**ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL - Entidades descentralizadas - Aplicación**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 144 del Decreto 1421 de 1993, contentivo del estatuto del distrito capital, las normas del estatuto general de contratación pública, se aplicarán en el distrito y sus entidades descentralizadas, en todo aquello que no esté expresamente regulado en tal estatuto.

**CONTRATO DE CONCESIÓN - Objeto**

La Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 32 define, entre otros, el contrato de concesión, como aquel que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

**PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL - Principios de transparencia, economía y responsabilidad - Actuación contractual - Partícipes**

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa y que las mismas están sometidas a los principios del derecho administrativo; a su paso, el artículo 77 *ibídem,* dispone que en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios del estatuto de contratación estatal, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales y que los actos administrativos que se profieran con motivo de la actividad contractual, serán susceptibles del recurso de reposición y de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

**ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Autotutela declarativa**

En el ámbito de la actividad contractual, como en cualquiera otra en la que se desenvuelvan las entidades estatales, éstas ostentan, como manifestación del *ius imperium* dentro del estado social de derecho*,* la potestad de autotutela declarativa, que consiste, básicamente, en el poder que ellas tienen de expedir, en ejercicio de la función administrativa, decisiones unilaterales, obligatorias por sí mismas, que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas bien sea de carácter general o de carácter particular y concreto, es decir, la facultad de proferir actos administrativos.

**ACTOS ADMINISTRATIVOS - Ejecución - Código Contencioso Administrativo – Presunción de legalidad de los actos administrativos**

Como rezan los artículos 64 y 66 del Decreto 01 de 1984, salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento y su firmeza es necesaria para la ejecución contra la voluntad de los interesados. Además, los actos administrativos serán obligatorios, mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto significa que el acto administrativo está investido de la presunción de legalidad y una vez en firme, es ejecutivo y ejecutorio, es decir obligatorio por sí mismo, sin necesidad de una refrendación judicial o de otra naturaleza y pasible de ser ejecutado directamente por la administración, que podrá imponer su cumplimiento, aún en forma coercitiva.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Declaratoria de incumplimiento - Decreto 222 de 1983 - Ley 80 de 1993**

Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, para la época en que se suscribió ese otrosí, la ley no les atribuía competencia a las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato, pues sólo contaban con la facultad excepcional de declarar su caducidad, con las consecuencias que de ello se derivaran, como podía ser la orden de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que se hubiera pactado por las partes en el contrato. (…) a la luz de las disposiciones del anterior estatuto de contratación, Decreto-ley 222 de 1983, dicha potestad sí estaba consagrada en forma expresa a favor de las entidades, quienes una vez vencido el contrato, si no se había declarado su caducidad, podían proceder a declarar su incumplimiento, para los solos efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Así se deducía de lo dispuesto en el artículo 72 de dicho estatuto, que al referirse a esta sanción, considerada por la norma como el pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante, dispuso que debía estipularse en todo contrato que no fuera de empréstito y que se haría efectiva directamente por la entidad, *“(…) en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento”.* Una vez expedida la Ley 80 de 1993, si bien en principio se consideró que las entidades estatales conservaban la potestad de imponer multas y declarar el incumplimiento contractual para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en forma unilateral, a través de la expedición de actos administrativos, posteriormente se hizo un nuevo análisis normativo y comparativo entre el anterior estatuto de contratación y el contenido en la Ley 80, (…) Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado , sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general.

**FACULTADES EXCEPCIONALES - Ley 1150 de 2007**

Esta falta de competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato con miras a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria así como para imponer unilateralmente las multas que hubieren sido pactadas, cambió con ocasión de la expedición de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, que en su artículo 17. (…) en el parágrafo transitorio se les imprimió un efecto retrospectivo a las facultades creadas por la norma, “el cual no puede entenderse como una legalización a posteriori de decisiones que se hubieran tomado con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, sino como la consagración de la posibilidad, después de su entrada en vigencia, de expedir actos administrativos imponiendo multas o declarando el incumplimiento en la forma prevista en la norma, en aquellos contratos que se estuvieran ejecutando al momento de entrar ésta a regir y que contemplaran cláusulas de multas y penal pecuniaria en las que se hubiera estipulado que la entidad podía imponerlas y hacerlas efectivas, respectivamente, a través de decisiones unilaterales.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00009-01(34800)**

**Actor: FONDATT-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ D.C.**

**Demandado: JAIME ORLANDO LAFAURIE VEGA Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - SENTENCIA**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 19 de septiembre de 2007, la cual será revocada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

El FONDATT celebró con Jaime Hernando Lafaurie Vega un contrato de concesión para la prestación del servicio de patios de los vehículos inmovilizados por la Secretaría de Tránsito y Transporte del distrito capital, en el que se pactó la realización del remate de aquellos automotores que llevaran más de 5 años en los patios. La entidad concedente declaró mediante acto administrativo el incumplimiento contractual del concesionario, por impedir la realización de las diligencias tendientes a materializar las ventas forzadas, pero demandó ante esta jurisdicción, pidiendo que se declarara dicho incumplimiento y que se condenara al demandado a indemnizar los perjuicios, que adujo que se produjeron en un monto superior al de la cláusula penal pecuniaria, cuya efectividad ordenó en el mencionado acto.

# ANTECEDENTES

**I. Lo que se demanda**

1. El 30 de noviembre de 2004, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del C.C.A, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C., en representación del Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT[[1]](#footnote-1), presentó demanda en contra de Jaime Hernando Lafaurie Vega, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 2 y 12, c. 1):

* *Declarar, que el Señor JAIME LAFAURIE VEGA, incumplió el Contrato 093 de 1996, al no adelantar y/o permitir tal y como lo expresa el OTROSI de 31 de Julio de 1997 del mismo acuerdo de voluntades, el remate de los vehículos que han permanecido en los patios de la concesión durante un tiempo superior a cinco (5) años, tal y como igualmente quedó previsto en el pliego de condiciones, el cual forma parte integral del mismo y que al respecto dice “El prometiente adjudicatario de la Licitación deberá máximo dentro de los noventa días siguientes a la firma de iniciación presentar un programa para el remate de los vehículos depositados entregados para su administración, que tengan más de cinco años (5) en ellos con el fin de descongestionar, realizar la utilización de los mismos.*
* *Condenar, como consecuencia de lo anterior al demandado JAIME LAFAURIE VEGA, al pago de OCHO MIL MILLONES DE PESOS ($8.000.000.000) Mcte, o la suma que resulte acreditada dentro del proceso, por concepto de perjuicios causados por la no realización de los remates de vehículos encontrados en la situación descrita en la pretensión primera, dado que estos dineros dejaron de ingresar a las arcas del Fondo de Educación y Seguridad Vial –FONDATT-, afectando en forma desfavorable para éste el equilibrio de la ecuación contractual.*
* *Ordenar la actualización de la suma de dinero a la cual sea condenado el demandado, en los términos consignados en los artículos 177 y 178 del código contencioso administrativo.*
* *Condenar en costas al demandado.*

2. Como fundamento de sus pretensiones, la demandante sostuvo que el 31 de octubre de 1996 suscribió con el demandado un contrato de concesión por el cual se comprometió a explotar por su cuenta y riesgo el servicio de patios (garajes) que presta la Secretaría y a administrar los patios que usufructuaba el FONDATT, a las tarifas oficiales fijadas por esta entidad.

2.1. En cumplimiento de lo dispuesto en el pliego de condiciones, en cuanto a que el adjudicatario debía, máximo dentro de los 90 días siguientes a la firma del acta de iniciación del contrato, presentar un programa para el remate de los vehículos depositados y entregados para su administración que tuvieran más de 5 años en los patios de la concesión, con el fin de descongestionarlos y racionalizar su utilización, estableciendo que de los ingresos obtenidos de tales remates sería el 60% para el concesionario –que correría con todos los gastos- y el 40% para el FONDATT-Secretaría de Tránsito y Transporte, las partes aclararon el contrato mediante otrosí del 31 de diciembre de 1997, en el que expresamente pactaron la obligación del concesionario de efectuar los remates asumiendo los gastos de los mismos, pero que se efectuarían por la oferta más favorable presentada en sobre cerrado y en diligencia a efectuar en la Secretaría de Tránsito y se pactó el porcentaje del valor del remate que le sería entregado a la entidad.

2.2. A pesar de la referida obligación, el concesionario con su conducta hizo imposible la realización de los remates, pues negó siempre el ingreso a los patios, a todas las personas que estaban autorizadas para llevar a cabo los trámites referentes a la realización de los mismos, así como de los interesados en los lotes a rematar. En consecuencia, privó al FONDATT de la posibilidad de recaudar los dineros que adeudan terceros y le causó los perjuicios cuya indemnización reclama en el *sub-lite.*

**II. Actuación procesal**

3. Admitida mediante auto del 6 de julio de 2005, fue debidamente notificada al demandado, que presentó **contestación de la demanda,** en la cual se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento legal y contractual (f. 19, 71 y 186 c. 1).

3.1. Sostuvo que la entidad le entregó en administración 3 patios que no eran de su propiedad y que debieron ser devueltos a sus dueños y que en ellos había cerca de 3 500 vehículos que de ser llevados a terrenos del concesionario generarían grave problema de espacio, razón por la cual se suscribió el otrosí n.o 2 del 31 de diciembre de 1997, relacionado con el remate de esos rodantes. A pesar de que la diligencia debía llevarse a cabo respecto de los vehículos que se hallaban en los patios cuando se celebró el contrato, la entidad profirió varios actos administrativos –Resoluciones 111 del 5 de junio y 163 del 17 de julio de 1998- cambiando el alcance de esa obligación, rebajando de 5 a 3 años el tiempo de permanencia de los vehículos en los patios.

