido proceso en la expedición de la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010, pues el recurso de reposición interpuesto en su contra fue presentado luego de que hubiese fenecido el termino definido legalmente, ya que, al no comparecer el contratista para notificarse personalmente, se fijó edicto el 27 de mayo de 2010, que fue desfijado el 16 de junio de 2010, por lo que el recurso fue radicado de forma extemporánea.

Adicionalmente, la recurrente solicitó tener como prueba ciertos documentos que no había podido aportar con la contestación de la demanda y pidió que fuera practicado interrogatorio al representante legal de la parte demandante.

2.8. El recurso de apelación fue **admitido** por la Corporación el 27 de noviembre de 2014¹².

2.9. Mediante auto del 8 de julio de 2015¹³, esta Judicatura **negó solicitud de pruebas** presentada en el recurso de apelación, puesto que no se configuraba en el caso concreto ninguno de los eventos previstos en el artículo 214 del CCA.

¹¹ Folios 565 a 567 C.P.

¹² Folios 578 a 579 C.P.

¹³ Folios 581 a 584 C.P.



2.10. Tras ello, en providencia del 9 de septiembre de 2015, el Magistrado Sustanciador ordenó correr traslado a las partes, para **alegar de conclusión**, y al Ministerio Público, para rendir su concepto¹⁴. Así lo hizo la parte **actora**, quien argumentó : **(i)** que dado que fueron negadas las pruebas aportadas por la demandada en segunda instancia, los argumentos presentados por Transmetro S.A. quedarían sin sustento; **(ii)** que la obligación de demandar el acto presunto negativo no puede ser equiparable a una respuesta de la administración, y no tendrían sentido las pretensiones de la demanda si se hubiese incorporado; y **(iii)** que si se revocara la sentencia de primera instancia por no dirigir la demanda contra el acto presunto negativo, se estaría incurriendo en un excesivo ritualismo, ya que debería primar el derecho sustancial sobre el formal, para garantizar los derechos fundamentales del demandante. La **demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. La competencia del *ad quem* por regla general está determinada por los motivos de inconformidad presentados en el recurso de apelación cuando se trate de un apelante único, tal como lo preveía el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”)¹⁵, y fue precisado por la jurisprudencia unificada de esta Sección¹⁶.

Actualmente, el artículo 328 del Código General del Proceso (“CGP”), en vigor como norma supletiva en el momento en el que fue interpuesto el recurso de apelación¹⁷⁻¹⁸, establece:

“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]”.

De manera que al juez de segunda instancia le corresponde revisar lo que fue cuestionado por el recurrente, y en ese sentido, no puede modificar o corregir el fallo apelado respecto de los aspectos que no hayan sido impugnados o que resulten desfavorables para el apelante, salvo los casos previstos por la Constitución o por la ley.

Como en el caso *sub lite* el recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandada y está dirigido a estudiar específicamente la legalidad de la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010, toda vez que fue el acto administrativo que el *a quo* declaró nulo, la Sala abordará el recurso con el alcance que ha fijado la Constitución, la ley y la jurisprudencia de esta Corporación.

¹⁴ Folio 585 C.P.

¹⁵ *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso el superior resolverá sin limitaciones”* (subrayado añadido).

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de unificación del 6 de abril de 2018, exp. 46005.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 25 de junio de 2014, exp. 49299.

¹⁸ Aptado. 2.7.



3.2. A partir del juicio del *a quo* y tomando en consideración los cargos del recurso interpuesto por la parte demandada, el **primer problema jurídico** a resolver es el siguiente:

¿Es inepta la demanda, en lo atinente a la pretensión de nulidad contra la Resolución 196 de 2010, por cuanto la accionante se abstuvo de demandar el acto ficto negativo que habría surgido con ocasión del silencio que observó Transmetro frente al recurso de reposición que aquella (Transatlántico) interpuso contra la Resolución 196 de 2010?

3.3. Solamente si la respuesta es negativa la Sala procederá a abordar el **segundo problema jurídico**:

¿Vulneró Transmetro el debido proceso con ocasión del silencio que observó frente al recurso de reposición que contra la Resolución 196 de 2010 interpuso extemporáneamente Transatlántico?

3.4. Los argumentos que dan pie a los anteriores problemas jurídicos presuponen la existencia de actos administrativos, lo que mueve a la Sala a dar respuesta al siguiente **problema jurídico preliminar**:

¿La imposición de multa por incumplimiento contractual, que se produjo en la Resolución 196 de 2010, supuso la expedición de un acto administrativo?

Para dar respuesta a este interrogante, será abordado, en primer lugar, el régimen de actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del estado (en adelante ("EICE")) como lo es Transmetro, para, a continuación, determinar, si al manifestar la voluntad unilateral de hacer efectiva la multa contractual, dicho ente profirió un acto administrativo.

IV. HECHOS RELEVANTES

Para resolver el asunto, esta Colegiatura apreciará las pruebas documentales aportadas en copia auténtica, las cuales serán tratados como medios hábiles y su eficacia probatoria será valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Así mismo, las copias simples traídas al plenario serán valoradas, conforme a la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera¹⁹, postura que posteriormente fue ratificada en Sala Plena²⁰.

Dado que esta Corporación, en providencia del 8 de julio de 2015²¹, resolvió *abstenerse* de tener como pruebas los documentos allegados y de decretar el

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 30 de septiembre de 2014, rad. núm. 11001-03-15-000-2007-01081-00.

