



Aplicación de Cláusulas de Deducciones Automáticas

Boletín PHRLegal

Aplicación de Cláusulas de Deducciones Automáticas



En los últimos años, las cláusulas de deducción automática han adquirido un papel relevante en los contratos de concesión y obra pública en Colombia. Estas disposiciones fueron diseñadas con el objetivo de aplicar ajustes automáticos en la remuneración del contratista en casos de incumplimientos contractuales específicos. A diferencia de las multas, estas deducciones no requieren agotar el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo que en teoría otorga celeridad y eficiencia a la ejecución contractual al evitar procesos prolongados y onerosos.

Si bien estas cláusulas nacen de la voluntad de las partes y buscan garantizar el cumplimiento de las obligaciones sin la necesidad de atravesar procesos administrativos usualmente prolongados, su aplicación práctica ha despertado controversias jurídicas. En particular, los laudos arbitrales de los casos San Rafael S.A. v. Agencia Nacional de Infraestructura ("ANI") (2023) y Autopistas del Sol S.A.S. v. ANI (2024) han puesto en evidencia que estas disposiciones deben ser implementadas dentro de un marco normativo que respete principios constitucionales, como el derecho al debido proceso y la contradicción.

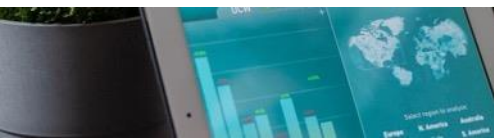


Estos fallos abren un debate esencial sobre la implementación futura de estas cláusulas en contratos públicos vigentes.

En el caso de San Rafael S.A. v. ANI, la controversia surgió por la aplicación de deducciones automáticas en la remuneración del concesionario. El tribunal arbitral reconoció la validez de las cláusulas como parte del acuerdo contractual, pero subrayó que su implementación debía cumplir con garantías mínimas del derecho al debido proceso. En este caso, la cláusula 26 se refería explícitamente a “disminuciones de remuneración del concesionario” ante lo cual el tribunal sostuvo que independiente de la denominación que se haya adoptado, dichas disminuciones deben respetar el derecho al debido proceso según lo exigido por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que aplicaba al momento de ejecución del contrato.

Así, el tribunal encuentra en este fallo, que la cláusula 26 no menciona realización de audiencia alguna ni se establece criterios mínimos de transparencia, ni etapa alguna para la garantía de los derechos al debido proceso y de contradicción del contratista. El tribunal sostiene entonces que cualquier deducción realizada debía estar respaldada por un análisis objetivo de los presuntos incumplimientos y brindar al contratista la oportunidad de controvertir las imputaciones mediante una audiencia. Este fallo, resaltó la necesidad de encontrar un equilibrio entre la eficiencia en la ejecución contractual y el respeto a los principios de transparencia y justicia.

Por su parte, el caso Autopistas del Sol S.A.S. v. ANI elaboró un análisis detallado sobre la aplicación de estas cláusulas. La controversia se centró en la cláusula 26 del contrato de concesión en disputa. Esta cláusula de disminución automática facultaba a la ANI para disminuir la remuneración del concesionario ante incumplimientos específicos. Sin embargo, en el año 2016 las partes modificaron el contrato mediante el otrosí número 5 (“Otrosí No. 5”), en donde acordaron modificar dicha cláusula, eliminando la aplicación unilateral de deducciones inicialmente pactada, y sometiendo cualquier sanción al procedimiento administrativo regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

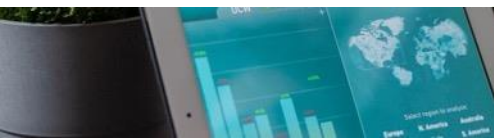


Dentro de las pretensiones del concesionario, Autopistas del Sol solicitó que se declarara que cualquier acción de deducción debía estar precedida por una declaratoria formal de incumplimiento a través de procedimiento administrativo, tal como lo estipularon las partes en el Otrosí No. 5. El tribunal acogió esta solicitud y concluyó que cualquier medida sancionatoria efectivamente debía ajustarse a las reglas establecidas en el Otrosí No. 5 y a las disposiciones legales a las cuales hace referencia su artículo séptimo. El tribunal argumentó que, aunque inicialmente las partes habían pactado la posibilidad de deducciones automáticas en la Cláusula 26, la ejecución del Otrosí No. 5 modificó este escenario,

exigiendo la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio y, por lo tanto, cualquier sanción debía respetar lo ahí establecido.