3.2. Afirmó que el FONDATT no tenía competencia para expropiar vehículos y rematarlos, a pesar de lo cual siguió haciéndolo con base en las referidas resoluciones; en 2002, la Ley 769 dispuso esta facultad, defiriendo al Ministerio de Transporte la expedición del procedimiento para ejercerla, por lo que el director de la entidad demandante, ilegalmente, expidió la Resolución 960 del 20 de febrero de 2003, en la cual derogó las resoluciones distritales anteriores y reglamentó el procedimiento al que alude la referida Ley 769 -función que le correspondía al mencionado ministerio-, para hacer los remates de los que se queja que el demandado interfirió y le causó perjuicios, determinando que serían efectuados por el martillo del Banco Popular.

3.3. Sostuvo que el acto administrativo mencionado *“no tiene el alcance legal que se le quiere dar, pues no puede un funcionario sin tener las facultades necesarias, sin actuar como autoridad, proceder a desarrollar actividades aún parapetándose en la presunción de legalidad para justificar sus dilates y atropellos”.* Agregó que se pretendió inducir al contratista a realizar prácticas ilegales, dejando de lado además, que mediante otrosí del 30 de julio de 2002 se acordó que todos los vehículos con permanencia en los patios de más de 3 meses ingresarían a la jurisdicción coactiva, por lo que se demandó el artículo 128 de la Ley 769 de 2002 y la Corte, en sentencia C-474 de 2005, lo declaró inconstitucional, por lo que *“a través de la figura del decaimiento del acto administrativo, dejó sin efecto la mencionada resolución”.*

3.4. En virtud de lo anterior, el demandado hizo uso del artículo 4 de la Constitución Política y aplicó la excepción de inconstitucionalidad, no para oponerse a que la entidad hiciera remates, sino *“para que la entidad no lo indujera a realizar actos ilegales y proscritos por la ley”* y por ello le solicitó a la entidad en reiteradas ocasiones, que procediera a retirar los vehículos que estuvieran en los parqueaderos del concesionario y que pretendiera rematar, para que los llevara a un patio único de la entidad, e hiciera con ellos lo que a bien tuviera, pero el FONDATT se negó a hacerlo, hasta la firma del otrosí del 27 de octubre de 2003, en el que se acordó la entrega anticipada de los rodantes depositados en los patios de la concesión y *“como instancia propia de la terminación del contrato y con el fin de realizar la posterior liquidación del mismo”,* se dispuso la liquidación de la prestación del servicio sobre éstos, para que el FONDATT procediera al pago respectivo en los términos contractuales.

3.5. A pesar de que la entidad elaboró un proyecto de acta de liquidación bilateral, en la que quedó plasmado el desarrollo del contrato y el saldo a favor del contratista, al producirse el cambio de administración, se resolvió i) declarar el incumplimiento contractual del concesionario por no haber permitido la realización de los remates, cuando este tema ya se había superado y ordenar hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, mediante la Resolución 160 de 2004; ii) procedió a liquidar unilateralmente el contrato a través de la Resolución 101 del 15 de marzo de 2005 y a descontar en ésta, a su favor, la suma de $ 8 228 050 311,oo y iii) en seguida presentó la demanda en el presente proceso.

3.6. Agregó que la demandante no probó haber sufrido perjuicios por algún incumplimiento contractual de la demandada, ya que no se demuestra que los vehículos dejados de rematar fueran de su propiedad ni por qué razón se le debe reconocer ese lucro cesante o el daño emergente que funda en el valor de tales vehículos, en un promedio de 3 millones de pesos por cada uno.

3.7. El demandado propuso la excepción de ineptitud de la demanda por no cumplir los requisitos formales, pues no señaló que la entidad liquidó unilateralmente el contrato mediante la Resolución 101 de 2005, confirmada por la Resolución 1032 del mismo año, en la que se definieron las cuentas del contrato. Además, para llegar a la solicitud de perjuicios, en las pretensiones se debe solicitar que se declare el incumplimiento del contrato, para que probado, prospere aquella. Por otra parte, están los actos de declaratoria de incumplimiento, por lo que no son procedentes las pretensiones que se alejan de éstos, que gozan de la presunción de legalidad y están en firme y generando plenos efectos.

4. En **sentencia** proferida el 19 de septiembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidió negar las pretensiones, por cuanto consideró que era improcedente un pronunciamiento judicial sobre el incumplimiento contractual del demandado, cuando el mismo ya había sido declarado por la entidad contratante a través de un acto administrativo que se hallaba ejecutoriado y en el que se ordenó la efectividad de la cláusula penal pactada en el contrato; si la entidad pretendía un reconocimiento por concepto de perjuicios superior al monto de la misma, que fue de $ 92 412 973, debió demostrarlos en el proceso y ello no sucedió. Concluyó que los actos administrativos que declararon el incumplimiento contractual y liquidaron unilateralmente el contrato se presumen legales y la única vía para cuestionar dicha legalidad, era mediante su impugnación (f. 267 a 272 vto., c. ppl.).

5. Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso **recurso de apelación,** en el cual pidió la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que en su lugar se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda. En sustento de su petición, reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso, en relación con el incumplimiento en el que incurrió el demandado respecto de las obligaciones contractuales derivadas para él del otrosí del 31 de julio de 1997 al contrato de concesión 093 de 1996, en cuanto no adelantó e impidió que la entidad adelantara el proceso de remate de los vehículos con más de 5 años de permanencia en los patios de la concesión, ocasionando con ello perjuicios a la entidad por valor de ocho mil millones de pesos, resultantes de multiplicar el número de vehículos en tales condiciones: 1886, por el valor en promedio de cada uno de ellos: $ 3 000 000, lo que da un total de $ 4 560 000 000, más $ 3 440 000 000 a título de lucro cesante, que equivale al rendimiento que la suma citada habría producido durante la ejecución del contrato 093. Se refirió a las resoluciones mediante las cuales la entidad declaró el incumplimiento del contrato y ordenó la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, afirmando que fueron demandadas por el concesionario[[2]](#footnote-2), pero que no desvirtuaban las pretensiones del presente proceso, pues lo que se buscaba aquí era la indemnización de perjuicios sufrida por la entidad y que fueron muy superiores al monto de la referida cláusula penal (f. 275 y 282, c. ppl.).

6. En la oportunidad para presentar **alegatos de conclusión** en esta instancia, intervino la entidad demandante, para reiterar los argumentos expuestos a lo largo del proceso y especialmente en su recurso de apelación, sobre la obligatoriedad del contrato celebrado por las partes y la clara obstrucción del contratista al impedir los remates de los 1860 vehículos que se hallaban a cargo de la concesión y afectar de esta manera el patrimonio del FONDATT (f. 420, c. ppl).

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia**

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 2 de octubre de 2007, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 129 –modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998- y 132 –modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998- del CCA y el artículo 164 de la Ley 446 de 1998, puesto que la cuantía de las pretensiones asciende a $ 8 000 000 000, suma que para la fecha de presentación de la demanda -30 de noviembre de 2004- superaba el monto establecido en la ley para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación[[3]](#footnote-3) (f. 10, c. 1).

**II. Hechos probados**

8. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis[[4]](#footnote-4):

8.1. El Fondo de Educación y Seguridad Vial de Bogotá FONDATT, abrió la Licitación Pública n.o 14 de julio de 1996, cuyo objeto fue la concesión del servicio de patios (garajes) que presta la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá D.C. y la administración de los patios usufructuados por la entidad (patio n.o 5, patio n.o 3 y patio terminal de transportes), por lo que *“el concesionario se obliga por su cuenta y riesgo a explotar en óptimas condiciones, a las tarifas oficiales fijadas por el FONDATT-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, el servicio de patios que presta la entidad, recibir en el lugar y estado en que se encuentran los patios usufructuados por la entidad con los vehículos en ellos depositados, realizar las gestiones necesarias para la recuperación de estas sedes y administrar su operación en condiciones normales de tiempo y uso, sin que el FONDATT tenga que desembolsar suma alguna para su mantenimiento u operación”* (f. 108, c. 2).