²¹ Folios 581 a 584 del cuaderno principal.



interrogatorio de parte, pues no se configuró ninguno de los eventos previstos en el artículo 214 del CCA para el decreto de pruebas en segunda instancia, estas no serán valoradas en esta providencia, ya que, de acuerdo con el artículo 174 del CPC, “[t]oda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”²²⁻²³.

Dicho lo anterior, a continuación, se presentarán los hechos acreditados relevantes para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados en esta instancia, de conformidad con las pruebas documentales válida y oportunamente aportadas al plenario:

4.1 El diecisiete (17) de julio de dos mil siete (2007), Transmetro y Transatlántico celebraron el **contrato de concesión núm. 300-001-07**²⁴ (en adelante, “Contrato de Concesión”), cuyo objeto consistía en:

“La concesión para la construcción de las estaciones sencillas, para la elaboración de los diseños de ingeniería de detalle y la construcción de la Estación Intermedia de Retorno ‘Romelio Martínez’ y para la elaboración de los diseños de ingeniería de detalle y la construcción de los patios de maniobra y edificios de administración y mantenimiento de la Estación Cabecera de Barraquillita, del Sistema Transmetro del Distrito de Barraquilla y su área Metropolitana en su fase I”.

4.1.1. En la cláusula 4, se pactó un plazo indeterminado pero determinable a partir del cumplimiento de las diferentes etapas previstas, en los siguientes términos: (i) la *etapa de construcción*, que iniciaba en el momento en que se suscribiera el acta de entrega de los sitios de las obras y finalizaba en la fecha en que Transmetro recibiera la totalidad de las estaciones; (ii) la *etapa de reversión*, comprendida entre la fecha de terminación de la etapa de construcción y la fecha en que Transmetro recibiera a satisfacción la totalidad de las estaciones, dentro de un término máximo de podía ser sesenta (60) días contados a partir de la fecha de terminación de la etapa de construcción; y (iii) la *etapa de explotación económica*, con un término máximo de diez (10) años, que iniciaba cuando Transmetro le entregara a la concesionaria, Transatlántico, el acta de inicio de operación comercial, recibiendo esta última una remuneración vía tarifa, de acuerdo con su participación.

4.1.2. En la cláusula 11 del Contrato de Concesión fueron estipuladas las obligaciones del concesionario, Transatlántico, dentro de las cuales figuraba “[p]agar las multas pactadas por las partes y causadas con ocasión del presente Contrato”.

²² Subrayado añadido.

²³ LEY 153 DE 1887. “Artículo 40. [...] Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones. [...]” (subrayado añadido).

²⁴ Copia auténtica a folios 335 a 441 del cuaderno 2.



4.1.2.1. A su vez, en la cláusula 64 fueron acordadas las “*multas del contrato*”, de la siguiente manera:

“Transmetro S.A. verificará el cumplimiento de la totalidad de requisitos, obligaciones y responsabilidades exigibles a EL CONCESIONARIO en virtud de lo dispuesto en el presente contrato.

Las partes acuerdan que si EL CONCESIONARIO no cumple con cualquiera de los requisitos, obligaciones y responsabilidades que ha asumido y que le han sido asignadas en el presente contrato a partir de la fecha en que cada obligación se hace exigible, se aplicará a EL CONCESIONARIO la multa correspondiente.

Las multas se causarán a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta tanto cese el respectivo incumplimiento.

El pago o la deducción de dichas multas no exonerará a EL CONCESIONARIO de efectuar adecuadamente las obras de construcción, ni tampoco de las demás responsabilidades y obligaciones que emanen de este contrato.

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.

Se causarán multas diarias equivalentes a un número de salarios mínimos mensuales legales vigentes por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de las obligaciones de EL CONCESIONARIO, salvo que expresamente se establezca en el contrato”.

4.1.2.2. Dentro de las infracciones figuraba el incumplimiento del cronograma de obras, sancionado con una multa de diez salarios mínimos mensuales legales vigentes (10 SMMLV) por cada semana de atraso.

4.1.2.3. Se acordó, además, el siguiente procedimiento para la “*aplicación de multas*”:

“64.1.1. Inicio del procedimiento por parte del Interventor:

Cuando el interventor verifique que existe un incumplimiento contractual que puede llegar a ser generador de multas en los términos señalados en esta cláusula, informará por escrito sobre la existencia del hecho generador de la multa, las pruebas de su existencia y las razones por las cuales el hecho señalado implica una vulneración a las estipulaciones del presente contrato de concesión, las mismas serán estudiadas por TRANSMETRO S.A.

Si dentro de los diez (10) días siguientes al día en que se le haya informado a EL CONCESIONARIO lo previsto en el párrafo anterior, no hubiere objeción por escrito, dirigida al interventor y a TRANSMETRO S.A. se entenderá tal silencio como una señal de aceptación por parte de EL CONCESIONARIO en cuanto a la existencia del incumplimiento. La imposición de multas se sujetará a los trámites procedentes por ley y por vía jurisprudencial para la imposición de las multas a que haya lugar.

Si hubiere objeción escrita por parte de EL CONCESIONARIO dentro de los términos señalados en el párrafo anterior, este deberá dirigirse a TRANSMETRO S.A. y al



interventor mediante comunicación escrita en la cual expondrá las razones por las cuales se encuentra en desacuerdo.

