

De la violación al principio *non bis in idem* en la aplicación de multas en supuestos donde hay cláusulas de descuento por indicadores de calidad en los contratos estatales

JUAN CARLOS JIMÉNEZ TRIANA¹
DIANA PÉREZ ARANGO²

RESUMEN

La libre configuración del contrato estatal permite que las partes incluyan estipulaciones tendientes a salvaguardar su objeto y fin, tales como las cláusulas

- 1 Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Especialista en Derecho Procesal Civil y en Derecho De Los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Magíster en Derecho de Daños de la Universidad de Girona, Girona, España. Docente investigador de la Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: jcjimenez@ucatolica.edu.co.
- 2 Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Auxiliar de investigación del Grupo Phronesis y del Semillero de Propiedad Intelectual y Derecho Privado de la Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: dcperez66@ucatolica.edu.co. Fecha de recepción: 1.º de marzo de 2018. Fecha de modificación: 25 de abril de 2018. Fecha de aceptación: 28 de mayo de 2018. Para citar el artículo: JIMÉNEZ TRIANA, JUAN CARLOS Y PÉREZ ARANGO, DIANA "De la violación al principio *non bis in idem* en la aplicación de multas en supuestos donde hay cláusulas de descuento por indicadores de calidad en los contratos estatales", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 20, 2018, pp. 241-265. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n20.10>.

de descuentos por indicadores de calidad y de imposición de multas. Es posible pensar que estas dos cláusulas son equiparables al tener una naturaleza sancionatoria. El presente trabajo argumenta que esta equiparación es errada. Mientras que los descuentos por indicadores de calidad buscan mantener el equilibrio entre las prestaciones recíprocas derivadas del contrato, las multas tienen una connotación punitiva frente al incumplimiento por mora en las prestaciones derivadas del mismo. Esta distinción permite concluir que, en los supuestos en los cuales la entidad estatal realice descuentos de calidad por incumplimiento en los indicadores definidos en el contrato, y estos a su vez den lugar a la imposición de multas, no se estaría vulnerando el principio *non bis in idem*.

Palabras clave: Contratos estatales, Cláusulas de descuento en la retribución por indicadores de calidad, Multas, Derecho administrativo sancionatorio, Principio *non bis in idem*.

About the Violation of the Principle *Non Bis In Idem* in the Imposition of Fines in Public Procurements with Clauses of Discount for Quality Indicators

ABSTRACT

The free configuration of public procurements enables the parties to include provisions directed to ensure their completion and performance, such as the discounts for quality indicators and the penalty clauses. Although it is possible to consider these two clauses to have a retributive purpose, the research shows that only penalty clauses are punishing measures. While the discounts for quality indicators clauses are meant to maintain an equitable distribution amongst the rights and duties acquired by the parties, the imposition of fines punishes a delayed or incomplete contract performance. This distinction allows us to conclude that in cases where an agency imposes both a discount and a fine to a contractor who breaches quality indicators standards under the contract, the Administration does not violate the principle of *non bis in idem*.

Keywords: Public Procurement, Discount Quality Indicators Clauses, Penalty Clauses, Breach of Contract, Principle *Non Bis in Idem*.

INTRODUCCIÓN

Cuando se trata de la calidad o prestación de los servicios, la intervención³ del Estado en todas sus formas se hace necesaria y relevante "puesto que uno de los fines del Estado social de derecho es asegurar la primacía del interés general, el cual se ve claramente expresado en la prestación de los servicios públicos en condiciones que garanticen sus principios básicos de eficiencia, continuidad, regularidad, calidad, universalidad y solidaridad"⁴.

Bajo la anterior premisa, cada vez más son los contratos estatales en los que se incluyen los denominados descuentos por indicadores de calidad. Dicha deducción corresponde al desarrollo defectuoso del contratista en la ejecución del objeto del contrato, esto es por debajo de los parámetros definidos en el mismo plexo contractual como mínimos que deben asegurarse en el desarrollo del negocio.

Por su parte, se encuentran las multas como figuras que buscan apremiar al contratista frente al cumplimiento de una obligación morosa y que es susceptible de ser realizada pese al vencimiento de su plazo o condición. Dicho esto, ¿podría válidamente adelantarse un proceso sancionatorio para la imposición de una multa ante una obligación frente a la que se han realizado descuentos por indicadores de calidad?

Pues bien, frente a este planteamiento, corresponde entonces resolver la siguiente pregunta: ¿En virtud del principio de *non bis in idem*, resultan excluyentes los descuentos por indicadores de calidad y las multas definidas en el contrato, cuando una y otra se sustentan en los mismos hechos?

Responder esta cuestión es el tema del presente escrito. Para tales efectos, existen dos tesis antagónicas acerca de la naturaleza de los descuentos por indicadores de calidad en el contrato estatal. La primera considera a este mecanismo como un apremio o sanción frente al incumplimiento de los parámetros del contrato; la segunda sostiene que estos descuentos son de carácter conmutativo resarcitorio, donde las mismas buscan mantener el equilibrio de la prestación y su remuneración.

Conforme a ello, la primera tesis permite sostener que cuando la entidad estatal apremia con multa al contratista por aspectos que de igual manera son tenidos en cuenta dentro de la fórmula de las denominadas cláusulas de descuentos por indicadores de calidad, la cual es una deducción en la remuneración

3 "Los entes reguladores pueden utilizar varios mecanismos para regular las características del servicio y la viabilidad de los prestadores, esto comprenden la publicación de información sobre la calidad y continuidad el establecimiento sistema de responsabilidades y un régimen de penalidad [...] si el servicio es deficiente." LUIS E. AMADOR CABRA, "Modelo de regulación y construcción de indicadores para empresas de servicios públicos", *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 24, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 98.

4 Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, Coordinación de Regulación, Indicadores de calidad en servicios de telecomunicaciones, 2007, pp. 4.

a la que tiene derecho el contratista por la operación, constituye una flagrante violación a una de las garantías establecidas en el artículo 29 de la Constitución y a lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 1 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)⁵.

En lo que respecta a la segunda tesis, de considerarse que el descuento no tiene naturaleza sancionatoria, es coexistente con las multas que se hayan definido en el contrato. Ciertamente, la garantía constitucional del *non bis in idem* requiere que exista identidad en los hechos objeto de investigación y de la misma manera sean sancionados por los mismos fundamentos. Con ello, al considerarse el mencionado descuento que pretende no remunerar aquello que no fue prestado con aseguramiento de la calidad definida en el contrato, no tiene como propósito premiar al contratista a la realización de la prestación debida, lo que sí es el propósito de la multa.

Dicho todo esto, el presente trabajo se articula en dos grandes apartados. En el primero se aborda lo relativo a la libre configuración del contrato estatal y se indaga acerca de la naturaleza de los descuentos por indicadores de calidad y de las multas. Aquí precisa considerarse cuál es la finalidad de las disposiciones contractuales bajo estudio. En el segundo apartado se revisa la existencia de una identidad sancionatoria que impida la imposición de apremio consistente en multa en contra del contratista. Se presentan luego unas conclusiones en las que se hace mención puntual a la respuesta al problema antes anotado. Sostendremos que la coexistencia de estas disposiciones en un mismo caso no configura una violación al principio del *non bis in idem*.