8.2. El 31 de octubre de 1996, el Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT celebró el contrato de concesión de los servicios de patios n.o 0093 con el señor Jaime Hernando Lafaurie Vega, con una duración de 5 años a partir de la entrega de los inmuebles, en el que se pactaron, entre otras, las cláusulas de interventoría, cesión, garantía única, derechos y deberes de las partes, inhabilidades e incompatibilidades, multas, cláusulas excepcionales –arts. 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993-, indemnidad, imprevistos y gastos, del cual se destacan las siguientes estipulaciones:

*PRIMERA.- OBJETO: El CONCESIONARIO se obliga para con el FONDATT a explotar por su cuenta y riesgo el servicio de patios (garajes) que presta la Secretaría de Tránsito y Transporte y administrar los patios que usufructúa el FONDATT-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, a las tarifas oficiales fijadas por el FONDATT-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE.*

*SEGUNDA.- OBLIGACIONES: A) DEL FONDATT: El FONDATT se compromete para con el CONCESIONARIO a: 1) Entregar mediante acta en el lugar y con los vehículos que en ellos se encuentran, los patios que usufructúa la entidad. 2) Suministrar la información que el CONCESIONARIO requiera para la explotación del servicio de PATIOS que presta la Secretaría de Tránsito y Transporte. 3) Determinar las tarifas correspondientes al servicio de patios e informar las modificaciones de las mismas. 4) Las demás que se deriven del presente contrato. B) DEL CONCESIONARIO: EL CONCESIONARIO se obliga para con el FONDATT a: 1) Realizar por su cuenta y riesgo los gastos necesarios para poner en condiciones óptimas de funcionamiento, tanto de pavimentación, señalización, demarcación y cerramiento de los patios entregados para su administración. 2) Explotar por su cuenta y riesgo, con carácter de exclusividad y a las tarifas oficiales fijadas por el FONDATT-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, el servicio de patios (garajes) que presta la Secretaría de Tránsito y Transporte. 3) Emplear por su cuenta y riesgo todos los mecanismos necesarios para velar por la máxima seguridad de los vehículos depositados y que se depositen en los patios vinculados al programa. 3) Contratar por su cuenta y riesgo el personal (…). 5) Suministrar informes bimensuales a la Interventoría (…). 6) Presentar ante la Contraloría Distrital las correspondientes cuentas trimestrales derivadas del manejo de dineros públicos. 7) Suministrar por su cuenta y riesgo a los trabajadores carné de identificación (…). 8) Asumir los gastos de operación que demande el desarrollo de la concesión. 9) Asumir los gastos generales que demande el desarrollo de la concesión, tales como servicios públicos, compra de bienes muebles y reposición de los mismos, salarios (…). 10) De la reversión, al finalizar el contrato EL CONCESIONARIO se obliga a entregar al FONDATT y a restituir los patios entregados para su administración, que los mismos pasan a propiedad del FONDATT, al igual que las mejoras locativas realizadas por su cuenta y riesgo. 11) Dejar indemne al FONDATT por cualquier obligación de carácter civil o laboral (…). 12) Garantizar al FONDATT y a la SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE la prestación de un eficiente servicio de patios para los vehículos que la Secretaría inmoviliza en el cumplimiento de las funciones como autoridad de tránsito. 13) Las demás que surjan con ocasión de este contrato.*

*TERCERA.- REMUNERACIÓN AL FONDATT: El CONCESIONARIO cancelará al FONDATT una remuneración establecida así: a) diez por ciento (10%) por concepto de administración de los patios del FONDATT; b) veinticinco por ciento (25%) por explotación de la concesión en los patios del FONDATT y c) veinte por ciento (20%) por la explotación de la concesión en los patios del CONCESIONARIO. PARÁGRAFO.- Para el manejo de las participaciones del FONDATT el CONCESIONARIO se compromete a constituir una fiducia en FIDUCRÉDITO, Fiduciaria de Crédito S.A., a nombre de “Jaime Hernando Lafaurie Vega participación de la concesión y administración de los patios del FONDATT”. La fiduciaria* (sic) *se alimentará con las liquidaciones diarias, que se capten en los patios correspondientes a la participación del FONDATT y reembolsará directamente en los cinco primeros días de cada mes el valor acordado en el acta de liquidación suscrita entre las partes, incluyendo los rendimientos financieros producto de las liquidaciones diarias.*

8.3. El 30 de julio de 1997, las partes suscribieron un otrosí al contrato, mediante el cual i) se suprimió la obligación del concesionario de presentar las cuentas trimestrales ante la Contraloría Distrital, ii) se acordó que algunos vehículos de la Policía Nacional estaban exentos del cobro del servicio de parqueo, así como los vehículos del FONDATT y de la Secretaría de Tránsito y Transporte y iii) se estableció que a partir del 1º de agosto de 1997, el concesionario podía celebrar contrato de arrendamiento con la sociedad Terminal de Transportes S.A., para el funcionamiento del patio ubicado en esos terrenos (f. 98, c. 2).

8.4. El 31 de diciembre de 1997 se suscribió el otrosí n.o 2, en el cual las partes acordaron (f. 96, c. 2):

*(…) por medio del presente OTROSÍ aclaramos el contrato 093 de 1996 respecto a la parte de los remates de los vehículos que han permanecido en los patios de la concesión durante más del tiempo establecido legalmente, punto que aunque no se contempla en el contrato a él se hace referencia en el pliego de condiciones, el cual forma parte integral del mismo y que al respecto dice: “El proponente adjudicatario de la licitación deberá máximo dentro de los 90 días siguientes a la firma del acta de iniciación presentar un programa para el remate de los vehículos depositados entregados para su administración, que tengan más de cinco años en ellos con el fin de descongestionar y racionalizar la utilización de los mismos. Los ingresos obtenidos de estos remates serán un 60% para el concesionario, quien correrá con todos los gastos necesarios para su realización y un 40% para el FONDATT-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE”. Las partes contratantes (…) manifiestan que es su voluntad que los remates se efectúen por cuenta del concesionario, quien correrá con todos los gastos del mismo, pero que se efectuará por la oferta más favorable presentada en sobre cerrado y en diligencia a efectuar en la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá en donde los ingresos que se reciban por este concepto se distribuirán de acuerdo al monto adeudado a las partes contratantes. Es decir, se establecerá el monto del valor de cada vehículo a rematar y así se distribuirá el porcentaje de participación de cada una de las partes, considerando el tiempo antes de la concesión y el tiempo que dure el vehículo dentro de los patios de la concesión que entregó la Secretaría y los que aportó el concesionario. Para los vehículos que se rematen y que hayan ingresado a los patios con posterioridad al 19 de noviembre de 1996, se acogerá el porcentaje asignado en la propuesta al patio, considerando si es patio de la Secretaría (35%) o aportado por el concesionario (20%). Igualmente, los vehículos que hayan ingresado por resoluciones de autorización a los patios del concesionario y con anterioridad al 19 de noviembre de 1996, éste reconocerá al FONDATT-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, y bajo el mismo procedimiento de remate, el 20% del valor total del remate. Igualmente las partes acuerdan que debido a las condiciones establecidas para la Fiducia y considerando que los dineros generan rendimientos financieros y que el lapso que realmente transcurre para hacer efectivo el giro de la participación es mayor al inicialmente pactado, se modifica la condición de pago, ampliando su plazo hasta el día 22 del mes siguiente al cual se cause la respectiva participación.*

8.5. El 29 de enero de 2001, las partes suscribieron un nuevo otrosí, en el cual se tuvo en cuenta la paralización parcial del servicio desde el 13 de diciembre de 2000, cuando el concesionario dejó de recibir vehículos inmovilizados por las autoridades de tránsito, por cuenta de los costos que había tenido que asumir por la conservación y custodia de una cartera ociosa e improductiva conformada por 5 645 rodantes a 31 de diciembre de 2000, que sus propietarios dejaron abandonados en los patios de la concesión y además, el no reajuste de las tarifas desde 1998 y se acordó: i) unos plazos para el pago de los aportes de noviembre y diciembre de 2000, enero, febrero y meses subsiguientes del 2001, por parte del concesionario, sujetos a los ingresos provenientes del programa de cobro coactivo que ejecutaría directamente la entidad; ii) ajustar el valor de la tasa del servicio de patios en el 13%, a partir del 12 de febrero de 2001; iii) el compromiso del FONDATT de establecer, en máximo 3 meses, el programa de jurisdicción coactiva, para el cobro de la cartera morosa; iv) los recursos producidos por este programa, se distribuirían 25% para la entidad y 75% para el concesionario; v) que el mencionado programa *“no implica el desmonte del programa de remates de los rodantes abandonados en los patios que contractualmente vienen desarrollando las partes”;* vi) la renuncia mutua de las partes a reclamar los mayores valores entre *lo cobrado y lo adeudado, que no alcancen a hacerse efectivos por la jurisdicción coactiva y a aquellos que no alcancen a ser asumidos con el producto de los remates”* (f. 86, c. 2).

8.5.1. Se estipuló una prórroga del contrato por un periodo de 2 años a partir del 19 de noviembre de 2001, teniendo en cuenta el gran número de rodantes que conformaban la cartera de la concesión en ese momento ( 5 645 a 31 de diciembre de 2000) y que las actividades de cobro y recaudo que llevaría a cabo el FONDATT-Secretaría de Tránsito y Transporte con la colaboración del concesionario, requerían de un mayor tiempo al contratado inicialmente. Este nuevo periodo sería para realizar los procesos de cobro necesarios para que las partes recuperaran los porcentajes de participación pactados y durante el mismo, el concesionario continuaría prestando de manera exclusiva el servicio de patios, con el compromiso de mejorarlo en los términos allí previstos en cuanto a instalaciones y disponibilidad de espacios para vehículos inmovilizados, para lo cual se obligaba a tener patios en el norte, sur, oriente y occidente de la ciudad.