Surgida la controversia entre TRANSMETRO S.A. y EL CONCESIONARIO por la causación de la multa, el interventor del presente contrato procederá a resolver la objeción presentada por este último mediante escrito debidamente motivado y de confirmarse la causación de la multa procederá según lo establecido por la ley y por vía jurisprudencial.

64.1.2. Inicio del Procedimiento por parte de TRANSMETRO S.A.

Si TRANSMETRO S.A. encontrare que EL CONCESIONARIO ha incumplido alguna de las obligaciones a que se refiere el presente contrato y que tal incumplimiento puede llegar a ser generador de multas en los términos señalados en los numerales anteriores, procederá la entidad a comunicar por escrito tal circunstancia al interventor y a EL CONCESIONARIO, exponiendo de manera sumaria las razones por las cuales considera la existencia de un incumplimiento.

No obstante a lo anterior, TRANSMETRO S.A. agotará el debido proceso mediante acto administrativo motivado, debidamente notificado personalmente a EL CONCESIONARIO y a la compañía de seguros o al banco que haya avalado el siniestro de incumplimiento. Una vez se surta esta comunicación se aplicará el procedimiento descrito en el numeral anterior” (subrayado añadido).

4.1.2.4. Por último, el numeral 64.3. previó en cuanto al pago de las multas que:

“Las multas serán pagadas por EL CONCESIONARIO mediante deducción de los pagos a cargo de TRANSMETRO S.A. o mediante pago directo si tales pagos exceden de treinta (30) días calendario de la fecha de imposición de la multa”.

4.2. En **oficio TM3-150-694-METRO-09 del 9 de enero de 2010**²⁵, el director de **interventoría** del Contrato de Concesión le informó a Transmetro S.A que en el otrosí núm.3 se había acordado que las estaciones Alfredo Corre de Andreis, Esthercita Forero, Pedro Ramaya, Pacho Galán, Chiquinquirá, La Arenosa, Barrio Abajo, Parque Cultural del Caribe serían entregadas 30 de diciembre de 2009, y la estación Retorno Romelio Martínez sería entregada el día siguiente. Sin embargo, a la fecha, dichas estaciones no habían sido entregadas, por lo que, de conformidad a la cláusula 64 del contrato, procedería a informar a la entidad contratante y al concesionario sobre la existencia del hecho generador de multa.

4.3. Por medio del **oficio 00167 del 28 de enero de 2010**²⁶, el representante legal de **Transmetro** requirió al contratista, Transatlántico, para que rindiera descargos por el incumplimiento en la entrega de las estaciones Alfredo Correa de Andreis, Estercita Forero, Pedro Ramaya, Pacho Galán, Chiquinquirá, La Arenosa, Barrio Abajo y Parque Cultural Caribe en la fecha prevista, de acuerdo con el informe de la firma interventora.

²⁵ Copia simple a folio 235 del cuaderno 1.

²⁶ Copia simple a folio 234 del cuaderno 1.



4.4. El contratista, **Transatlántico**, en **escrito del 4 de febrero de 2010**²⁷, rindió **descargos** por los incumplimientos relacionados en el oficio 00167 de 2010, argumentando que no había incurrido en el incumplimiento que se le imputaba: **(i)** porque Transmetro estaba obligada a entregar los terrenos en los que se iban a iniciar los trabajos de las estaciones y, al no haberlas entregado oportunamente, no había sido posible la entrega de las estaciones en tiempo, ya que se había reducido el tiempo de ejecución, exonerándose así de responsabilidad, según la excepción de contrato no cumplido; y porque, **(ii)** en el *oficio CT-471-T-2009 del 28 de octubre de 2009*, Transatlántico había propuesto la reprogramación de actividades, la cual fue aprobada verbalmente en la reunión realizada en el despacho del Alcalde el 11 de noviembre de 2009, siempre y cuando se cumpliera con la fecha final de entrega de las estaciones, que estaba prevista para el 7 de abril de 2010, sin que ese plazo hubiera sido incumplido.

En este documento, Transatlántico solicitó que fueran tenidas en cuenta las siguientes pruebas: **(i)** el *oficio CT-429-T-2009*, en el que habrían sido enunciadas algunas obras inconclusas a cargo de terceros, que ocasionaron retrasos en el inicio de las obras de las estaciones; **(ii)** el *oficio CT-437-2009*, en el que se habrían reiterado las anteriores situaciones, que configuraban unos riesgos cuya asunción por el contratista sería excesiva e injustificada; **(iii)** el *oficio CT-471-T-2009*, en el que Transatlántico habría propuesto la reprogramación de actividades; y **(iv)** el *oficio CT-475-T-2009*, en el que Transatlántico habría manifestado su interés en entregar “estaciones que se encuentran listas y sólo pendientes de algunos detalles”, sin haber recibido respuesta alguna.

4.5. El **11 de mayo de 2010**, Transmetro, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 y la cláusula 64 del Contrato de Concesión, expidió la **resolución núm. 196**²⁸ (“Resolución 196 de 2010”), en la que resolvió:

“ARTICULO PRIMERO: Declarar que el contratista Transatlántico S.A. ha incumplido con el cronograma de actividades previsto dentro de la ejecución del contrato de concesión No.300-001-07, suscrito entre Transmetro S.A. y Transatlánticos S.A. y, en particular lo estipulado en la Clausula Segunda literal (a) del Otrosí No.3, suscrito el 23 de abril de 2009.