1. LIBRE CONFIGURACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

El contrato estatal⁶ “se ha erigido –desde la práctica administrativa– [como] uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses

5 “Artículo 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. 1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in idem*”.

6 Para Miguel Santiago Marienhoff, “La figura ‘contrato’ pertenece, pues, al derecho en general, y no sólo al derecho privado. De ahí que también se la conciba en el derecho

de orden general⁷, y por tanto, su finalidad está orientada a la protección de los intereses generales y a la prestación de los servicios públicos, para garantizar los fines del Estado⁸. De allí que sea necesario, que su configuración comprenda no solo aquellas estipulaciones que la ley exige para su plena eficacia y validez⁹, sino que también incluya aquellas que le permitan cumplir su cometido. Es decir, si bien se deben incluir aquellas que le corresponden a su esencia y naturaleza, bien pueden las entidades estatales incluir otras tendientes a salvaguardar los intereses del Estado –siempre y cuando se encuentren autorizadas por la ley–, pues no se encuentran atadas a un clausulado limitado o taxativo de los mismos.

Esta facultad se encuentra contemplada en el inciso 3 del artículo 40 de la Ley 80 de 1993^[10], de cuya redacción se infiere que a las entidades estatales les asiste un derecho de libre configuración contractual relativo, que se sustenta

público, 'administrativo' en la especie, si bien en este último supuesto el contrato aparece caracterizado por las respectivas notas propias de este último derecho: desigualdad de las partes; prerrogativas especiales correspondientes a la Administración Pública durante el lapso de ejecución y vigencia del contrato; finalidad propia de la Administración Pública, o sea cumplimiento de fines estatales típicos. Pero a pesar de estas notas especiales, el 'contrato' administrativo stricto sensu –realizado por entes públicos entre sí o entre entes públicos y administrados– es perfectamente concebible". MIGUEL SANTIAGO MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4.ª edición, Buenos Aires: Albedo Perrot, 1998, p. 11.

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2008, exp. 17.009.

8 Es por ello que una concepción del contrato estatal debe "tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado articula, en los términos y condiciones antes mencionados, es decir que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer, como lo hemos expuesto ampliamente, la caracterización privatista de la institución, pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2º constitucional". JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 11.

9 "Siguiendo a los doctores Ospina Fernández y Ospina Acosta, dentro de los elementos del contrato pueden distinguirse aquellos que son necesarios para su existencia de los que son necesarios para su validez. En los primeros se encuentran: el consentimiento, el objeto y la forma solemne; en los segundos: el objeto lícito, la causa lícita, la plenitud de la forma solemne, la capacidad de los contratantes, el consentimiento exento de vicios y la ausencia de lesión". JORGE DUSSÁN H., "Elementos del contrato estatal", *Colecciones Estudios de Derecho*, Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005, p. 107-108.

10 "Artículo 40. Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. [...] En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración".

en el principio de la autonomía de la voluntad y cuyo límite no es otro sino el principio de legalidad.

Principios que lejos de oponerse, se complementan y se fundamentan en el grado significativo de autonomía con el que cuentan las entidades estatales para incluir diversas cláusulas y estipulaciones que "consideren necesarias y convenientes" en los contratos que celebren, siempre y cuando se encuentren en perfecta consonancia con la Constitución, la ley, el orden público, los principios de la función administrativa y, por supuesto, los principios que rigen la contratación estatal.

Nótese cómo el derecho de libre configuración contractual en ningún caso se vuelve absoluto por el solo hecho de sustentarse en el principio de la autonomía de la voluntad¹¹, sino por el contrario, es un derecho regulado y limitado por intereses y fines superiores¹². Cabe precisar que, con la configuración de este derecho se

pretende promover la capacidad de gestión y administración de los servidores públicos para el cumplimiento de los objetivos encomendados a la entidad estatal a su cargo, confiriéndoles así una mayor autonomía, pero en el marco de un estricto régimen de responsabilidad correlativo, porque ya no se trata de un poder estatal ilimitado, sino que también los contratistas tienen derecho a que en el contrato exista un equilibrio¹³.

Pero además de ello, le permite a la entidad estatal "regular aspectos en blanco que la ley ha dejado y que por el hecho de ser la manifestación de acuerdo entre ellos es respetada e igualmente se convierte en obligatoria"¹⁴. Así, puede la entidad incluir cláusulas que le permitan imponer multas en caso de

11 Así pues, el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, tal y como lo concluye Jorge Suescún M., se refleja en varios aspectos a saber: a) la libre determinación antes de abrir licitación o concurso de si se contrata o no; b) la libre escogencia del cocontratante; c) la libre escogencia del contrato que se quiere celebrar; d) la negociación para determinar si se incluyen cláusulas excepcionales en los contratos de suministro y de prestación de servicios; e) la negociación sobre determinados aspectos sobre todo económicos y financieros del contenido del contrato; y f) la negociación de cláusulas penales moratorias y/o compensatorias y fijación de límites monetarios de responsabilidad. JORGE SUESCÚN M., "La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales", *Revista de Derecho Privado*, n.º 16, 1995, p. 57.

12 "La autonomía de la voluntad en la administración puede entenderse como discrecionalidad, ya que es la expresión de la libertad de determinación de la administración, es decir, podría hacer no meramente aquello que la ley expresamente le autoriza, sino todo aquello que la ley no le prohíbe, entendiéndose como que la administración puede usar en su discrecionalidad todo aquello que la ley no ha regulado". DIANA AMAZO PARRADO, "¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, n.º 2, 2007, p. 198.

13 *Ibíd.*, p. 197.

14 *Ibíd.*, p. 202.

incumplimientos, así como para realizar descuentos o deducciones en la retribución, cuando no se cumpla con los indicadores de calidad fijados por la entidad y aceptados por el contratista.

De esta manera, respecto a las multas, se logra armonizar una vez más los principios de legalidad y autonomía de la voluntad, al definir de manera previa las conductas que serán objeto de reproche y evaluación, así como su respectiva sanción, cumpliendo con el principio de legalidad que rige la potestad sancionatoria del Estado¹⁵.

Lo anterior permite justificar la existencia de este derecho de libre configuración contractual¹⁶ en cabeza de las entidades estatales, en la medida que

los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad¹⁷.

Es decir, la entidad estatal no puede olvidar que los contratistas acuden para colaborar con el cumplimiento de los fines estatales, y menos aún, que en las obligaciones a su cargo se encuentra inmerso un fin mayor, que no es otro sino el interés general. Por ello, deben hacer uso de todos los medios y mecanismos que les brindan la ley para evitar vulneraciones y afectaciones graves a los intereses de la sociedad. Si la ley da vía libre para su procedencia, las entidades no deben dudar en aplicarlas, pues solo así lograrían actuar diligentemente en el cumplimiento de sus funciones y el alcance efectivo de los fines contemplados en un Estado social de derecho.

15 Sobre la legalidad de las sanciones en materia contractual, el Consejo de Estado, en sentencia del 13 de noviembre de 2008, consideró que "en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley, pero autorizadas por ella– quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad".