8.5.2. De igual manera, en este otrosí se acordó que *“Las participaciones aquí pactadas podrán ser objeto de revisión de común acuerdo por las partes, con el objeto de conservar el equilibrio contractual. Para el control de estos resultados EL CONCESIONARIO deberá seguir suministrando, como lo viene haciendo a través de la Interventoría, su estado mensual de resultados y un balance general de la Concesión al finalizar cada ejercicio fiscal”.*

8.5.3. Se pactó que el valor que por concepto del servicio de patios generaran los rodantes que ingresaran a partir de la reactivación de la concesión y que no fueran retirados por sus propietarios y/o poseedores dentro de los 3 meses siguientes a su ingreso y de los que ya estaban en los patios, sería cobrado por jurisdicción coactiva, *“previo suministro de información por parte del CONCESIONARIO dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al cumplimiento de los tres (3) meses, iniciando los procesos a la mayor brevedad posible para los rodantes ya depositados en los patios de la concesión”.*

8.5.4. Se estableció la terminación de la obligación del concesionario de recibir vehículos una vez finalizado el contrato y la forma de hacer la transición durante la liquidación del mismo –en 4 meses-, para no perjudicar la prestación del servicio, mediante la posibilidad de arrendar directamente la entidad, los lotes vinculados; así mismo, que la entidad seguiría adelantando los procesos de jurisdicción coactiva y le cancelaría al concesionario el porcentaje de ingresos que le correspondían por la prestación del servicio hasta el momento en que cesara su responsabilidad de custodia de los bienes ejecutados. Y que dentro de los 60 días siguientes a la liquidación del contrato, la entidad le cancelaría el porcentaje del valor de la cartera originado por los rodantes cuyo proceso de jurisdicción coactiva se encontrara en curso y el de aquellos que no pudieron ser vinculados al mismo.

8.5.5. Se estipuló i) una cláusula de multas en caso de incumplimientos del concesionario que afectaran hacia el futuro la estructura o el buen funcionamiento de la concesión y el procedimiento para su imposición unilateral, a través de acto administrativo proferido por el director del FONDATT y ii) una cláusula penal: *“El FONDATT hará efectiva al CONCESIONARIO, en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato, sin perjuicio de la imposición de multas, una cláusula penal equivalente al diez por ciento (10%) del valor anual total del contrato, que se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados al FONDATT. Esta cláusula penal se aplicará sin perjuicio de las demás acciones que correspondan al FONDATT para el cobro de los valores totales de los perjuicios ocasionados (…)”.*

8.5.6. Las partes acordaron *“asumir por cuenta propia los gastos legales realizados hasta la fecha, y en consecuencia renuncian mutuamente a realizar cualquier reclamación relacionada con dichos gastos”.*

8.5.7. Se modificó la cláusula de reversión, en el sentido de que una vez finalizado el contrato el concesionario se obligaba a entregar a la Secretaría de Tránsito y Transporte todos los software para la aplicación de los procedimientos, flujogramas y formatos adquiridos y/o desarrollados en ejecución del contrato y que pasarían a ser de su propiedad.

8.6. El 30 de enero de 2001, las partes suscribieron la adición n.o 01 al contrato 093 de 1996, mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución en 2 años, contados a partir del 19 de noviembre de 2001 y se estableció que para todos los efectos legales y fiscales, el valor de la adición era de $ 2 612 787 168,  *“valor que espera recaudar el FONDATT durante el plazo de prórroga del contrato de concesión”* (f. 84, c. 2)*.*

8.7. El 10 de febrero de 2001, se firmó el otrosí n.o 04, mediante el cual las partes acordaron *“modificar el ACUERDO TERCERO DEL OTRO SI AL CONTRATO No. 093 de 1996 suscrito el día 29 de enero de 2001”*, en el sentido de que el reajuste en el valor de la tasa del servicio de patios se realizaría dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en que la junta del FONDATT le otorgara a la directora ejecutiva las facultades para efectuar tal reajuste y que para estos efectos, la entidad emitiría el acto administrativo correspondiente (f. 83, c. 2).

8.8. El 27 de junio de 2001, se firmó otrosí sin número, en cuyas consideraciones se manifestó que a la fecha, al FONDATT y la Secretaría de Tránsito y Transporte les había sido imposible llevar a cabo el desarrollo del programa logístico y operativo del cobro coactivo pactado en el otrosí del 29 de enero de 2001 y por lo tanto no se habían obtenido los recursos que debían distribuirse entre la contratante y el concesionario en la forma allí acordada, por lo que dicho otrosí se debía modificar, por haberse postergado su implementación. En consecuencia, se acordó que el FONDATT autorizaba al concesionario para que los aportes de noviembre y diciembre de 2000 y meses subsiguientes del 2001 se cancelaran en el porcentaje establecido en el contrato, en 6 cuotas mensuales iguales y sucesivas, la primera de las cuales se cancelaría un mes después de haber recibido el primer ingreso correspondiente al programa de cobro coactivo que ejecutaría directamente el FONDATT-Secretaría de Tránsito y Transporte, incluyendo los intereses de mora a que hubiera lugar. Se modificó el punto 4º del referido otrosí, el cual quedaría así (f. 79, c. 2):

*CUARTO: EL FONDATT se compromete a establecer inmediatamente el Programa de Jurisdicción Coactiva, con el fin de iniciar el cobro ejecutivo de la Cartera Morosa. EL CONCESIONARIO se obliga a asumir los costos logísticos y operativos que se requieran en desarrollo del programa, de acuerdo al protocolo que formará parte del presente documento. En razón de lo anterior, los recursos producidos por el mencionado programa se distribuirán de la siguiente forma: FONDATT-SECRETARÍA DE TRÁNSITO: Veinte por ciento (20%); JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA: Ochenta por ciento (80%). PARÁGRAFO PRIMERO: El desarrollo del Programa de Jurisdicción Coactiva no implica el desmonte del programa de remates de los Rodantes Abandonados en los patios, que contractualmente vienen desarrollando las partes. PARÁGRAFO SEGUNDO. EL FONDATT-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE procurará cobrar el ciento por ciento de la obligación, así sea persiguiendo otros bienes del deudor si los hubiere, y a pagar la participación proporcional al CONCESIONARIO hasta el valor recuperado”.*

8.9. El 30 de julio de 2002, se suscribió un nuevo otrosí entre las partes, en el cual se acordó (f. 72 a 78, c. 2):

8.9.1. Que el concesionario conservaría las participaciones causadas a favor de la entidad concedente entre noviembre de 2000 y junio del 2002, por $ 1 908 676 448, como reserva para la liquidación final del contrato;

8.9.2. Que el concesionario reanudaría el traslado de las participaciones a la entidad a partir de agosto de 2002 con los aportes del mes de julio de este año, con la periodicidad y procedimientos establecidos en el contrato, entregándole a la entidad el 8% del ingreso bruto de la concesión y reservándose el 12% restante como suma acumulada por el FONDATT-Secretaría de Tránsito y Transporte a su favor, para la liquidación del contrato.

8.9.3. Que el concesionario aceptaba que, si a la liquidación del contrato la suma resultante de multiplicar el 73.072 % equivalente a su participación contractual por el valor de la prestación del servicio de patios sobre los rodantes existentes al momento de la terminación del contrato, es inferior a la suma reservada en virtud de este otrosí, le cancelará a la entidad la diferencia correspondiente a su favor.

8.9.4. Que para el pago al concesionario del valor de los servicios prestados y no cancelados que se establezca a la terminación del contrato, se tendrá en cuenta i) que los servicios prestados y no cancelados sobre los que recae la obligación de pago a cargo de la entidad, se originan en los rodantes cuyo proceso de jurisdicción coactiva no se haya agotado para ese momento, siempre que el concesionario hubiere remitido el mandamiento de pago y el de aquellos que no hubiesen sido vinculados al mismo a la terminación del contrato. Y ii) que el valor de los servicios prestados y no cancelados, se establece como el porcentaje de gastos determinados por el concesionario para su mantenimiento y que de acuerdo con su propuesta equivalen al 91,34% de la participación total del concesionario en los ingresos brutos de la concesión, la cual es del 80%. La multiplicación de estas cifras equivale al porcentaje que la entidad cancelará al concesionario, es decir 73.072% del valor establecido para los servicios prestados y no cancelados al momento de terminación del contrato.

8.9.5. Que a partir de la fecha de este otrosí, la concesión asume la sustanciación de los procesos concernientes a la jurisdicción coactiva hasta el momento mismo de la terminación del contrato y de ahí en adelante, la entidad reasumirá automáticamente todas sus funciones.

8.9.6. Se incluyeron en este aspecto, como compromisos del concesionario en la sustanciación de los procesos de jurisdicción coactiva, i) la redacción de los autos de trámite, las comunicaciones a las distintas entidades públicas y las constancias secretariales del procedimiento de jurisdicción coactiva, conforme a los artículos 64, 68, 79 y 252 del CCA, 551 a 568 del C.P.C., el C.Co. y el estatuto orgánico del Distrito Capital; los funcionarios de ejecución de la Secretaría de Tránsito que se designaran al efecto, intervendrían desde la expedición de la resolución de la deuda hasta el agotamiento total del procedimiento, incluida la diligencia de remate de bienes, intervención que se limitaba exclusivamente a la revisión y suscripción de las piezas procesales que proyectara el concesionario; ii) la conformación de los expedientes con su número de radicación, título ejecutivo y medidas preventivas; iii) la creación, en 60 días, de una base de datos para garantizar su actualización y consulta; iv) cumplir con los términos procesales y demás actuaciones respecto de los referidos expedientes, teniendo en cuenta la capacidad de respuesta de la unidad ejecutora de la entidad concedente; v) mantener constante comunicación con los funcionarios de ejecución de la entidad, con el fin de unificar procedimientos, formalidades y actuaciones procesales de la jurisdicción coactiva; vi) proyectar y enviar las citaciones para notificación personal que se elaboren en el curso del proceso; vii) asumir los gastos del proceso, descontando de los aportes el valor de los gastos que se consideran costas, siempre que correspondan a gastos procesales demostrables por él.