ARTICULO SEGUNDO: Imponer al Concesionario TRANSATLÁNTICO S.A., a título de multa, como consecuencia del incumplimiento declarado, de veinte (20) semanas, multiplicadas por salarios mínimos mensuales legales vigentes por cada semana de retraso en el cronograma previsto en el Contrato de Concesión No.300-001-07 y los documentos que lo integran, de conformidad con lo previsto en la Clausula 64.1 del contrato.

PARAGRAFO: Liquidado el tiempo de incumplimiento desde el 31 de Diciembre de 2009 a la fecha de expedición del presente acto administrativo, el concesionario Transatlántico S.A. debe pagar a favor de Transmetro S.A. la sanción aplicada a cuatro

²⁷ Folios 236 a 250 C.1.

²⁸ Folios 251 a 264 C.1.



semanas de incumplimiento, es decir, la suma de DIEZ MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS (\$10.300.000.00) M/Cte., suma que se ajustará a la fecha de pago y efectivo cumplimiento con la obligación que dio lugar a la multa.

ARTICULO TERCERO: Requerir al Concesionario TRANSATLÁNTICO S.A. para que proceda a pagar la multa en la tesorería de TRANSMETRO S.A. dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, en caso contrario, TASMETRO S.A. procederá a ejecutar la póliza expedida por la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A. presentada por el Concesionario y aprobada como garantía de cumplimiento del Contrato o, en su defecto, procederá con el cobro ejecutivo correspondiente o compensación.

ARTICULO CUARTO: Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución al representante legal de TRANSATLÁNTICO S.A. y a la compañía de Seguros Generales CONDOR S.A. haciéndoles saber que de conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, contra ella procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la diligencia de notificación, en los términos del Código Contencioso Administrativo”.

Con respecto a lo aducido por Transatlántico en sus descargos, Transmetro tomó en consideración que: **(i)** la entrega inoportuna de los predios para la construcción de las estaciones había llevado a la reprogramación de las obras, de manera que el contratista dispusiera del tiempo razonable y necesario para el cabal cumplimiento de sus obligaciones; **(ii)** no existe así una relación causal entre la entrega tardía de los predios y el retraso del contratista, por lo que su argumento resultaba contrario a la buena fe; y **(iii)** no era serio aducir que la contratista había solicitado la entrega de estaciones, ya que existían documentos en los que constaba que las obras no se ajustaban a lo contratado.

4.6. Mediante **oficio del 12 de mayo de 2010** dirigido al representante legal de Transatlántico S.A.²⁹, la secretaria general de Transmetro S.A. citó al contratista para ser notificado del contenido de la Resolución 196 de 2010, advirtiéndole que, si pasados cinco (5) días no se presentaba para la notificación personal, procedería a efectuar la notificación por edicto, el cual sería publicado en la cartelera de la entidad por un término de diez (10) días.

4.7. El **veintidós (22) de junio de dos mil diez (2010)**, Transatlántico S.A. presentó **recurso de reposición**³⁰ con la solicitud de que se revocara la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010, argumentando que: **(i)** Transmetro S.A. no tenía la competencia para imponer multas, puesto que las entidades estatales si bien poseen una potestad para regular los aspectos relativos a la organización administrativa interna, carecen de la facultad para determinar los procedimientos sancionatorios, como sucede en la imposición de multas, la cual solamente se encuentra en cabeza del legislador; **(ii)** teniendo en cuenta que la entidad contratante fundó la imposición de la multa en la cláusula 64 del Contrato de Concesión, en la que se prevé un procedimiento para la imposición de este tipo de sanciones, se desconoció el ordenamiento jurídico y se violó

²⁹ Folio 265 C.1.

³⁰ Folios 266 a 291 C.1.



el debido proceso por parte de la entidad contratante; **(iii)** si bien la Ley 1150 de 2007 facultó a las entidades públicas para hacer efectivas las multas de forma directa, al haberse estipulado que solo el juez del contrato podía imponer este tipo de sanciones, la entidad en el caso concreto se despojó de la facultad prevista por la ley, de manera que no podía expedir la Resolución 196 de 2010; **(iv)** no incurrió en incumplimiento, puesto que el retraso en la entrega de las estaciones se debió a las observaciones planteadas por la interventoría, las cuales consistieron en detalles técnicos que no estaban presentes ni en el catálogo de especificaciones técnicas ni en el contrato; y **(v)** reiteró que no se había podido ejecutar la construcción de algunas estaciones, debido a que la entidad contratante no había entregado los predios, teniendo en cuenta que era una de sus obligaciones, siendo la mora en la entrega de los predios la causa directa de la afectación del cronograma de entrega de las estaciones.

V. CONSIDERACIONES:

5.1. El conocimiento de este asunto le corresponde a la **jurisdicción contencioso-administrativa**, en virtud del artículo 82 del CCA modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006³¹, vigente para la época en que fue presentada la demanda, y del artículo 75 de la Ley 80 de 1993³², ya que se plantea una controversia sobre la legalidad de las resoluciones por medio de las cuales fueron impuestas unas multas en el marco de un contrato de concesión, celebrado por una sociedad por acciones, constituida entre entidades públicas del orden distrital y el Área Metropolitana de Barranquilla, de manera que el capital es 100% público³³.