16 Es por ello que puede afirmarse siguiendo a Néstor David Moreno, que tal y como sucede en las relaciones privadas: "Las cláusulas del contrato se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad y garantizan la igualdad de condiciones de los cocontratantes, en el sentido de que reflejan los términos e intenciones establecidos por los mismos, para determinar el contenido y alcance de la relación jurídica originada por sus intereses". NÉSTOR D. OSORIO MORENO, "Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 10, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 106.

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 31 de agosto de 2011, exp. 18.080.

Por tanto, la inclusión de dichas cláusulas (descuentos en la retribución por indicadores de calidad e imposición de multas) no solo cumpliría con el principio de legalidad que rige la Administración pública, sino que también tendría como propósito garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, y así alcanzar los objetivos estatales, desarrollar las funciones que les son propias y la misión que le ha sido confiada. Pero cabe advertir que esta función de garantía se ejerce desde instituciones jurídicas con naturaleza y fines jurídicos totalmente distintos, tal y como se pasa a ver a continuación.

1.1. NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE DESCUENTO EN LA RETRIBUCIÓN POR INDICADORES DE CALIDAD

Una vez aclarado el tema de la libre configuración contractual por parte de las entidades estatales, conviene precisar la naturaleza jurídica de las cláusulas que facultan a las entidades para realizar descuentos o deducciones a la retribución del concesionario cuando no ha cumplido con los indicadores de calidad previamente definidos por las partes; no sin antes referirnos a las asociaciones público privadas y en especial al contrato de concesión, en los cuales estas cláusulas son de común uso.

1.1.1. Asociaciones público privadas, contratos de concesión y el derecho a la retribución

Las cláusulas objeto de estudio en este escrito pueden ser contempladas y comprendidas en el contrato estatal de tracto sucesivo en virtud del cual se espera del contratista la prestación de un servicio o la administración de un bien público. Puede considerarse que son de común inclusión en los contratos de concesión, en la medida que la fórmula que define el parámetro de calidad exigible no es otra cosa que estándares mínimos para la prestación del servicio. En las diversas posibilidades de estipulación de la cláusula en otras formas de contrato estatal, la concesión de administración de bienes públicos o la prestación de servicios y las asociación público privadas (APP)¹⁸ son quizás las

18 De acuerdo al estudio llevado a cabo en 2014 por The Economist Intelligence Unit, denominado *Infrascopio*, en Colombia, a pesar de los avances que han tenido los esquemas APP, se ha tenido un pobre desempeño en la aplicación de la evaluación de los proyectos, y esto ha producido que muchos de los riesgos comerciales sean asumidos por el Estado. Situación que debería analizarse y replantearse, pues "si realmente es el Estado colombiano el que asume los riesgos comerciales de los proyectos APP, el modelo no está siendo beneficioso para el desarrollo de infraestructura y significa que el reparto de riesgos no se aplica de la manera correcta; así, las APP resultarían ser un método inequitativo en la repartición de riesgos y, por lo tanto, generan dudas con respecto a las bondades del esquema". DAVID CRUZ, *Asociaciones público privadas desde la banca multilateral. Implementación en América Latina. Parte II*, Bogotá: Asociación Ambiente y Sociedad, 2016, p. 17.

mejores formas contractuales candidatas para revisar las cláusulas de descuento por indicadores de calidad. Así las cosas, sin necesidad de ser exhaustivo en relación a estas formas contractuales y como referencia, es preciso recordar que de conformidad con el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de concesión se caracteriza porque:

– Implica otorgar a una persona llamada concesionario: a) la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; b) la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; así como c) todas las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio.

– El ejercicio de esas actividades corre por cuenta y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.

– La remuneración puede consistir en derechos, tarifas¹⁹, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Características que implican, a su vez, un deber por parte de la entidad estatal de ejercer un control serio y efectivo sobre las actividades llevadas a cabo por el concesionario, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, y así proteger los intereses generales en juego, los cuales se ven más que comprometidos en este tipo de contratos.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 1508 de 2012, los contratos de concesión²⁰ quedaron comprendidos dentro de los esquemas de asociación público

19 Sobre el particular, resulta de gran valor distinguir entre tasas, tarifas y precios, pues a pesar de utilizarse en la cotidianidad como sinónimos, lo cierto es que guardan diferencias importantes. Así pues, y siguiendo a Fernando Campolieti, la *tarifa* puede comprenderse como aquel conjunto de tasas o precios que retribuyen la prestación del servicio público. Por su parte, la *tasa* o el *precio* se refieren específicamente a la contribución económica a la que cada usuario se encuentra obligado por la prestación del servicio. Sin embargo, advierte el profesor Campolieti que los conceptos de tasa y precio no tienen una naturaleza idéntica, pues: “cuando existe un servicio público que se presta en condición de monopolio legal o natural, seguramente existirá la fijación de una tarifa por parte de la autoridad estatal. En este caso, corresponde la utilización del concepto de tasa para denominar la retribución exigible al usuario. En contrapartida, la idea de precio debe reservarse para aquellos servicios que normalmente se prestan en competencia. Si bien es posible asociar el término precio a la retribución de un servicio público, en su formación intervienen factores de mercado aun cuando la regulación no siempre se encuentre ausente, a diferencia de la tasa, de estricto carácter reglamentario”. FERNANDO CAMPOLIETI, “Los sistemas de retribución de la prestación de los servicios públicos”, en David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera, (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, México: UNAM, 2005, p. 66.

20 “En efecto, la idea de asociación público privada ha sido desarrollada a través de dos tipologías: una denominada contractual y la segunda denominada institucional. Respecto a la primera, la doctrina ha reconocido como típico ejemplo –pero no el único– al contrato de concesión, mientras que para la segunda, la doctrina identifica en la sociedad de economía

privadas²¹, las cuales fueron definidas por el legislador²² como instrumentos a través de los cuales se logra vincular capital privado mediante la suscripción de contratos entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado²³. Su propósito no es otro sino proveer bienes y servicios públicos, bajo un esquema de retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago que se encuentran sujetos a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad²⁴.

Así pues, en todos aquellos contratos cuyo monto de inversión sea superior a 6000 SMMLV²⁵, en los cuales las entidades estatales encarguen a un privado el

mixta su ejemplo más típico". BLANCA J. SEPÚLVEDA F., *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*, Tesis de Maestría, Tunja, Universidad Nacional de Colombia, 2014, p. 3. Si bien, doctrinalmente se ha reconocido la existencia de dos tipos de asociaciones público privadas, la Ley 1502 de 2012, tal y como lo refiere Sepúlveda Figueroa, se ocupó únicamente de la asociación público privada contractual.