8.9.7. Y a cargo de la entidad concedente, se establecieron como compromisos y responsabilidades los de i) organizar un grupo de funcionarios encargado de revisar y aprobar las actuaciones surtidas por el concesionario y la precisión de las facultades del funcionario ejecutor; ii) el suministro al concesionario, de los certificados de tradición de los vehículos matriculados en Bogotá y que sean objeto del cobro por jurisdicción coactiva y solicitar a cargo del concesionario, a matriculados fuera de Bogotá; iii) suscribir oportunamente los títulos ejecutivos que impongan la obligación al responsable del pago del servicio de patios a favor del FONDATT-STT, así como los mandamientos de pago, de acuerdo con los proyectos elaborados por el concesionario; iv) despachar dentro de los términos legales, los recursos que se interpongan por los deudores en contra de las resoluciones que contengan las órdenes de pago y contra los demás autos que se profieran por la vía gubernativa, de conformidad con los proyectos realizados por el concesionario; v) permitir la consulta de la destinación específica al cobro coactivo; vi) solicitar a las oficinas de registro de instrumentos públicos los certificados de tradición de los inmuebles de propiedad de los deudores, que sean necesarios para facilitar la ejecución, de acuerdo con los proyectos elaborados por el concesionario; vii) suministrar oportunamente al concesionario toda la información requerida para adelantar el proceso de conformidad con la ley y la que facilite el cobro de las deudas por el servicio de patios y que tenga la entidad; viii) comunicar oportunamente la orden de salida, previo el cumplimiento de los requisitos legales.

8.10. El 27 de octubre de 2003, las partes suscribieron un nuevo otrosí, en el cual, teniendo en cuenta la próxima terminación del contrato y la necesidad de reubicar los vehículos inmovilizados en los patios, acordaron que el concesionario los retiraría mediante grúa y los llevaría al lugar indicado por el FONDATT en un plazo de 30 días calendario desde el acta de inicio de las actividades y que este servicio tenía un valor de $ 118 000 000, aunque el valor final sería el que resultara de multiplicar los vehículos trasladados por la tarifa que correspondiera, según las contempladas en este otrosí para cada clase de vehículo. El FONDATT haría un pago anticipado por el 30% del valor acordado en el otrosí y el 70% restante al terminar el traslado de los vehículos, según el número de los que fueran desplazados, siempre que el primer pago quede totalmente ejecutado y mediando previa presentación de informe de la interventoría y recibo a satisfacción; la interventoría debía verificar la identificación de los automotores y el contratista debía constituir una garantía de cumplimiento en los términos allí estipulados; finalmente se estipuló que en virtud de la terminación del contrato y su futura liquidación, el concesionario liquidaría la prestación del servicio sobre la totalidad de los rodantes entregados, para que la entidad concedente procediera al pago respectivo, según el contrato y sus modificaciones (f. 68 a 71, c. 2).

8.11. El 19 de noviembre de 2003, las partes suscribieron una prórroga al contrato, de 2 días calendario, a partir del 20 de noviembre de ese año, para finalizar el traslado de los vehículos. No obstante, se agregó que la tarifa por pagar por concepto de prestación del servicio de patios para aquellos vehículos que se encontraran en ese momento en depósito, sería la vigente y las participaciones no sufrirían modificación alguna, que el servicio de patios se seguiría prestando por el concesionario a las tarifas vigentes a esa fecha y con las mismas participaciones, que en caso de que los propietarios de los vehículos que ingresaran a los patios a partir del 20 de noviembre de 2003 no pagaran el valor correspondiente, el concesionario no cobraría el servicio de patios sobre esos rodantes, como un gesto de liberalidad ante la entidad concedente; y que el concesionario se comprometía a trasladar los vehículos que ingresaran a partir del 20 de noviembre, al nuevo patio o al indicado por la entidad, por su cuenta, sin que se causara erogación alguna para ésta, dentro de los 5 días calendario siguientes al vencimiento del plazo de la presente prórroga, es decir que a partir del 12 de diciembre de 2003, el concesionario comenzaría el traslado de los vehículos que ingresaron a los patios desde el 20 de noviembre (f. 66, c. 2).

8.12. La dirección ejecutiva del FONDATT expidió la Resolución n.o 0111 del 5 de junio de 1998, *“Por la cual se establece el procedimiento para la convocatoria pública y el remate de vehículos inmovilizados en los patios de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá D.C.”,* en cuyos considerandos manifestó que existía un alto número de vehículos inmovilizados en los patios de la Secretaría de Tránsito y Transporte que no habían sido reclamados por sus propietarios y limitaban la admisión de nuevos vehículos, alterando la satisfactoria prestación del servicio, además de que aquellos adeudaban al FONDATT considerables sumas de dinero por concepto del servicio de patio y por multas, las cuales debían recaudarse para ejecutar los programas específicos que se adelantaban en materia de educación y seguridad vial y para mejorar el servicio en los patios (f. 159, c. 2).

8.12.1. Por ello se requería establecer el término para declarar el abandono de esos bienes y el procedimiento de remate de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Acuerdo 9 de 1989.

8.12.2. En consecuencia, dispuso en su artículo 1º que[[5]](#footnote-5):

*“Todos los vehículos de uso particular que se encuentren inmovilizados, por infracciones al Código Nacional de Tránsito Terrestre, en los patios de la Secretaría de Tránsito y Transporte, por un término superior a tres (3) años, contados a partir de la fecha de su ingreso sin que su propietario, poseedor o tenedor haya realizado las diligencias pertinentes para obtener su devolución, serán susceptibles de disposición por vía de Remate para efectos de la cancelación de las sumas que adeudan por concepto de servicio de patios y multas al FONDATT”*.

8.12.3. En los artículos siguientes, esta resolución dispuso convocar a los interesados para que procedieran a cancelar lo debido dentro del plazo allí fijado, vencido el cual se ordenaría el remate en pública subasta de los vehículos en las condiciones indicadas, de conformidad con lo establecido en el estatuto de contratación estatal.

8.13. El 23 de febrero de 2003, el director ejecutivo del FONDATT expidió la Resolución n.o 960, *“Por la cual se establece el procedimiento para la convocatoria pública y el remate de los vehículos inmovilizados en patios oficiales”,* considerando que el parágrafo del artículo 18 del Acuerdo 9 de 1989 y los artículos 12 y 29 del Decreto 304 de 1989 autorizaban al director de la entidad para reglamentar y adelantar los trámites pertinentes que permitieran disponer de los vehículos abandonados en los patios oficiales y que la Ley 769 del 6 de agosto de 2002, que adoptó el nuevo Código Nacional de Tránsito, dispuso en su artículo 128 que los organismos de tránsito podrán disponer de los vehículos inmovilizados por infracciones en los parqueaderos autorizados, a través del procedimiento de subasta pública; en consecuencia dispuso, entre otras cosas, que los remates de los vehículos abandonados en patios oficiales, se realicen a través del procedimiento de la pública subasta, con arreglo al estatuto general de contratación de la administración pública, luego de clasificar los vehículos a rematar por el martillo entre recuperables –los que puedan seguir siendo usados para locomoción- e irrecuperables –aquellos considerados como chatarra o cuyo uso se circunscriba a la utilización de sus repuestos y partes- a través del martillo del Banco Popular y estableció que los ingresos producto del remate, ingresarían al prestador del servicio de patios o a la Tesorería del FONDATT si el servicio se prestaba directamente y que si era del caso, su distribución se realizaría conforme a los porcentajes establecidos en las normas, contratos o legislación aplicables (f. 165, c. 2)*.*

8.14. El 5 de mayo de 2003, el director de interventoría ofició a Jaime Hernando Lafaurie Vega manifestándole que la Secretaría de Tránsito y Transporte le informó sobre la obstrucción de la concesión a la toma de la información necesaria para la práctica de los futuros remates contractuales, impidiendo el acceso del personal que realiza tal tarea, razón por la cual lo requiere, para que dentro de los 3 días hábiles siguientes, se sirva informar las razones por las cuales se presentó tal conducta y para que de inmediato corrija la situación, teniendo en cuenta que la Secretaría ha informado con tiempo y por medios idóneos, los nombres, identificaciones y labores del personal que recoge la información para los remates (f. 45, c. 2).

8.15. El mismo día 5 de mayo, el secretario de Tránsito y Transporte de Bogotá ofició al concesionario requiriéndolo para que diera cumplimiento a sus obligaciones contractuales y permitiera el ingreso a los patios de todas las personas autorizadas para llevar a cabo los trámites necesarios para la realización de los remates y de los interesados en los lotes a rematar, advirtiéndole que *“es improcedente cualquier argumento relativo a la legalidad de los actos administrativos que rigen los remates para negarse a permitir el ingreso de dichas personas, pues contrario a lo señalado por su apoderado, el FONDATT no está infringiendo norma alguna dentro del procedimiento fijado para llevar a cabo los remates”* (f. 46, c. 2)*.*

8.16. El 16 de mayo de 2003, el director de interventoría de la Universidad Nacional envió comunicación al director ejecutivo del FONDATT cuya referencia es *“Informe sobre negativa de acceso de personal del Banco Popular a patios. Contrato 93 de 1996”* y en él le informa que requirió al concesionario el 5 de mayo de 2003 y éste le contestó, en comunicación que no responde directamente al requerimiento y que plantea aspectos de carácter contractual, ajenos al tema en concreto (f. 48, c. 2).