A su vez, esta Corporación es **competente** en segunda instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en un proceso con vocación de doble instancia por el factor de la cuantía de la demanda, teniendo en cuenta que supera la exigida por el artículo 132.5 del CCA subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998³⁴.

5.2 El numeral 10 del artículo 136 del CCA, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446

³¹ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 82. "La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley."

³² LEY 80 DE 1993. Artículo 75. "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa. [...]"

³³ Folio 353 C.1.

³⁴ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 132 numeral 5. "Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. [Modificado por el artículo 1 del Decreto 2269 de 1987]. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales". Para el 2011, ese tope equivalía a \$267.800.000 según el Decreto 033 del 11 de enero de 2011. En este contexto, dado que el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010 vigente al momento en que se presentó la demanda establecía que la cuantía se determinaba por la suma de las pretensiones las cuales corresponden a las multas impuestas por las resoluciones demandadas, supera tal límite.



de 1998, prevé que en las acciones “*relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*”. En el caso bajo estudio la demanda busca la declaración de nulidad de una serie de resoluciones expedidas por Transmetro, durante la ejecución del Contrato de Concesión, por medio de las cuales le impuso al contratista multas por el incumplimiento de sus obligaciones. Por tanto, se debe empezar a contar el término bienal de caducidad, a partir de la fecha en la que los actos administrativos demandados cobraron firmeza.

Ahora, las pruebas allegadas válida y oportunamente al plenario no dan cuenta cierta de la fecha en que fue notificada al contratista Resolución 196 del 11 de mayo de 2010, en cuya validez se centra la controversia en esta segunda instancia. Consta sí, que, contra esa resolución, la actual demandante interpuso recurso de reposición, que fue presentado el veintidós (22) de junio de dos mil diez (2010)³⁵; fecha ésta que tomará la Sala como aquella en que, conforme a los documentos traídos a este contencioso, Transatlántico tuvo conocimiento del acto que demanda, por lo que se tomará como punto de partida para contabilizar el término bienal de caducidad. Así las cosas, la demanda **fue presentada oportunamente** el veintiocho (28) de octubre de dos mil once (2011).

5.3. Los extremos procesales están **legitimados en la causa** por activa y por pasiva, toda vez que Transmetro S.A. fue la entidad que profirió la decisión impugnada en este asunto, y Transatlántico S.A. fue la destinataria de la resolución por medio de la cual se le impuso una multa derivada del Contrato Concesión³⁶.

Sobre el régimen jurídico del contrato de concesión suscrito por una Empresa Industrial y Comercial del Estado (“EICE”) que tiene por objeto el transporte público masivo de pasajeros

5.4. Transmetro S.A. fue constituida como una sociedad comercial por acciones, posteriormente trasformada en una sociedad por acciones simplificada, bajo la denominación Transmetro S.A.S³⁷, la cual tiene una participación de capital público del 100%³⁸.

5.4.1. En consideración a su naturaleza y a la participación que en su capital accionario tiene el Estado, el régimen jurídico al que se encontraba sometida Transmetro para la fecha en que suscribió el contrato de concesión No.300-001-07 (julio 17 de 2007), es el que prescribía el parágrafo 1 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998³⁹:

³⁵ Aptado. 4.7.

³⁶ Aptado. 4.5.

³⁷ Folio 523 C.1.

³⁸ De acuerdo con lo previsto en el Estatuto Interno de Contratación, disponible en el sitio web <https://www.transmetro.gov.co/gestion-juridica/leyes-ordenanzas-acuerdos-decretos/>

³⁹ El artículo 14 de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007 fijó criterios para la determinación del régimen aplicable a los contratos celebrados por las EICE, así como de las sociedades de economía mixta y de las empresas con participación mayoritaria del Estado, sin embargo, su artículo 33 previó que la Ley 1150 de 2007 empezaría a regir



“ARTÍCULO 38 Ley 489 DE 1998:

(...)

PARÁGRAFO 1 Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado”.

5.4.2. Y en atención a dicha remisión, su régimen contractual se encontraba definido por el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, así:

“Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. “Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”. (Subraya fuera de texto)

5.4.3. Con todo, si para los efectos de la determinación de su régimen jurídico sirviera como referente el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, habría de tomarse en consideración que, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de Tansmetro S.A.S.⁴⁰, su objeto social es el siguiente:

“La sociedad tiene por objeto principal de conformidad con el artículo 2 de la Ley 310 de 1996 o las normas que la modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten, ejercer la titularidad sobre el sistema integrado de transporte masivo de pasajeros (del municipio y/o su área metropolitana), que servirá a los municipios de Barranquilla, Soledad, Malambo, Galapa y Puerto Colombia en el departamento del Atlántico. (y su respectiva área de influencia), respetando la autonomía de [sic] cada municipio tiene para acceder al Sistema Integrado de Transporte Masivo. [...] 1. La ejecución, directamente o a través de terceros, de todas las actividades previas, concomitantes o posteriores, para construir, operar y mantener el Sistema Integrado de Transporte Masivo de Barranquilla, que servirá a los municipios [...]. 2. La construcción y puesta en funcionamiento comprenderá el diseño operacional y la planeación del mismo y todas las obras principales y accesorias necesarias para la administración y operación eficaz y eficiente del servicio de transporte masivo de pasajeros, comprendiendo los mecanismos de información del usuario, las estaciones, los parqueaderos y la construcción y la construcción y adecuación de todas aquellas zonas definitivas como componentes del Sistema Integrado de Transporte Masivo, las cuales podrá realizar directamente o a través de terceros. [...] 5. Aplicar las políticas, las tarifas y adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para asegurar la prestación del servicio a su cargo, de conformidad con los parámetros señalados por la autoridad competente. [...] ACTIVIDADES: En cumplimiento de su objeto social, la sociedad podrá desarrollar las siguientes actividades: [...] 2. Contratar mediante el esquema de concesión, de prestación de servicios o de cualquier otra naturaleza que estime necesaria, la ejecución de cualquier actividad u obra necesaria para el Sistema de Transporte Masivo de Pasajeros; que puedan ejecutarse a través de terceros”.