- 21 "Artículo 2. Concesiones. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración".
- 22 "Artículo 1. Definición. Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio".
- 23 En todo caso, tanto los proyectos considerados prioritarios por el Gobierno nacional o las entidades territoriales, así como los proyectos de asociación público privada en trámite tanto a nivel nacional y territorial, su estado de desarrollo, y los que han sido rechazados, deben ser registrados en el RUAPP, el cual es administrado por el Departamento Nacional de Planeación. PAULA A. GUARÍN P. y LUIS F. TORRES R., *Todo lo que necesitas saber sobre las asociaciones público privadas de iniciativa privada*, Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2015, p. 50. Disponible en línea <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/AsociacionesPublicasPrivadas.pdf>.
- 24 Para J. Vassallo Magro y R. Izquierdo de Bartolomé, las asociaciones público privadas, o *public-private partnership* (PPP), se fundamentan en cuatro principios: regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos, los cuales implican respectivamente: "(i) existen una serie de bienes y servicios de interés general, que, debido a fallos de mercado (como monopolios naturales, bienes públicos o presencia de externalidades), deben ser supervisados por el sector público; (ii) el sector privado puede contribuir enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos; (iii) necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione lo mejor posible; (iv) la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos. Los principios anteriores se pueden sintetizar en cuatro términos". J. M. VASSALLO MAGRO y R. IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Caracas: CAF, 2010, p. 103.
- 25 "Artículo 3. Parágrafo 1. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) SMMLV".

diseño y construcción de una infraestructura así como sus servicios asociados, o la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento de una infraestructura, que bien puede estar destinada a la prestación de servicios públicos; aquellas se encuentran habilitadas para definir y pactar las condiciones correspondientes a la retribución de la actividad.

1.1.2. El derecho a la retribución y los descuentos proporcionales

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que les asiste un derecho a la retribución, pero no puede perderse de vista que, tal derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, se encuentra condicionado a tres factores que deben evaluarse y medirse en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto²⁶, a saber: a) disponibilidad de la infraestructura, b) cumplimiento de niveles de servicios, y c) cumplimiento de estándares de calidad; los cuales, en el caso de los dos últimos, deben responder a las características de cada proyecto, además de ser específicos, medibles, viables, pertinentes y oportunos²⁷, tal y como lo exige el artículo 6 del Decreto 1467 de 2012. Es decir, los proyectos bajo esquemas de asociación público privadas deberán disponer de la infraestructura necesaria y cumplir no solo con las características de los servicios que serán provistos, sino que además deberán cumplir con las características mínimas inherentes al bien o servicio objeto del contrato.

Independientemente de si se pacta un derecho a la retribución por unidades funcionales²⁸ o por etapas²⁹, o si le reconoce como componente de la retribución

26 De acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, las etapas del proyecto deben ser entendidas como aquellas fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas.

27 Según el artículo 2 del Decreto 1467 de 2012, los niveles de servicio así como los estándares de calidad son específicos cuando reflejan que el indicador de gestión es concreto y preciso; son medibles cuando reflejan que el indicador de gestión es evaluable y cuantificable, y que se refiere a algo observable y real; son oportunos cuando reflejan que el indicador de gestión se mide en el momento apropiado; son pertinentes cuando reflejan que el indicador de gestión es adecuado para cumplir su objetivo; y son viables cuando reflejan que el indicador es susceptible de llevarse a cabo o concretarse.

28 "Artículo 37, párrafo 2. En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada *podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales*, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando: [...] b) El proyecto haya sido estructurado, contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y *la remuneración estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las respectivas unidades funcionales*" (bastardillas fuera del texto).

29 "Artículo 37, párrafo 3. Complementario a lo previsto en el párrafo anterior, en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada *podrá pactarse el derecho a*

al inversionista privado derechos reales sobre inmuebles no requeridos para la prestación del servicio³⁰, o se le entrega una infraestructura existente en condiciones de operación³¹; estos factores deben tenerse en cuenta a la hora de realizar la retribución por la actividad desarrollada. Pero valga aclarar que, en el último caso, es decir, cuando se entrega una infraestructura existente en condiciones de operación, la inclusión de estos factores para determinar el derecho a la retribución del inversionista no resulta obligatoria sino opcional.

En caso de establecerse en el contrato niveles de servicio y estándares de calidad, la ley³² faculta a las entidades estatales para que sean ellas quienes diseñen un esquema de gradualidad, en virtud del cual se efectúen deducciones proporcionales a la retribución, en caso de no encontrarse dentro de los parámetros fijados por la entidad. Pero de igual manera, la ley les da la libertad para establecer dentro del contrato un plazo dentro del cual el concesionario puede restablecer los valores del estándar afectado a los parámetros fijados, y así no aplicar la deducción a la retribución.

Se tiene entonces que las entidades pueden incluir en el contrato las denominadas cláusulas de descuentos a la retribución por indicadores de calidad o nivel de servicio, a las que hemos venido haciendo referencia, cuya redacción en la gran mayoría de los contratos de concesión suscritos³³ es la siguiente:

retribución por etapas, entendiéndose por etapa, cada una de las fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando: [...] d) *La retribución al inversionista privado estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio estándares de calidad*" (bastardillas fuera del texto).

30 "Artículo 37, parágrafo 4. En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública del orden nacional, la entidad estatal competente *podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado.* [...] Adicionalmente, se incluirán en dicha reglamentación las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de dicha explotación económica o enajenación, *condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados*" (bastardillas fuera del texto y aparte subrayado declarado inexecutable en la sentencia C-346-17).

31 "Artículo 37, parágrafo 5. En caso de que en el proyecto de asociación público-privada la entidad estatal *entregue al inversionista privado una infraestructura existente en condiciones de operación*, la entidad estatal *podrá pactar el derecho a la retribución de los costos de operación y mantenimiento de esta infraestructura existente condicionado a su disponibilidad, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad*" (bastardillas fuera del texto).

32 Artículo 8. Mecanismos de deducciones graduales por Niveles de Servicio y Estándares de Calidad.

33 De igual manera, se incluyen los elementos que componen cada indicador tales como: identificador, concepto de medición, frecuencia de medición, unidad de medición, método de medida y valor mínimo de aceptación; así como el tiempo máximo de corrección, es decir, el tiempo que tiene el concesionario para solucionar cualquier evento que resulte inferior al valor mínimo aceptado. Los anteriores términos son definidos por la ANI como sigue: "a) Nombre: Corresponde al nombre del Indicador. b) Identificador: Se refiere al

En el evento en que venza el Tiempo Máximo de Corrección sin que se hubiese presentado el reporte de acción correctiva exitosa, o habiéndose presentado dicho reporte no se demostrare la corrección requerida al Concesionario, el primer mes después del Tiempo Máximo de Corrección se deducirá de la retribución el incumplimiento acumulado desde la fecha en la que el indicador NO cumplió con el valor máximo de aceptación (momento desde el cual comienza a contar el Tiempo Máximo de Corrección) hasta el final del Tiempo Máximo de Corrección. Si persiste dicho incumplimiento y una vez se le haga el descuento acumulado en la retribución, debido a que no se presenta el reporte de acción correctiva exitosa, o habiéndose presentado dicho reporte no se demostrare la corrección requerida, se realizará el descuento en la retribución, hasta que se cumplan con los valores de aceptación del indicador. Si persiste el incumplimiento hasta la próxima frecuencia de medición del indicador, tabla 1, no se dará Tiempo Máximo de Corrección, y se continuará con el descuento en la retribución mensual³⁴.

No obstante, esta facultad no puede ejercerse de conformidad con el artículo 8 del citado Decreto 1467 de 2012, cuando para evitar que se altere la prestación de servicios, el inversionista o concesionario realiza actividades o trabajos preventivos y rutinarios tendientes a lograr un adecuado nivel de operación y mantenimiento de la infraestructura.