8.16.1. Agregó que el 14 de mayo se celebró reunión con el contratista y éste manifestó no estar obligado a permitir el acceso de personal para impulsar los remates que hace el FONDATT, pues según lo acordado en el otrosí del 31 de diciembre de 1997, su obligación era practicarlos de común acuerdo con la entidad *“y no la de tolerar los remates que el FONDATT realiza unilateralmente, aún en contra de su patrimonio”,* como había sucedido en 2 procesos en los que la entidad *“ha disminuido en el papel obligaciones por más de tres mil millones de pesos, y de los cuales no se le ha efectuado ningún pago”.*

8.16.2.Que según el concesionario, se prohibió el ingreso de personal para nuevos remates, por razones de seguridad tanto de sus instalaciones, como de su patrimonio y que estaba interesado en terminar el contrato, pues las medidas que debían recuperar el equilibrio económico del contrato no habían funcionado, *“señalando que el grupo de profesionales de jurisdicción coactiva que está a su cargo, no le ha producido más que gastos, porque la recuperación de las obligaciones no es siquiera del uno por ciento de la deuda, mientras el nuevo personal que contrató le genera gastos que no tenía antes de ese compromiso”.* En consecuencia, el interventor pone estos hechos en conocimiento de la entidad, para que ésta decida sobre la procedencia de sancionar o no al concesionario mediante la imposición de una multa[[6]](#footnote-6).

8.17. El 22 de mayo de 2003, la secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá le solicitó al interventor la elaboración del proyecto de acto administrativo de multa, con el cumplimiento de todos los requisitos legales, el cual obra a continuación (f. 51 y 52, c. 2).

8.18. El 31 de julio de 2003, la interventoría adelantada por la Universidad Nacional envió oficio a la Secretaría de Tránsito y Transporte, en el que se refirió a las respuestas del concesionario frente a las imputaciones de incumplimiento contractual (f. 56, c. 1).

8.18.1. Sostuvo el interventor, que respecto de la excepción de contrato no cumplido, fundada en la violación del otrosí del 30 de julio de 2002 por parte de la entidad, con la realización de los remates efectuados, la misma debe ser aducida ante el juez.

8.18.2. Manifestó que no se violó el debido proceso por la posibilidad de sancionar al concesionario con una multa, pues se le informó y se le dio la oportunidad de presentar descargos para proceder como correspondiera, sin que la interventoría hubiera recomendado imponer la sanción pecuniaria, pues debía ser la administración quien lo decidiera, si consideraba que se daban las condiciones contractuales para ello, aunque el interventor consideró que había posiciones contrapuestas de las partes respecto de las obligaciones contractuales relacionadas con los remates (f. 56, c. 2).

8.19. En oficio del 20 de agosto de 2003, la interventoría reiteró a la Secretaría de Tránsito y Transporte que ella no recomendó sancionar al concesionario con multa por haber impedido el ingreso a los patios de personas relacionadas con los remates, sino que lo dejó al criterio de la entidad, que debía tener en cuenta que tal situación no afectaba la prestación del servicio público en cuestión; además recalcó, ante la afirmación del concesionario de que los remates le producían lesiones económicas, que si existían reclamaciones por ese concepto, ellas debían ser arregladas por las partes de común acuerdo o recurriendo a la jurisdicción contenciosa (f. 61, c. 2).

8.20. A través de la Resolución n.o 0160 del 17 de mayo de 2004, el director ejecutivo del Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT declaró el incumplimiento del contrato 0093 del 31 de octubre de 1996, *“(…) por el incumplimiento a las cláusulas establecidas en el Contrato y en los Otrosís al Contrato de fecha 31 de Diciembre de 1997, en el cual se acuerda que las partes contratantes se comprometen a colaborar y adelantar el proceso de remate de los rodantes y Otrosí suscrito el 29 de enero de 2001, en el cual se estableció que el desarrollo del programa de jurisdicción coactiva no implicaba el desmonte del Programa de Remates de los Rodantes Abandonados en los Patios, que contractualmente venían desarrollando las partes (…)”.* En la resolución se explicó que a pesar de los compromisos adquiridos contractualmente por el concesionario, éste se negó a dejar ingresar a los patios a las personas encargadas de llevar a cabo el remate de los vehículos y a aquellos interesados en los lotes a rematar, obstaculizando con ello la ejecución de tales diligencias respecto de aproximadamente 1886 vehículos, lo que le causó graves perjuicios a la entidad, debido a los ingresos dejados de percibir por la no realización de los remates, la depreciación de dichos vehículos y las pretensiones del contratista de reconocimiento y pago por el FONDATT, de los servicios prestados por concepto de patios a los mismos, hasta el momento de la liquidación del contrato. Como consecuencia de esta declaratoria, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria al concesionario Jaime Hernando Lafaurie Vega, por valor de $ 92 412 073, correspondiente al 10% del valor anual del contrato (f. 168, c. 2).

8.21. El anterior acto administrativo fue confirmado mediante Resolución n.o 256 del 2 de agosto de 2004, en la que se reiteró el incumplimiento del contratista respecto de su obligación de permitir los remates de los vehículos que estaban en condiciones de ser sometidos a este procedimiento, lo que se evidenció en el hecho de que en el año 2003 se realizaron 2 remates y antes de ese año, se llevaron a cabo 11, sin inconvenientes para el concesionario, que después manifestó una clara oposición a su realización (f. 176, c. 2).

8.22. Mediante Resolución n.o 101 del 15 de marzo de 2005, el director ejecutivo del Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT liquidó unilateralmente el contrato de concesión n.o 093 de 1996 celebrado con Jaime Hernando Lafaurie Vega. En dicho acto, se resolvió reconocer a favor del contratista y ordenar pagar a su favor, la suma de $ 5 709 676 652, por concepto de la liquidación del contrato, en la cual se tuvo en cuenta la declaratoria de incumplimiento contractual contenida en las Resoluciones 0160 y 256 –que la confirmó- de 2004, acto administrativo que ordenó la efectividad de la cláusula penal pecuniaria por valor de $92 412 073 y que fue tomada directamente del saldo a favor del concesionario (f. 205, c. 2).

8.23. El FONDATT confirmó la decisión de liquidación unilateral mediante Resolución n.o 1032 del 5 de diciembre de 2005[[7]](#footnote-7) (f. 226, c.2).

**III. El problema jurídico**

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte demandante, deberá la Sala establecer i) si son válidas las estipulaciones contractuales que contemplaron la facultad de la entidad contratante para imponer multas y declarar el incumplimiento del contrato en forma unilateral y ii) si se probó el incumplimiento contractual del demandado y los perjuicios que la demandante alega haber sufrido como consecuencia del mismo.

**IV. Análisis de la Sala**

**El régimen jurídico del contrato**

10. De acuerdo con lo establecido en el artículo 144 del Decreto 1421 de 1993, contentivo del estatuto del distrito capital, las normas del estatuto general de contratación pública, se aplicarán en el distrito y sus entidades descentralizadas, en todo aquello que no esté expresamente regulado en tal estatuto. En consecuencia, tratándose de un contrato celebrado por el Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT, establecimiento público adscrito al Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá, cuya personería jurídica le fue otorgada mediante Acuerdo 9 de 1989 del concejo distrital[[8]](#footnote-8), el contrato celebrado con Jaime Lafaurie Vega, objeto de la presente controversia, se rige por las normas de la Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 32 define, entre otros, el contrato de concesión, como aquel que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

11. El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa y que las mismas están sometidas a los principios del derecho administrativo; a su paso, el artículo 77 *ibídem,* dispone que en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios del estatuto de contratación estatal, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales y que los actos administrativos que se profieran con motivo de la actividad contractual, serán susceptibles del recurso de reposición y de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

12. Lo anterior, significa que en el ámbito de la actividad contractual, como en cualquiera otra en la que se desenvuelvan las entidades estatales, éstas ostentan, como manifestación del *ius imperium* dentro del estado social de derecho*,* la potestad de autotutela declarativa, que consiste, básicamente, en el poder que ellas tienen de expedir, en ejercicio de la función administrativa, decisiones unilaterales, obligatorias por sí mismas, que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas bien sea de carácter general o de carácter particular y concreto[[9]](#footnote-9), es decir, la facultad de proferir actos administrativos.

13. Como rezan los artículos 64 y 66 del Decreto 01 de 1984[[10]](#footnote-10), salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento y su firmeza es necesaria para la ejecución contra la voluntad de los interesados. Además, los actos administrativos serán obligatorios, mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

14. Esto significa que el acto administrativo está investido de la presunción de legalidad[[11]](#footnote-11) y una vez en firme, es ejecutivo y ejecutorio, es decir obligatorio por sí mismo, sin necesidad de una refrendación judicial o de otra naturaleza y pasible de ser ejecutado directamente por la administración, que podrá imponer su cumplimiento, aún en forma coercitiva.

15. En el presente caso, mediante Resolución n.o 0160 del 17 de mayo de 2004, el FONDATT declaró el incumplimiento del contrato de concesión n.o 0093 del 31 de octubre de 1996 y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria al concesionario, por valor de $ 92 412 073 –párrafo 8.20-, acto administrativo que fue confirmado por la Resolución n.o 256 del 2 de agosto de 2004.