seis (6) meses después de su promulgación, salvo los artículos 9 y 17, los cuales entraban a regir una vez fuera promulgada la ley, lo cual ocurrió el 16 de julio de 2007.

⁴⁰ Original a folios 523 a 526 del cuaderno 1.



Como puede apreciarse, Transmetro no desarrolla a través de su objeto social actividades de naturaleza industrial o comercial, o de mera gestión económica, que deban sujetarse a las reglas del Derecho Privado para garantía de la igualdad que exige un mercado que el ordenamiento haya querido dejar en libre competencia.

Luego, se reafirma, de esta manera, que sus contratos se gobiernan por la normativa del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

5.5. El contrato de concesión que fue el instrumento que, en concreto, dio origen a la relación en la que surgió el problema que debe resolver esta Sala, responde a la más elaborada técnica de estructuración de relaciones entre el Estado, titular de un servicio -condición que conserva-, y particulares que fungen como sus colaboradores para el desarrollo, total o parcial, de la gestión de dicho servicio, mediante un traslado de funciones que se produce con apoyo en formas propias del derecho público⁴¹. En cuanto tal, ese contrato se encontraba expresamente autorizado por el artículo 4 de la Ley 310 de 1996, credencial que permitió su celebración por parte de Transmetro, entidad que oficiaba como titular y gestora del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Barranquilla con servicios extendidos a otros entes territoriales que forman parte del Área Metropolitana de Barranquilla.

5.6. Ahora bien, en lo que atañe a las atribuciones que puso en ejercicio Transmetro para la toma de las decisiones sobre las que gravita la controversia en el sub lite, esta Subsección, en línea con la jurisprudencia civilista⁴², ha considerado que, de acuerdo con los artículos 1592, 1599 y 1602 del Código Civil, el pacto de cláusulas penales de apremio —como lo son las de multas contractuales— es válido en el derecho común y pueden derivarse consecuencias de ellas mediante *actos contractuales*, mas no a través de manifestaciones de la voluntad con los atributos propios del acto administrativo, que generan efectos jurídicos con carácter ejecutivo y ejecutorio *per se*⁴³ (artículos 64 y 68.1 del CCA; y artículos 99.3 y 297.3 del CPACA).

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 reguló el debido proceso, para declarar el incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal. Pero ni dicha norma ni la Ley 80 de 1993 regularon expresamente la figura de la cláusula penal pecuniaria, que ya era prevista y regulada, desde mucho antes, en los artículos 1592 y siguientes, del Código Civil. Sin embargo, sí determinó claramente el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en su parágrafo⁴⁴, que las entidades podían hacer efectivas las multas por vía coactiva, elemento distintivo del acto administrativo, por ser ajeno al derecho común. Es claro, pues, que la Resolución 192

⁴¹ Garrido falla, Tratado de Derecho Administrativo, Vol II, 7ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 398 y Ss.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 2000, exp. núm. C-4823.

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 20 de febrero de 2017, exp. 56562; y del 5 de agosto de 2020, exp. 45183.

⁴⁴ "Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva".



de 2010, expedida en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007⁴⁵, es así un acto administrativo.

Sobre la prueba del recurso que Transatlántico interpuso contra la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010

En su primera parte, la fundamentación que ha expuesto Transmetro para solicitar la revocación de la sentencia de primera instancia se finca en la alusión a la actuación que habría adelantado esa entidad a efecto de notificar a Transatlántico de la resolución 196 del 11 de mayo de 2010, y de la que no se trajo prueba oportuna a este contencioso. Para respaldo de lo que allí afirmó, pidió decreto de pruebas en esta instancia, en procura de la incorporación de los documentos que dan cuenta de tal actuación, solicitud que fue desestimada por quien fungía a la sazón como magistrada sustanciadora en esta segunda instancia, habida cuenta de que no encontró que aquella satisficiera los presupuestos de ley. En su segunda parte, solicita que se deriven las consecuencias a que hay lugar en función de lo que se encuentra probado en el expediente, vale decir, que se profiera sentencia inhibitoria por cuanto hubo inepta demanda en lo que atañe a la decisión administrativa compleja que habría estado conformada por la Resolución 196 de 2010 y el acto ficto que la confirmó.

Transatlántico, por su lado, con ocasión de sus alegaciones en segunda instancia, sin hacer referencia alguna a la actuación que Transmetro quiso probar extemporáneamente en este proceso, ha reclamado, que se profiera sentencia de conformidad con lo que aparece debidamente probado, para lo cual, afirma, debe tomarse en consideración que el silencio administrativo negativo solo es fuente de una ficción, que en su sentir, no presta mérito para sanear la violación al debido proceso que causa la administración silente.