Sin perjuicio de lo dicho, la ley es clara en advertir que a las entidades estatales les asiste el deber de definir claramente en el contrato los eventos constitutivos de incumplimiento contractual cuya causa directa sea el no cumplimiento de los estándares fijados para el nivel de servicio y la calidad. Deber que, para efectos de este artículo, resulta de gran valor a la hora de definir la naturaleza jurídica de las cláusulas de descuento a la retribución por indicadores de calidad y las cláusulas de imposición de multas, tema sobre el cual se volverá más adelante.

código con el que se identifica un Indicador. c) Concepto de Medición: Se refiere a las características físicas de la infraestructura o de los Equipos o a las condiciones de Operación que pretenden ser verificadas a través del correspondiente Indicador. d) Frecuencia: Se refiere a la periodicidad mínima con la que el Interventor debe medir cada Indicador. Lo anterior sin perjuicio de la facultad del Interventor y/o ANI de efectuar mediciones y evaluaciones adicionales de cualquiera de los Indicadores. e) Unidad de Medición: Se refiere a la unidad en la que se expresa la medida del Concepto de Medición. f) Método de Medida: Se refiere a la descripción del procedimiento para efectuar la medida del correspondiente Indicador. g) Valor de Aceptación: Corresponde al valor mínimo o máximo que resulta aceptable para cada Indicador. h) Tiempo Máximo de Corrección: Corresponde al término máximo de que dispone el Concesionario para corregir el nivel observado para cualquier Indicador, sin que se afecte el Índice de Cumplimiento". Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 17, del 30 de octubre de 2015. Concedente: Agencia Nacional de Infraestructura, Juncal-Neiva-Aipe, Espinal-Girardot, Apéndice Técnico 4, Indicadores para disponibilidad, calidad y nivel de servicio, p. 4.

34 *Ibíd.*, p. 37.

1.1.3. Finalidad de las cláusulas de descuento a la retribución por indicadores de calidad

De lo dicho, se tiene que el establecimiento de factores relativos a los adecuados niveles de servicio, así como las características mínimas de los bienes y servicios objeto del contrato, buscan adecuar las obligaciones contractuales a estándares mínimos requeridos para salvaguardar los intereses públicos en juego.

De allí que la inclusión de cláusulas de descuento a la retribución por indicadores de calidad tenga como propósito persuadir a los concesionarios a un cumplimiento pleno de sus obligaciones contractuales, pues verán cómo su remuneración³⁵ dependerá y estará sujeta en gran medida al logro de los parámetros exigidos por la entidad estatal. Por tanto, estas cláusulas hacen depender el derecho a la remuneración que le corresponde al concesionario, a un despliegue de actividades por parte de este, tendientes al perfeccionamiento continuo de su actividad.

En ese sentido, Vassallo Magro e Izquierdo de Bartolomé, han considerado que

Si el contrato entre el sector público y el sector privado establece, originalmente, una serie de indicadores de calidad de tal manera que el consorcio privado puede obtener una cierta recompensa por operar la infraestructura mejor, dicho consorcio privado se esmerará en diseñar, construir, mantener y operar la infraestructura correspondiente, de modo que preste el mejor nivel de servicio posible. De ese modo, se consigue alinear los beneficios sociales y los privados³⁶.

Razón por la cual puede afirmarse que este tipo de cláusulas funcionan como mecanismos de persuasión e incentivos idóneos capaces de lograr no sólo un cumplimiento más efectivo y eficiente de las obligaciones a cargo del concesionario,

35 Es por ello que: "uno de los elementos distintivos de los proyectos que se ejecutan bajo esquemas APP, es que sus requerimientos técnicos deben basarse en desempeño y no en especificaciones técnicas de obra, es decir, corresponden a requerimientos de nivel de servicio con base en especificaciones previas e indicadores claves de cumplimiento, sobre los cuales está asociado el pago que recibe el Contratista. El nivel de servicio o estándar de servicio, corresponde a una condición o exigencia que establece o define la autoridad contratante en concordancia con el sector en que se desarrolle el proyecto y las necesidades públicas, y ello es de suma importancia para el éxito de los proyectos, pues los niveles de servicios deben determinarse desde la estructuración del mismo estableciendo así parámetros mínimos a cumplir por parte del contratista. Por su parte, el concepto de calidad de servicio está asociado a la satisfacción de los usuarios, el deber y objetivo público perseguido". CARLOS A. GONZÁLEZ SERNA, "De los avances legislativos en asociaciones público privadas (APP): los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada", *Justicia Juris*, vol. 10, n.º 1, enero-junio de 2014, p. 27.

36 J. M. VASSALLO MAGRO y R. IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, op. cit., p. 109.

sino que además una maximización de los beneficios sociales³⁷; acercándose más bien a una forma para mantener el equilibrio entre las prestaciones recíprocas dispuestas en el contrato. Son pues, cláusulas con una naturaleza jurídica persuasiva tendiente a mantener el equilibrio entre las obligaciones contractuales. No en vano, en Gran Bretaña³⁸, pionera en las *public-private partnerships* (PPP) o asociaciones público privadas, la remuneración al concesionario se da en función de la disponibilidad y calidad de los servicios prestados, por considerar que de esta manera se incentiva al concesionario para fomentar la calidad del servicio prestado.

1.2. NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LAS MULTAS

En lo que respecta a las multas, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, estas están instituidas como medidas de coacción, a través de las cuales se busca conminar al deudor incumplido a satisfacer plenamente su obligación.

Una vez impuestas, nace para el deudor la obligación de pagar una suma de dinero que es distinta a las obligaciones contractuales propiamente dichas; representando así, una carga adicional originada de una situación de mora o incumplimiento parcial, por la que el contratista incumplido debe responder. Así pues, el contratista no solo tendrá que responder por las obligaciones originales nacidas del contrato, sino que además deberá pagar la suma de dinero impuesta a título de multa.

En materia de contratación estatal, tanto la ley como la jurisprudencia han considerado la imposición de multas como una medida cuyo propósito no es otro sino la satisfacción de las necesidades de dirección del contrato estatal y el aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración³⁹. Razón por la cual, en ningún caso puede ser neutral o favorable al contratista,

37 Se ha considerado importante que la definición y diseño de este mecanismo se sujete a un análisis adecuado de las necesidades sociales y los índices de calidad exigidos. Al respecto, se ha señalado: "Con este fin, el mecanismo debe diseñarse de manera que se incentive al concesionario a ofrecer un nivel de servicio óptimo para la colectividad, es decir, maximizar los beneficios sociales. Resulta indispensable establecer, entonces, una correlación entre estos últimos y el índice de calidad". *Ibíd.*, pp. 161-162.

38 "En la actualidad, en las concesiones licitadas en Gran Bretaña, los aportes públicos en concepto de peajes sombra se están estableciendo no en función de los tráficos, sino sobre la base de la disponibilidad y calidad de los servicios prestados, que se estima a partir de determinados indicadores de calidad. Por consiguiente, tiene el carácter de una subvención total al usuario y se trata, en definitiva, de un pago fraccionado y aplazado de la inversión; variable en el tiempo, que incluye los gastos de conservación y que permite la incorporación de incentivos y penalizaciones al concesionario para fomentar la calidad del servicio prestado". *Ibíd.*, p. 87.