16. Esta decisión administrativa no fue demandada en el presente proceso, pero sí fue impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, que denegó las pretensiones anulatorias en su contra mediante sentencia que cobró ejecutoria, razón por la cual el acto se encuentra en firme, el juez de la presente controversia no puede referirse a su validez y en virtud de la presunción de legalidad que lo cobija y del principio de la cosa juzgada, no puede desconocerlo[[12]](#footnote-12).

17. No obstante lo anterior, observa la Sala que dentro del ámbito de la competencia que le corresponde en el trámite del presente proceso contractual, sí se halla el de declarar oficiosamente la nulidad total o parcial del contrato objeto de la controversia que se decide. En efecto, el artículo 87 del CCA, establece que el juez puede declarar de oficio la nulidad total o parcial del contrato, siempre que estén presentes los contratantes y la misma sea evidente.

18. Mediante el otrosí suscrito el 29 de enero de 2001, las partes acordaron la inclusión, en el contrato de concesión celebrado por éstas, de una cláusula penal pecuniaria, que la entidad contratante haría efectiva al concesionario en caso de declaratoria de caducidad *o de incumplimiento* del contrato, equivalente al 10% del valor anual total del mismo, que se consideraría como pago parcial pero definitivo de los perjuicios que le fueran causados la FONDATT, cláusula que se aplicaría sin perjuicio de las demás acciones que correspondieran a la entidad para el cobro de los valores totales de los perjuicios ocasionados; así mismo, se pactó una cláusula de multas, que le permitía también su imposición unilateral a la administración –párrafo 8.5.5-.

19. Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, para la época en que se suscribió ese otrosí, la ley no les atribuía competencia a las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato, pues sólo contaban con la facultad excepcional de declarar su caducidad, con las consecuencias que de ello se derivaran, como podía ser la orden de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que se hubiera pactado por las partes en el contrato.

20. Se ha explicado que, a la luz de las disposiciones del anterior estatuto de contratación, Decreto-ley 222 de 1983, dicha potestad sí estaba consagrada en forma expresa a favor de las entidades, quienes una vez vencido el contrato, si no se había declarado su caducidad, podían proceder a declarar su incumplimiento, para los solos efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Así se deducía de lo dispuesto en el artículo 72 de dicho estatuto, que al referirse a esta sanción, considerada por la norma como el pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante, dispuso que debía estipularse en todo contrato que no fuera de empréstito y que se haría efectiva directamente por la entidad, *“(…) en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento”*[[13]](#footnote-13)*.*

21. Una vez expedida la Ley 80 de 1993, si bien en principio se consideró que las entidades estatales conservaban la potestad de imponer multas y declarar el incumplimiento contractual para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en forma unilateral, a través de la expedición de actos administrativos[[14]](#footnote-14), posteriormente se hizo un nuevo análisis normativo y comparativo entre el anterior estatuto de contratación y el contenido en la Ley 80, para concluir:

*Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado[[15]](#footnote-15), sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general[[16]](#footnote-16):*

*ART. 14.—De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. (…).*

*Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.*

*No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998[[17]](#footnote-17) y del 20 de junio de 2002[[18]](#footnote-18), pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en estas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente*[[19]](#footnote-19)*.*

22. Esta falta de competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato con miras a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria así como para imponer unilateralmente las multas que hubieren sido pactadas, cambió con ocasión de la expedición de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, que en su artículo 17, revivió dicha facultad, al establecer:

*Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contrac­tuales.*

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

*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.*

*Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se en­tienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

23. Como se observa, en el parágrafo transitorio se les imprimió un efecto retrospectivo a las facultades creadas por la norma, *“el cual no puede entenderse como una legalización a posteriori de decisiones que se hubieran tomado con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, sino como la consagración de la posibilidad, después de su entrada en vigencia, de expedir actos administrativos imponiendo multas o declarando el incumplimiento en la forma prevista en la norma, en aquellos contratos que se estuvieran ejecutando al momento de entrar ésta a regir y que contemplaran cláusulas de multas y penal pecuniaria en las que se hubiera estipulado que la entidad podía imponerlas y hacerlas efectivas, respectivamente, a través de decisiones unilaterales”[[20]](#footnote-20)*, caso que no aplica al contrato objeto de la presente controversia, toda vez que, según se probó, el mismo terminó en noviembre de 2003 –ver párrafo 8.11-.

24. De acuerdo con lo anterior, resulta evidente la ilegalidad de lo pactado en cuanto a la facultad de imposición de multas y declaratoria de incumplimiento unilaterales por parte de la entidad concedente, en el otrosí del 29 de enero de 2001, por lo que, estando presentes las partes del contrato y aparecer plenamente demostrada en el proceso la nulidad de tal estipulación, procederá la Sala a declararla en la parte resolutiva de esta sentencia, por cuanto el juez contencioso administrativo no puede permanecer impasible ante una afrenta directa al ordenamiento legal y debe evidenciarla siempre que la encuentre configurada, de tal manera que su decisión sirva de mecanismo preventivo y corrector de la actividad contractual de la administración.

25. A pesar de lo expuesto, se reitera que, toda vez que no fue demandado en el *sub-lite* ni es por lo tanto, objeto de la controversia que se ventila en el proceso, aunado esto a la existencia de cosa juzgada respecto de su legalidad, como ya se explicó, la Sala carece de competencia para pronunciarse sobre el acto administrativo mediante el cual la entidad declaró el incumplimiento del contrato de concesión para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, razón por la cual ninguna determinación puede tomar en torno al mismo.

26. Lo que sí se observa, es que a pesar de existir esa decisión administrativa en tal sentido, que por estar investida de la presunción del legalidad gozaba de ejecutividad y ejecutoriedad, de tal manera que podía hacerla cumplir por sí y ante sí directamente, la entidad actora decidió acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, para pedir en las pretensiones de su demanda que se declarara el incumplimiento del contrato de concesión celebrado con el demandado y que como consecuencia de esa declaración, éste sea condenado a indemnizarle los perjuicios que afirma haber sufrido, con ocasión de dicho incumplimiento contractual que le imputa y que a su juicio, superan el monto de la cláusula penal que se ordenó hacer efectiva en el acto administrativo en cuestión.

27. Sobre tales pretensiones, advierte la Sala que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del CCA, cualquiera de las partes de un contrato puede pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas, de tal manera que bien podía la entidad contratante demandar para obtener una declaratoria judicial de incumplimiento contractual, con la consecuente pretensión indemnizatoria, posibilidad que conservan aún en aquellos eventos en los que les es atribuida la competencia para declararlo unilateralmente para los efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que hubiere sido pactada, cuando consideren que el monto de los perjuicios es superior a su valor, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia:

*Cuando la administración declara la caducidad del contrato, en ejercicio del privilegio de la decisión previa tiene competencia para ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista incumplido, y así lo ha sostenido la Corporación. Ahora si los perjuicios causados fueron inferiores al valor establecido en la cláusula penal pecuniaria resultaría lógico que el afectado con la decisión de la administración pidiera en vía gubernativa y luego en ejercicio de la acción contractual ante el juez natural la modificación del acto para que este ajustara la liquidación de los perjuicios anticipados al porcentaje real de incumplimiento, pero, si la cláusula penal no alcanzara a cubrir el monto de los perjuicios ocasionados, la entidad estaría también en condiciones de solicitar al juez del contrato el reconocimiento de la totalidad de los perjuicios que excediera la penalidad pactada[[21]](#footnote-21).*

**El incumplimiento del contrato**

28. En relación con esta pretensión, la Sala procederá a declarar el incumplimiento del contrato por la parte demandada, en reiteración de lo expuesto en el acto administrativo proferido en tal sentido por el FONDATT, que está en firme, goza de la presunción de legalidad y que fue corroborado con el material probatorio obrante en el proceso, el cual es demostrativo de las conductas del concesionario que entorpecieron las diligencias de remate que pretendía llevar a cabo la entidad concedente respecto de los vehículos inmovilizados en los patios, en relación con los cuales sus titulares habían incumplido con sus obligaciones pecuniarias, entre ellas los costos para el retiro de dichos automotores –párrafos 3.3, 3.4, 8.14, 8.15, 8.16 y 8.18-, teniendo en cuenta, además, como lo reconoció esta Corporación en otro proceso surtido con ocasión del mismo contrato de concesión, que *“(…) el concesionario no tenía la función ni la potestad de cobro coactivo, la cual estaba en cabeza del Organismo de Tránsito concedente y además, no existe asidero normativo para entender que esa facultad había sido asignada en forma integral y exclusiva al concesionario, por cuanto tal acuerdo habría constituido un pacto contrario a los dictados de la Constitución Política[[22]](#footnote-22)”* y que *“Por el contrario, se debe tener en cuenta que, de conformidad con el otrosí firmado el 30 de julio de 2002, el concesionario solo asumió la obligación de sustanciación, en la prórroga del contrato, para facilitar el cobro coactivo por parte del FONDATT”[[23]](#footnote-23).*

**Los perjuicios**

29. Ahora bien, se observa que en relación con los perjuicios, se desconoce con certeza cuántos vehículos en condiciones de ser rematados quedaron en poder de la entidad contratante cuando se terminó el contrato de concesión con el demandado y cuál fue el destino de los mismos, como tampoco se tiene conocimiento de cuáles eran las obligaciones incumplidas por sus titulares y su monto, así como el resultado de los cobros coactivos que hubiera adelantado la entidad, por cuenta de las deudas de los propietarios o poseedores de tales vehículos, o las órdenes de remate que hubiera impartido, circunstancia que imposibilita proferir una condena en concreto, por lo cual la Sala lo hará en abstracto, para que en incidente posterior se efectúe su liquidación.