Pues bien, la Sala abordará el asunto en línea con la solicitud que comparten la recurrente y Transatlántico, esto es, con fundamento en las pruebas que fueron oportuna y debidamente traídas al proceso.

En tal sentido, en este proceso se encuentra acreditado que: (i) el 11 de mayo de 2010, Transmetro profirió la Resolución 196⁴⁶, en la que ordenó notificar personalmente tal decisión tanto a Transatlántico, así como a la compañía de seguros Condor S.A., precisando que contra la resolución procedía el recurso de reposición, que debería interponerse en un plazo de cinco (5) días siguientes a su notificación; (ii) la Secretaria General de Transmetro remitió citación Transatlántico, recibida el 12 de mayo de 2010, con el fin de que acudiera a notificarse personalmente de la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010⁴⁷, previendo que si pasados cinco (5) días esta no se hubiese efectuado, la notificación se realizaría por edicto; (iii) el 22 de junio de 2010, Transatlántico

⁴⁵ Aptado. 4.1.

⁴⁶ Hecho 4.5.

⁴⁷ Hecho 4.6.



presentó recurso de reposición contra la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010⁴⁸; y (iv) no hubo ningún tipo de pronunciamiento frente al recurso interpuesto⁴⁹.

Sobre la consecuencia que el ordenamiento jurídico establece a partir del silencio de la administración

5.7. El derecho administrativo acunó una solución para facilitar el ejercicio de los controles por parte de los administrados que, habiendo puesto en actividad a la administración por medio del ejercicio del derecho de petición, no obtenían de esta respuesta alguna, diferente del silencio. Tal silencio, podía ser entendido, bien como un estado indefinido de irresolución respecto del asunto, o bien, como una respuesta negativa, aunque de imposible control, por cuanto tal resultado, develado merced a una inferencia, carecería de contenido real y cierto; y, en consecuencia, no podía el administrado demandar su revisión en sede administrativa, ni su anulación en sede judicial.

Para remedio de ello, para desbloquear esa situación de indefinición, y/o para facilitar el control a esa respuesta inferida, el derecho administrativo apeló a la ficción, para concebir un tipo de acto administrativo producto, no de la voluntad expresa de la administración, sino de su voluntad presunta o ficta, en principio y siempre de manera general, negativa, en su signo. De esta manera, presentada una petición a la administración, el paso de un tiempo predeterminado en la ley, sin que esta emitiera o profiera respuesta, permitía al peticionario, que así lo tuviere a bien, proceder en procura del o de los controles sobre ese acto ficto negativo⁵⁰, recabar una respuesta, o esperar indefinidamente hasta que esta se diera de manera expresa. Este es el sentido que el artículo 40 del C.C.A. daba al instituto, tanto como el que recibió en el artículo 84 del CPACA.

5.8. El silencio de la administración puede ser observado, no sólo en relación con la petición inicial, sino también frente a los recursos que conforme a la ley procedan en sede administrativa para el control de la decisión que adopte la administración respecto de aquella. Uno y otro tienen tratamiento especial, y se suelen conocer con nombres diferentes: al primer se le llama silencio administrativo sustancial y estaba regulado en el código contencioso administrativo por los artículos 40 y 41; segundo, se le reconoce como silencio administrativo procesal, y estaba regulado por el artículo 60 *ejusdem*.

5.9. Sólo de manera excepcional, en los casos y materias especial y taxativamente determinadas por el legislador, no exclusiva, pero si generalmente, para conjurar los favores que un silencio puede prestar a la corrupción, el silencio da lugar al acto ficto positivo, vale decir, presuntamente favorable a la solicitud del interesado (art. 41

⁴⁸ Hecho. 4.7.

⁴⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. "Artículo 177. [...] Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1 de junio de 2020, exp.47101.



C.C.A.). Desde un punto de vista sistemático, el código contencioso administrativo prescribía el silencio administrativo positivo en el artículo inmediatamente siguiente al artículo 40 en el que reglaba lo concerniente al silencio administrativo sustancial. Nada disponía sobre el silencio administrativo positivo, al menos expresamente, en capítulo III, título II, libro I del código contencioso administrativo, en el que regulaba lo atinente al silencio administrativo procesal. Este, al tenor de lo preceptuado por el artículo 60 del código en comento, ha de entenderse negativo, sin perjuicio de que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, disponga efectos positivos para el silencio procesal en casos especiales. Pero, al margen de esta hermenéutica de sistema, la regla que surge de la normativa en comento es simple: el silencio positivo es la excepción, y se configura solo para cuando la ley lo establezca de manera expresa, para casos especiales. Tal regla aplica tanto para el silencio sustancial como para el procesal.

5.10. Una de las materias en las que la ley ha reconocido signo positivo al silencio, es la contractual pública, ámbito en el que este tratamiento excepcional se justifica en atención a la necesidad de garantizar *“la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”* (artículo 2, Ley 80 de 1993). Así lo prescribió la Ley 80 de 1993 en de su artículo 25.16, bajo el siguiente texto:

“En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley”.

Esta disposición que fue reglamentada por el artículo 15 del Decreto 679 de 1994 que, aunque fue derogado por el Decreto 734 de 2012, es aplicable al caso que ocupa a la Sala, así:

“De conformidad con el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el Contratista en relación, con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el período de la misma, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia durante de los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud”.