39 JOSÉ ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, t. II, 2.ª edición, Madrid: Lustel, 2009, p. 229.

toda vez que tiene su origen en una situación de incumplimiento que lleva implícita una consecuencia desfavorable para él. De no ser así, "la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración"⁴⁰.

Pero cabe advertir que,

de la interpretación conjunta y armónica de los artículos 14 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, la imposición de multas goza de una naturaleza netamente contractual o consensual y en ningún caso puede ser considerada como una potestad excepcional⁴¹ por el simple hecho de reconocerse la posibilidad de su imposición unilateral por parte de la entidad a través de un procedimiento establecido para tal efecto. Por el contrario, con su consagración expresa en la ley y la exigencia de pacto previo para su procedencia, se reafirma una vez más la doble fundamentación de las cláusulas sobre imposición de multas en los contratos estatales a saber: el principio de legalidad y el principio de autonomía de la voluntad⁴².

Sin embargo, independientemente de la esfera jurídica de que se trate, tanto en el derecho privado como en el derecho administrativo, las multas tienen

un carácter preventivo, por lo que deben producirse cuando el incumplimiento del contrato es parcial, no total y definitivo, de manera que están previstas para apremiar [o sancionar]⁴³ al contratista en la ejecución del contrato. Por lo tanto,

40 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2010, exp. 2040.

41 En concepto del ex consejero de estado, Enrique Gil Botero "aunque la Ley 80 de 1993 no contemplaba expresamente la facultad de imponer las multas, la Ley 1150 de 2007 permitió que esta potestad pudiera aplicarse en los contratos celebrados bajo la Ley 80, siempre y cuando las multas se hayan estipulado en el contrato y el respectivo procedimiento de imposición de la multa haya iniciado luego de la entrada en vigencia de la Ley 1150". ENRIQUE GIL BOTERO, *De las prerrogativas del Estado en el marco de la contratación estatal. Herramientas para el correcto ejercicio de la función pública en la contratación estatal*, Bogotá: Auditoría General de la República, 2016, p. 66. Disponible en línea https://www.auditoria.gov.co/Biblioteca_documental/Publicaciones/ECB-Prerogativas_Estado_Contratacion.pdf.

42 DIANA PÉREZ ARANGO, "La imposición de multas en los contratos estatales por los jueces arbitrales", artículo en proceso de revisión desde el 1.º de marzo de 2018 para su eventual publicación en la *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, 2017, p. 24.

43 Sin embargo, resulta importante diferenciarla de la cláusula penal que se pacta dentro de los contratos estatales, en la medida que al distinguirlas se logra acentuar la naturaleza jurídica de las multas, tanto en el derecho privado como en el derecho administrativo. Así pues, no debe perderse de vista que el tratamiento de una y otra tanto en el derecho privado como en el derecho administrativo es distinto, por cuanto, en aquel, la cláusula penal cumple una función eminentemente reparatoria o indemnizatoria y excepcionalmente —cuando las partes lo expresan— una función sancionatoria o de apremio. En cambio, en el derecho administrativo, la cláusula penal tan solo cumple una función indemnizatoria, pues la función de apremio o sanción es satisfecha por la multa.

cuando el siniestro de incumplimiento es de tal gravedad que el contrato no puede seguirse ejecutando, no es procedente su imposición⁴⁴.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado

la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad –figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado–. Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción⁴⁵.

Se tiene entonces que su naturaleza jurídica es netamente apremiante, conminatoria, correctiva o sancionatoria, justificada en “los medios e instrumentos, y que debido a las circunstancias actuales y al creciente surgimiento de funciones a su cargo le han sido otorgadas [a la Administración] desde el ordenamiento jurídico”. En todo caso, las entidades estatales, tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia, deben hacer uso de esta potestad⁴⁶ sin desconocer en ningún caso el derecho al debido proceso y el principio de proporcionalidad que debe permear la imposición de la sanción.

2. INEXISTENCIA DE IDENTIDAD SANCIONATORIA ENTRE UNA CLÁUSULA DE DESCUENTO A LA RETRIBUCIÓN POR INDICADORES DE CALIDAD Y LAS MULTAS DENTRO DEL CONTRATO ESTATAL

De lo expuesto, se observa que las cláusulas de descuento o deducción a la retribución por indicadores de calidad difieren ostensiblemente de las cláusulas sobre imposición de multas, toda vez que las primeras pretenden no reconocer

44 JORGE DUSSÁN H., op. cit., p.199.

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009.

46 “[...] ni las multas, ni la cláusula penal pecuniaria, son potestades excepcionales, pues están excluidas del señalamiento taxativo realizado por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y por ende, aunque pueden ser pactadas en un contrato estatal en desarrollo de la autonomía de la voluntad y por acuerdo entre las partes, no pueden tener el tratamiento, ni producir las consecuencias del ejercicio de la exorbitancia estatal, que concede a quien la ostenta no sólo jurisdicción sino competencia para asumir posición de juez y de parte, exclusivamente en razón del interés general que persigue la entidad pública”. MARÍA T. JARAMILLO P., “Cláusulas excepcionales”, *Revista de Derecho Público*, n.º 17, 2004, p. 103.

aquello que no se realizó en los términos del contrato, y las segundas buscan apremiar al concesionario frente a un incumplimiento de sus obligaciones. Hecha esa distinción, resulta procedente precisar que los contratos sinalagmáticos o bilaterales se fundan bajo el presupuesto de la equidad contractual, lo que significa que existe una reciprocidad en los derechos y las obligaciones de las partes. Más allá de ello, la noción del contrato bilateral encuentra sus raíces en el viejo principio de que nadie puede enriquecerse del patrimonio ajeno sin justa causa.

En virtud de ello, las disposiciones contractuales, tales como el consentimiento al momento de contratar⁴⁷, son garantías que les permiten a las partes tener seguridad de que la otra parte del contrato no aprovechará su situación para obtener ganancias a su costa. Es por ello que los contratos deben ser vistos como genuinos remedios frente al oportunismo contractual, pues buscan evitar que se quiebre el equilibrio del acuerdo.

En ese sentido, el descuento a la retribución por indicadores de calidad no pretende penalizar, lo que busca es evitar que el concesionario reciba su remuneración íntegra aún cuando no ha cumplido con los estándares mínimos del servicio. En otras palabras, se busca evitar un enriquecimiento injustificado por parte del concesionario, pues en todo caso la deducción será resultado directo de un incumplimiento en los parámetros de calidad previstos en el contrato. Una actuación en contrario, es decir, el reconocimiento integral de la remuneración sin descuentos por incumplimiento en los indicadores de calidad, atentaría gravemente contra el interés general que viene inmerso en los contratos estatales. Sería en todo caso, una burla a las necesidades sociales que buscan verse satisfechas con estos contratos, al tiempo que incentivaría el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el concesionario. Además, no es fortuito que la Ley 80 de 1993 en su artículo 40 dispusiera la premisa de la libre configuración del contrato con la incorporación de modalidades y cláusulas que, siendo necesarias y convenientes, pueden ser incluidas por las entidades estatales. En este caso, la incorporación de los descuentos a la retribución por indicadores de calidad tiene como fin no pagar ni reconocerle al concesionario aquello que no prestó en los términos exigidos en el contrato.