El tribunal también analizó la legalidad de la Cláusula 26 original del contrato, a la luz de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y 29 de la Constitución Política. Concluyó que la cláusula, en su versión original, no podría ser considerada nula, ya que establecía un proceso interno para aplicar la sanción correspondiente a la remuneración del contratista frente a una serie de incumplimientos, que aseguraban el acatamiento de la normativa arriba indicada. De esta forma, sostuvo el tribunal, que cualquier “apremio conminatorio” sin importar su naturaleza, debía someterse a las reglas del procedimiento administrativo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 como también lo exige el Otrosí No.5.

El tribunal también evaluó los procedimientos de retención aplicados por la ANI durante el año 2021, es decir, bajo la vigencia del





Otrosí No. 5. Este último acuerdo, dispuso en el párrafo primero de su cláusula séptima, un procedimiento administrativo el cual constaba de: (i) un procedimiento previo, que incluía la participación de la interventoría y el concesionario y posteriormente (ii) la aplicación del procedimiento administrativo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

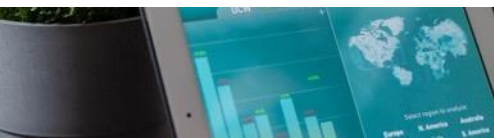
Sobre esto, el tribunal determinó que la ANI no acreditó haber aplicado el procedimiento administrativo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual fue adoptado expresamente en su Otrosí No. 5.

Como consecuencia, el tribunal declaró la improcedencia de las retenciones realizadas y ordenó a la ANI restituir los montos correspondientes al concesionario, señalando que la entidad vulneró los derechos de contradicción y el debido proceso del contratista. Para esta decisión, el tribunal se basó en que, a partir del material probatorio, no hubo constancia que permitiera certificar que el concesionario hubiese sido citado a audiencia alguna en la que pudiera haber evidenciado (i)

menção expresa y detallada de los hechos que soportaban la disminución en su remuneración, (ii) el informe de la interventoría, (iii) las normas o cláusulas violadas como consecuencia de las mismas y (iv) lugar, fecha y hora para la audiencia.

Los laudos mencionados tienen implicaciones relevantes para los contratos públicos vigentes que incluyen cláusulas de deducción automática. En primer lugar, dan a pensar que la posición de los tribunales de arbitraje es de considerar que la eficiencia en la gestión contractual debe fomentar los derechos fundamentales. Aunque las cláusulas de deducción automática representan un mecanismo eficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, su implementación debe ajustarse a los procedimientos legales y respetar las garantías del debido proceso.

En segundo lugar, reafirman que dichas disposiciones, aunque válidas en su origen, deben ser estructuradas dentro del marco de la Ley 1474 de 2011, particularmente su artículo 86, y a su vez el artículo



29 de la Constitución Política. Esto, implica garantizar procedimientos claros y respetuosos en los que el contratista pueda conocer las razones que lo llevan a ser acusado de incumplimiento contractual y la oportunidad de contradecir su acusación.

El razonamiento y conclusiones de los fallos arbitrales citados plantean interrogantes sobre la aplicación práctica de las cláusulas de deducción automática.

La incertidumbre radica principalmente en cómo lograr que, al momento de implementarlas, dichas cláusulas cumplan su objetivo de primar la eficiencia en la ejecución del contrato evitando debates prolongados de si aplica o no el régimen sancionatorio de la Ley 1474 de 2011. Lo cierto es que al mismo tiempo estas decisiones de los tribunales ponen de presente la importancia a nivel jurídico de estructurar cláusulas de disminución en la remuneración del contratista, de una manera cuidadosa que permitan garantizar los derechos al debido proceso y contradicción del contratista.

Contacto

Cristina Vásquez

Socia de Infraestructura y Derecho Público

cristina.vasquez@phrlegal.com