La interpretación que de esta normativa ha hecho la Sección tercera de esta corporación en diferentes pronunciamientos suyos⁵¹ ha llevado a establecer que, para que se configure el silencio administrativo positivo en materia contractual, es necesario que se dé cumplimiento a los siguientes requisitos: (1) las solicitudes deben formularse durante la fase de ejecución del contrato; (2), deben ser presentadas por el contratista (3) el silencio no puede usarse para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen procedimiento especial; (4) la petición debe referirse a un

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia del 1 de julio de 2015, exp. 34163; Sentencia de 12 de febrero de 2014, exp.21576; Sentencia del 26 de marzo de 2014, exp.25389.



derecho preexistente del contratista, que requiera tan solo la formalidad o declaración del contratante público; y (5) El peticionario, con su solicitud, debe aportar las pruebas necesarias que permitan deducir la obligación que se está reclamando⁵².

Sobre la demanda en forma cuando se procura el restablecimiento de derechos conculcados por acto administrativo confirmado por acto ficto

En este proceso se demostró que Transatlántico interpuso recurso de reposición contra la Resolución 196 del 11 de mayo de 2010⁵³, mediante escrito radicado el 22 de junio de 2010, en el que solicitó se revocara la decisión⁵⁴. Sin embargo, la entidad no dio respuesta alguna al recurso interpuesto⁵⁵.

El silencio de la administración frente a ese recurso debe entenderse reglado, en sus efectos, por la normativa que para ese entonces regía el procedimiento administrativo general, que era la que se hallaba dispuesta en el código contencioso administrativo, en su artículo 60, pues ninguna reglamentación especial traía la ley 80 de 1993 en relación con el silencio administrativo procesal en materia contractual, que permitiera entender que sus efectos fueren positivos.

Por ende, Transatlántico, en su condición de peticionario recurrente, tenía dos alternativas en relación con esa actitud silente de Transmetro: Continuar a la espera de una respuesta de la administración, incluso, de recabar por vía de insistencia una respuesta expresa; o procurar el control del acto ficto emergente del silencio de la administración, mediante el ejercicio de la acción pertinente para el efecto.

Visto su proceder en este contencioso, ha de concluirse que optó por esta segunda alternativa, protestando, incluso, la ilegalidad del silente proceder de la administración, en cuanto entrañó violación del debido proceso. Sólo que no deprecó la nulidad del acto ficto negativo que generó ese silencio, proceder que justifica en alegaciones de segunda instancia, con referencias al carácter potestativo del recurso de reposición, a la insuficiencia del acto ficto procesal para enervar los efectos propios de la violación al debido proceso que comporta la actitud silente de la administración frente al recurso, y al excesivo rigor formal que entrañaría la derivación de consecuencias de la pretermisión de la demanda del acto ficto.

Dicha justificación no puede tener buen recibo, por las siguientes razones:

Es verdad que el recurso de reposición es facultativo, de modo que el afectado con la decisión en sede administrativa que sólo es pasible de reposición, puede optar, para

⁵² Consejo de Estado, S. de lo C.A., Sección tercera, Sentencia de doce (12) de mayo de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00077-01(37446)

⁵³ Hecho 4.7.

⁵⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. "Artículo 177. [...] Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

⁵⁵ CPC. "Artículo 177. [...] Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".



efectos de su control, bien por recurrirla, o bien por demandar su nulidad y consiguiente restablecimiento jurisdiccionalmente. Sin embargo, también lo es, que una vez opta por una de estas alternativas, el afectado debe guardar coherencia con su decisión. Así, si interpuso el recurso de reposición, y éste fue respondido real o fictamente, cualquier pretensión de obtener restablecimiento de los derechos conculcados por la administración debe estar precedida por el abatimiento de la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo, sin importar que este sea ficto, pues mal puede preferir decisión alguna la jurisdicción, en sentido contrario a los efectos que en virtud del ordenamiento tuvo ese acto, mientras él perviva y continúe cobijado por esa presunción.

Nótese que el ordenamiento ha dado vida al acto ficto a través de una presunción, justamente para que el afectado con la decisión de la administración puede poner en ejercicio el medio de control pertinente, medio que en este caso es justamente aquel que da cauce para que el interesado pueda obtener un restablecimiento de derechos previa anulación del acto. No se trata, entonces, de un excesivo rigor formal, sino de una elemental coherencia con la *ratio legis* del artículo 138 del C.C.A., máxime, cuando el motivo del restablecimiento que deprecia el accionante reside en la violación de la ley procedimental que supone su protesta por la violación del debido proceso.

En consecuencia, la providencia objeto de recurso ha de ser revocada, y en su lugar, la Sala se declarará inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en relación con el único cargo que vino a esta segunda instancia, esto es, el relacionado con la legalidad de la resolución 196 del 11 de mayo de 2010, por cuanto éste no fue el acto definitivo, y no habiendo demandado Transmilenio el acto ficto que lo confirmó, la demanda se revela ineptitud sustantiva.

VI. COSTAS

De acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modifica el artículo 171 del C.C.A., como no se evidenció temeridad ni mala fe de las partes durante el trámite del proceso, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: SE REVOCA la sentencia del treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en esta providencia.



SEGUNDO: INHIBESE de pronunciamiento de fondo por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DEVOLVER el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente


JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado


GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Salvo voto