47 "Se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el *pacta sunt servanda*, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2011, exp. 14.461.

De esta manera, se entiende que la ley no solo reguló la forma en la cual prestar el servicio se reduce a la simple realización de las actividades necesarias para garantizar la operación, sino que implica, además, que este debe ser de calidad, frente a lo cual se denota el interés general de la contratación estatal. Es por ende claro que los contratos estatales, al ser una modalidad del Estado que busca la realización del interés general, comporte aptitudes o capacidades normativas que en el marco de la Constitución, la ley y el reglamento, persiguen el cumplimiento de fines sociales y económicos. Entre dichas aptitudes o capacidades normativas, las entidades estatales a través de, entre otros instrumentos, normas imperativas de obligatorio cumplimiento entre las partes buscan ajustar los intereses privados propios de los contratos a la finalidad pública que le asiste a este negocio jurídico, a fin de mantener o restablecer el equilibrio entre los intereses en juego, a efectos de promover la competencia, y lo más importante, proteger los derechos de los usuarios. Con ello, los descuentos por indicadores de calidad no tienen una función sancionatoria sino resarcitoria, en el sentido que buscan equilibrar las prestaciones del contrato ante los eventos de incumplimiento de las especificaciones de calidad del servicio definido en el contrato. De esta manera, considerando lo dispuesto en el artículo 1621 del Código Civil, esta interpretación resulta coherente con la producción de los efectos a la que está llamada a producir tal estipulación.

Las cosas en el mundo jurídico, en lo particular, en los contratos, son aquellas que resultan de su naturaleza y no de aquel nombre que reciben de las partes. Con ello, es suficientemente claro que cuando se celebra un contrato en el cual se incluyen cláusulas de descuentos a la retribución por indicadores de calidad, las partes lo aceptan tal cual; y en ese sentido, el concesionario acepta que dichas cláusulas son una forma genuina de evitar el reconocimiento de una remuneración, cuando el servicio no se presta con pleno cumplimiento de los parámetros o estándares de calidad. Se insiste una vez más que ambas figuras son eminentemente distintas. Difieren en su naturaleza, en tanto que una persigue el no reconocimiento de las actividades no realizadas de conformidad con los criterios definidos en el contrato y la otra busca el apremio frente a los casos en los que existe retardo en el cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, el artículo 8 del Decreto 1467 de 2012 configuró el deber que le asiste a las entidades estatales de definir claramente en el contrato los eventos constitutivos de incumplimiento contractual, cuya causa directa sea el no cumplimiento de los estándares fijados para el nivel de servicio y la calidad. Estipulación que debe interpretarse teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las cláusulas de descuentos, así como las cláusulas sobre imposición de multas, a fin de evitar apreciaciones y consideraciones contrarias a su finalidad. Así pues, debe tenerse en cuenta que:

– La ley faculta a las entidades estatales para que fijen en los contratos mecanismos y modalidades de deducción o descuentos a la remuneración del concesionario cuando este no ha alcanzado los parámetros mínimos exigidos

por la entidad, con el objeto de no reconocerle lo que no ha sido cumplido en términos del contrato.

– Al mismo tiempo, la ley las obliga a definir previamente qué situaciones originadas de un incumplimiento en los estándares de calidad constituyen un incumplimiento contractual.

– Tales eventos constitutivos de incumplimiento contractual, siempre y cuando sean incumplimientos parciales, bien pueden ser sancionados vía imposición de multas, a efectos de conminar al concesionario a cumplir cabal y efectivamente con sus obligaciones contractuales.

– Un incumplimiento en los parámetros fijados para los estándares de calidad, bien puede: a) ser objeto de deducciones proporcionales a la retribución del concesionario de conformidad con el procedimiento y mecanismo diseñado por la entidades; así como b) constituirse en motivo suficiente para que el contratista sea conminado o apremiado con multa, conforme al procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Lo anterior quiere decir que, al realizar las deducciones o descuentos a la retribución por indicadores de calidad, no resulta exigible seguir un procedimiento en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que no estamos frente a una cláusula con naturaleza sancionatoria, como sí lo son las cláusulas sobre imposición de multas. En efecto, esta comprensión es compatible con la naturaleza eminentemente resarcitoria de esta estipulación, que busca el equilibrio entre lo efectivamente prestado y la remuneración a favor del concesionario.

De allí que en los supuestos en los cuales la entidad estatal haya descontado de la retribución que por derecho le corresponde al concesionario, ciertos valores por incumplimiento y no satisfacción de los indicadores de calidad; y con posterioridad, le haya impuesto una multa por incumplimientos parciales que de una u otra manera tengan que ver con estos indicadores, no se estaría vulnerando el principio y garantía constitucional del *non bis in idem*⁴⁸, de que trata el artículo 1 del CPACA, que prohíbe sancionar dos veces a una persona por los mismo hechos. En efecto, para que operara la prohibición constitucional

48 Aún cuando la siguiente consideración sobre el principio del *non bis in idem*, se refiere a un proceso penal, resulta procedente en el entendido que en las demás formas de *ius puniendi*, estos elementos deben verificarse a efectos de aceptar o no su vulneración: "Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo opera en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación. La identidad en la persona significa que el sujeto inculpatado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole. La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza. La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos". Corte Constitucional, sentencia C-244 de 1996.

de sancionar dos veces a una persona por los mismos hechos⁴⁹, tanto las cláusulas por descuento a la retribución por indicadores de calidad como las cláusulas de imposición de multas, deberían ostentar la misma naturaleza jurídica, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en sentencia del 29 de noviembre de 2001, en el que consideró que el principio del *non bis in idem*

no implica que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza, como ocurre, por ejemplo, cuando un funcionario público incurre en el delito de peculado, conducta esta que puede dar lugar no solo a una sanción penal, sino también a una disciplinaria (destitución) y a una administrativa (responsabilidad fiscal). Es decir, que la prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza⁵⁰.

Consideración que resulta pertinente toda vez que, tal y como se ha dejado suficientemente ilustrado, no existe identidad sancionatoria entre las cláusulas de descuento a la retribución por indicadores de calidad y las cláusulas de imposición de multas. Las primeras tienen una naturaleza jurídica eminentemente persuasiva tendientes a mantener el equilibrio entre las obligaciones contractuales, y las segundas, ostentan una naturaleza jurídica sancionatoria o apremiante.