30. Para efectos de dicha liquidación de perjuicios, deberá efectuarse un dictamen pericial, en el que se tendrán en cuenta como parámetros los siguientes:

30.1. Número de vehículos en condiciones de ser rematados, que quedaron en poder de la entidad contratante cuando se terminó el contrato de concesión n.o 093 de 1996, celebrado con el señor Jaime Lafaurie Vega, lo cual se determinará identificando cada uno de tales automotores y teniendo en cuenta la relación de las obligaciones de sus propietarios que fueron incumplidas y que daban lugar al remate de los vehículos para el pago de tales deudas, así como el monto de las mismas.

30.2. Copia del acto mediante el cual se ordenó el remate de los vehículos a los que hace relación el anterior numeral y que no se pudo llevar a cabo por las circunstancias imputables al demandado.

30.3. Estado actual de los vehículos relacionados en los anteriores numerales, es decir si siguen en poder de la entidad, o fueron objeto de remate, o devueltos a sus propietarios por pago de sus deudas, aportando los respectivos documentos de soporte.

30.4. Valor unitario de los vehículos que debieron ser objeto de remate de acuerdo con los anteriores puntos y que no lo fueron.

30.5. Valor total de los perjuicios causados a la entidad demandante.

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

# F A L L A

REVÒCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 19 de septiembre de 2007, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE de oficio la nulidad parcial del otrosí suscrito el 29 de enero de 2001 al contrato de concesión n.o 0093 de 1996 celebrado entre el Fondo de Educación y Seguridad Vial-FONDATT y Jaime Hernando Lafaurie Vega, en relación con la facultad de la entidad concesionaria de imponer multas y declarar el incumplimiento del contrato en forma unilateral.

SEGUNDO: Declárase el incumplimiento contractual de la parte demandada, señor Jaime Hernando Lafaurie Vega, en los términos expuestos en la presente providencia.

TERCERO: Condénase en abstracto a la parte demandada, señor Jaime Hernando Lafaurie Vega, a indemnizar los perjuicios materiales causados a la parte actora, Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT-Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, los cuales serán liquidados en incidente posterior, con base en los parámetros expuestos en la presente providencia.

CUARTO: Sin condena en costas, por no aparecer acreditadas.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**Aclaró voto**

**CARLOS BETANCUR JARAMILLO**

**Conjuez[[24]](#footnote-24)**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. Según aclaración hecha por el demandante, a solicitud del Tribunal *a-quo,* f. 60 y 62, c. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Efectuada la consulta de procesos en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se determinó que el proceso 25000232600020050029001, actor: Jaime Hernando Lafourie Vega, demandado: Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT, culminó con sentencia del 30 de abril de 2009, que denegó las pretensiones de la demanda; contra esta providencia se interpuso recurso de apelación y subió al Consejo de Estado, que devolvió el proceso al tribunal el 17 de junio de 2010, luego de declararse incompetente para conocer del recurso interpuesto, profiriendo el Tribunal *a-quo,* auto de obedézcase y cúmplase, el 1º de julio del mismo año. Consultado el sistema de gestión del Consejo de Estado, se encontró que en el referido proceso, identificado con el número interno 38118, se profirió auto del 12 de marzo de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, mediante el cual se inadmitió el recurso. [↑](#footnote-ref-2)
3. El salario mínimo legal mensual en 2004 era de $ 358 000, por lo que 500 s.m.l.m.v. equivalían a $ 179 000 000. [↑](#footnote-ref-3)
4. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Este artículo fue modificado por la Resolución n.o 0163 del 17 de julio de 1998, para establecer que la disposición se refiere, en general, a *“Los vehículos que se encuentren inmovilizados por infracciones al Código Nacional de Tránsito y Transporte, por un término superior a tres (3) años (…)”,* es decir que se suprimió el calificativo de vehículos *de uso particular,* para hacer referencia a todos los vehículos que se encuentren en las condiciones descritas en el acto administrativo. [↑](#footnote-ref-5)
6. En oficio del 31 de julio de 2003, dirigido por el director de interventoría a la secretaría de Tránsito y Transporte, manifiesta que aquella no recomendó imponer la multa sino que dejó esa decisión en manos de la entidad, que debía verificar que se cumplieran las finalidades de tal sanción, de acuerdo con lo pactado en el contrato, es decir que se tratara de hechos que alteraran el servicio (f. 61, c. 2). [↑](#footnote-ref-6)
7. El acto administrativo de liquidación unilateral del contrato 093 de 1996 fue demandado ante esta jurisdicción y mediante sentencia de segunda instancia, se confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, expediente 47309, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-7)
8. Reglamentado por el Decreto 304 del 24 de julio de 1989, del alcalde mayor de Bogotá. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, expediente 13988, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-9)
10. Normas vigentes para la época de los hechos. Hoy, los artículos 89 y 91 del C.P.A.C.A., reiteran dichas disposiciones. [↑](#footnote-ref-10)
11. Hoy, el artículo 88 del C.P.A.C.A. dispone expresamente que *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre la legalidad o se levante dicha medida cautelar”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Como lo expuso la Corporación: *“También se encuentra acreditada en el plenario la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de abril de 2009 en el proceso instaurado por Jaime Hernando Lafaurie contra el FONDATT, en la cual se denegaron las pretensiones de nulidad de las Resoluciones 160 y 256 de 2004, contentivas de la declaración de incumplimiento del Contrato de Concesión 093 de 1996, fundadas entre otras, en los informes y demás pruebas que de acuerdo con lo que se lee en la referida providencia, demostraron que* “existiendo la obligación contractual de efectuar por su cuenta los remates de los vehículos abandonados en los patios, éste [el concesionario] se negó a realizarlos, obstaculizando incluso el acceso de los funcionarios del Martillo del Banco Popular para realizar la correspondiente revisión de los lotes de propiedad de la Secretaría de Tránsito, y según informes de interventoría en tal sentido”. *// Se recuerda que de conformidad con la información obrante en el proceso, tal como lo estableció el Tribunal a quo, la mencionada sentencia quedó en firme, al declararse el Consejo de Estado incompetente para conocer del recurso de apelación. // En ese sentido, los actos correspondientes al incumplimiento contractual en que incurrió el concesionario se encuentran en firme y amparados por la presunción de legalidad”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, expediente 47309, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-12)
13. Así lo reconoció en ese momento, la jurisprudencia: *“En los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. (...) El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso lº del artículo 72 del Decreto 222 de 1983,**idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del Decreto 150 de 1976. Dispone aquella norma: // "En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento". // Pues bien. La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efectivas cuando la Administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos. // Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la Administración contratante; porque si bien ésta no puede caducar lo ya ha terminado nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, per se, muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje. // Y todo se debió a una mala interpretación de la ley y como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: El poder hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En otros términos, ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal no sólo en el evento de la caducidad sino también en el caso de incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la administración. // Basta releer el texto transcrito para observar esas dos vías para hacer efectiva dicha cláusula penal mediante decisión administrativa. Una, por la vía de la caducidad; y otra, por la del incumplimiento. Estas dos oportunidades no son más que la conclusión de la interpretación racional del extremo subrayado "en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimientos. Porque, además, aquí la "o" es disyuntiva y tiene que serlo porque la declaración de caducidad no puede confundirse con la de incumplimiento porque en ésta existe sólo un motivo para su declaración (el incumplimiento) mientras que en la de caducidad se pueden dar, además de ese motivo, otros diferentes. // Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer. // En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, expediente 13988, C.P. Ricardo Hoyos Duque; reiterada en, entre otros: auto del 29 de junio de 2000, expediente 16756 y sentencia del 18 de marzo de 2004, expediente 15936, las dos del C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-14)
15. [7] *“Salvo los artículos 108 a 113, referidos a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres. Al respecto, véase el artículo 81 de la Ley 80”*. [↑](#footnote-ref-15)
16. [8] *“De manera específica, las cláusulas excepcionales allí consagradas se encuentran desarrolladas por los artículos 15 y siguientes de la misma Ley 80”*. [↑](#footnote-ref-16)
17. [9] *“Exp. 13988”*. [↑](#footnote-ref-17)
18. [10] *“Exp. 19488”*. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia de la Subsección A del 30 de abril de 2014, expediente 27096, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 26703, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de noviembre de 2004, expediente 24225, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-21)
22. [54] *“Corte Constitucional, sentencia C-224 de 18 de abril de 2013, referencia: expediente D-9266, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 (parcial) de la Ley 1480 de 2011, actor: Carolina Jerez Montoya, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.* // “La Corte considera que la previsión normativa que habilita a las entidades estatales para contratar apoderados encargados de adelantar los procedimientos de cobro coactivo, desconoce las limitaciones constitucionales para el ejercicio de funciones públicas por particulares, en la medida en que vacía de contenido las competencias de las autoridades públicas, en tanto les permite desprenderse integralmente de ellas, y en que transfiere una función que solo podría ser adelantada por las propias agencias estatales”. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, expediente 47309, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-23)
24. Mediante auto del 4 de agosto de 2016, se aceptó el impedimento presentado por el Consejero Ramiro Pazos Guerrero, con fundamento en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, que también se encuentra regulada en el numeral 2º del artículo 150 del C.P.C., dado que conoció de este proceso en su condición de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 510 y 511, c. ppl.). [↑](#footnote-ref-24)