Por lo anterior, la respuesta formulada en este escrito será negativa. Ciertamente, el apremio frente al incumplimiento parcial busca apremiar al concesionario a cumplir y a castigar su incumplimiento, mientras que el descuento pretende no reconocer aquello que no se realizó en los términos del contrato. Así pues, si un concesionario ve reducido su derecho a la retribución por no haber alcanzado el parámetro fijado para el estándar de calidad X del bien o servicio objeto del contrato, y a su vez es conminado con multa por haberse dado alguna de las circunstancias fijadas por la entidad como incumplimientos contractuales por incumplimiento en los estándares de calidad, dentro del cual se encuentra el estándar X, no resulta procedente predicar por parte del concesionario una vulneración al principio y garantía constitucional del *non bis in idem*, quien bien podría argumentar que: a) no puede ser sujeto de multa por ese incumplimiento, en vista que ya fue "sancionado" con el descuento aplicado sobre su retribución; o b) del valor total de la multa la entidad debe descontar las deducciones que le fueron aplicadas sobre su retribución.

49 Esta garantía constitucional, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se erige como un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado, y por lo tanto, debe aplicarse y hacerse extensivo a todo el derecho administrativo sancionatorio, sin olvidar que en ningún caso implica la imposibilidad de que unos mismos hechos sean castigados por autoridades de distinto orden; ni tampoco que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2013, exp. 17.615.

50 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2001, exp. 6075.

Se tiene en consecuencia que la entidad bien puede realizar las respectivas deducciones a la retribución siguiendo los lineamientos fijados por ella para tal efecto, y a su vez, imponer la multa siguiendo el procedimiento exigido en la ley. Todo ello, con el fin de salvaguardar los intereses superiores inmersos en el contrato estatal, así como, proteger y garantizar los derechos de los usuarios.

CONCLUSIONES

En los contratos de concesión bajo esquemas de asociaciones público privadas, las entidades estatales se encuentran facultadas para incluir dentro del contrato estipulaciones tendientes a salvaguardar los intereses generales inmersos en este tipo de contratos. De este tipo lo serían las cláusulas de descuento a la retribución por indicadores de calidad y las cláusulas sobre imposición de multas, pues a pesar de ostentar una naturaleza jurídica diametralmente opuesta, tienen como finalidad la salvaguarda, garantía y protección de los intereses sociales de carácter superior. Así pues, se tiene que las cláusulas de descuento fungen como mecanismos de persuasión e incentivos idóneos capaces de lograr no solo un cumplimiento más efectivo y eficiente de las obligaciones a cargo del concesionario, sino que también persiguen una maximización de los beneficios sociales, acercándose más bien a una forma para mantener el equilibrio entre las prestaciones recíprocas dispuestas en el contrato. En pocas palabras, son cláusulas con una naturaleza jurídica persuasiva tendiente a mantener el equilibrio entre las obligaciones contractuales. Por su parte, las cláusulas sobre imposición de multas tienen una naturaleza jurídica sancionatoria, conminatoria o apremiante, toda vez que busca obligar al concesionario a cumplir con sus obligaciones contractuales. Lo anterior permite concluir que no se verá afectado o vulnerado el principio del *non bis in idem* en cabeza del concesionario, cuando le sea aplicado el descuento gradual y proporcional a su retribución por no haber alcanzado los parámetros fijados por la entidad para los estándares de calidad, y posteriormente sea sancionado con multa por hechos que involucran un incumplimiento en el estándar de calidad que propició el descuento. La primera buscará no reconocerle íntegramente su derecho a la retribución por no haber cumplido con los estándares de calidad fijados por la entidad y aceptados por este, y la segunda buscará sancionar el incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AMADOR CABRA, LUIS E. "Modelo de regulación y construcción de indicadores para empresas de servicios públicos", *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 24, Universidad Externado de Colombia, 2008, 95-118.

AMAZO PARRADO, DIANA. "¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, n.º 2, 2007.

CAMPOLIETI, FERNANDO. "Los sistemas de retribución de la prestación de los servicios públicos", en David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera, (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, México: UNAM, 2005, 65-82.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, Coordinación de Regulación. *Indicadores de calidad en servicios de telecomunicaciones*, 2007.

Contrato de Concesión bajo el esquema de APP n.º 17, del 30 de octubre de 2015. Concedente: Agencia Nacional de Infraestructura, Juncal-Neiva-Aipe, Espinal-Girardot, Apéndice Técnico 4, Indicadores para disponibilidad, calidad y nivel de servicio.

CRUZ, DAVID. *Asociaciones público privadas desde la banca multilateral. Implementación en América Latina. Parte II*. Bogotá: Asociación Ambiente y Sociedad, 2016.

DUSSÁN H., JORGE. "Elementos del contrato estatal", en *Colecciones Estudios de Derecho*, Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005.

GIL BOTERO, ENRIQUE. *De las prerrogativas del Estado en el marco de la contratación estatal. Herramientas para el correcto ejercicio de la función pública en la contratación estatal*, Bogotá: Auditoría General de la República, 2016. Disponible en línea https://www.auditoria.gov.co/Biblioteca_documental/Publicaciones/EGB-Prerogativas_Estado_Contratacion.pdf.

GONZÁLEZ SERNA, CARLOS A. "De los avances legislativos en asociaciones público privadas (APP): los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada", *Justicia Juris*, vol. 10, n.º 1, enero-junio de 2014, 21-31.

GUARÍN P., PAULA A., y LUIS F. TORRES R. *Todo lo que necesitas saber sobre las asociaciones público privadas de iniciativa privada*, Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2015. Disponible en línea <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/AsociacionesPublicasPrivadas.pdf>.

JARAMILLO P., MARÍA T. "Cláusulas excepcionales", *Revista de Derecho Público*, n.º 17, 2004.

MARIENHOFF, MIGUEL SANTIAGO. *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4.ª edición, Buenos Aires: Albedo Perrot, 1998.

OSORIO MORENO, NÉSTOR D. "Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿Autonomía de la voluntad o imposición del legislador?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 10, Universidad Externado de Colombia, 2013.

PÉREZ ARANGO, DIANA. "La imposición de multas en los contratos estatales por los jueces arbitrales", artículo en proceso de revisión desde el 1.º de marzo de 2018 para su eventual publicación en la *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, 2017.

SANTAMARÍA PASTOR, JOSÉ ALFONSO. *Principios de derecho administrativo general*, t. II, 2.ª edición, Madrid: Iustel, 2009.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, 2009.

SEPÚLVEDA F., BLANCA J. *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*, Tesis de Maestría, Tunja, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

SUESCÚN M., JORGE, "La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales", *Revista de Derecho Privado*, n.º 16, 1995.

VASSALLO MAGRO, J. M., y R. IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ. *Infraestructura pública y participación privada. Conceptos y experiencias en América y España*, Caracas: CAF, 2010.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, sentencia C-244 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 29 de noviembre de 2001, exp. 6075, Actor: Autos y Camiones de Colombia S. A.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 13 de noviembre de 2008, Radicado: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), Actor: Clavijo Delgado Ingenieros Civiles Asociados Ltda. Demandado: Área Metropolitana de Bucaramanga.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 29 de noviembre de 2010, Radicado: 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040), Actor: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Multas en contratos estatales. Imposibilidad de recibir su pago en servicios.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 25 de agosto de 2011, exp. 14.461.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, Radicado: 25000-23-26-000-1997-04390-0 1 (18080), Actor: Pavicon Ltda. Demandado: Departamento de Cundinamarca.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 28 de febrero de 2013, Radicado: 25000-23-24-000-2004-00311-01(17615), Actor: Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa. Demandado: Superintendencia Financiera.