



**MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES**

RESOLUCIÓN NÚMERO 00569 DEL 06 DE FEBRERO DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

**LA COORDINADORA DEL GRUPO INTERNO DE TRABAJO DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS
CONTRACTUALES**

En ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, y las Resoluciones 1986 del año 2020 y 03778 de 2022 y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

En la sesión de audiencia realizada el día 01 de diciembre de 2022, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Actuaciones Administrativas Contractuales actuando conforme con las funciones y facultades asignadas y atendiendo el cierre probatorio efectuado de manera previa a la lectura del acto administrativo N.º 04326 de 2022, declaró el incumplimiento parcial del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, suscrito entre el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y Comunicación Celular Comcel S.A, identificado con NIT. 800.153.993-7.

La Resolución fue notificada a Comunicación Celular Comcel S.A a través de su apoderado en sesión de audiencia de 01 de diciembre de 2022, conforme lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, quien seguidamente, interpuso recurso de reposición contra la decisión adoptada.

En sesión de audiencia realizada el 26 de diciembre de 2022, el apoderado de Comcel S.A, sustentó el recurso de reposición con los argumentos que en este acto se analizan y bajo el entendido que su intervención fue grabada, lo cual integra este acto administrativo.

Una vez finalizada la sustentación en audiencia del recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución N.º 04326 del 01 de diciembre de 2022, teniendo en cuenta que se aportaron pruebas, este Despacho suspendió la audiencia con el fin de realizar el pronunciamiento de las pruebas y proceder con la toma de la decisión.

En sesión de audiencia realizada el 6 de febrero de 2023, el Despacho procedió a resolver el recurso de reposición interpuesto por Comunicación Celular Comcel S.A, de la siguiente manera:

2. DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS .

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

En desarrollo de la sesión de audiencia del día 26 de diciembre de 2022, el apoderado de Comcel S.A, en uso del recurso de reposición solicitó el decreto de las pruebas que se mencionan a continuación.

DOCUMENTALES

a) **Acreditación de la cesación de los presuntos incumplimientos y situaciones ajenas al contratista que aún persisten y que imposibilitan la finalización de la meta.**

1. Comunicación con código CDIG-INTERV2-COMCEL-01071-2022 de 23 de diciembre de 2022 donde se evidencia que con corte a 22 de diciembre de 2022 se encuentra aprobado el reporte de instalación de 2.850 centros digitales correspondientes al grupo 3.
2. Radicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01074-2022 de 23 de diciembre de 2022, en el que la interventoría indicó que no se pronunciaría de fondo sobre las circunstancias de fuerza mayor puestas en conocimiento por el contratista por considerarlas extemporáneas, y expresó su concepto sobre los cambios aplicables durante la instalación del grupo 3.
3. Comunicado CDIG-INTERV2-COMCEL-01075-2022 de 23 de diciembre de 2022 a través del cual la interventoría identificó que únicamente 14 se encuentran en estado offline, y que la mayoría de estos presentan situaciones de fuerza mayor que no fueron consideradas por el interventor por considerarlas extemporáneas.
4. Comunicaciones expedidas por el interventor identificadas con los radicados CDIG-INTERV2-COMCEL-00465-2022 de 11 de octubre de 2022, y CDIG-INTERV2-COMCEL-00389-2022 de 29 de septiembre de 2022, en las que puso de presente que la situación relacionada con los cambios durante la fase de instalación, no se encontraban reguladas en el contrato y que se había solicitado el pronunciamiento del supervisor sin recibir respuesta.
5. Comunicaciones CD-COMCEL-INTV2-1063-22 de 23 de agosto de 2022, CD-COMCEL-INTV2-1096-22 de 1 de septiembre de 2022, CD-COMCEL-INTV2-1197-22 de 26 de septiembre de 2022, CD-COMCEL-INTV2-1279-22 de 21 de octubre de 2022, CD-COMCEL-INTV2-1376-22 de 28 de octubre de 2022, CD-COMCEL-INTV2-1388-22 de 8 de noviembre de 2012, CD-COMCEL-INTV2-1465-22 de 21 de noviembre de 2022, CD-COMCEL-INTV2-1612-22 del 14 de diciembre de 2022 y CD-COMCEL-INTV2-1623-22, por las cuales el contratista solicitó el cambio de centros digitales, y de las que aún no se tiene definición por parte de la entidad contratante.
6. Comunicación con radicado CDIG-INTERV2-COMCEL-00900-2022 de 30 de noviembre de 2022, en la que el interventor indicó con corte a dicha fecha que se encuentran aprobados 2.571 reportes de instalación del grupo 3.
7. Comunicaciones identificadas con los consecutivos CD-COMCEL-INTV2-1597-22, CD-COMCEL-INTV2-1600-22, CD-COMCEL-INTV2-1592-22, CD-COMCEL-INTV2-1594-22, CD-COMCEL-INTV2-1610-22, CD-COMCEL-INTV2-1595-22, CD-COMCEL-INTV2-1584-22, CD-COMCEL-INTV2-1625-22, CD-COMCEL-INTV2-1624-22, CD-COMCEL-INTV2-1623-22, CD-COMCEL-INTV2-1518-22, CD-COMCEL-INTV2-1621-22, CD-COMCEL-INTV2-1601-22, CD-COMCEL-INTV2-1574-22, CD-COMCEL-INTV2-1582-22, CD-COMCEL-INTV2-1581-22, CD-COMCEL-INTV2-1630-22, CD-COMCEL-INTV2-1640-22, CD-COMCEL-INTV2-1370-22, en las que el contratista informó sobre la existencia de hechos de fuerza mayor y cambios requeridos sobre las cuales ni el interventor, ni la supervisión se han pronunciado de fondo.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

b) Acreditación de la diligencia con la que el contratista contrató el suministro de los equipos necesarios para el desarrollo del reporte de instalación del grupo 3, y la imposibilidad de proceder con el cambio de equipos.

1. "REGLAS DE PARTICIPACIÓN PROCESO DE SUBASTA CONVOCADO POR CLARO PROYECTO: BPM010634 - MinTic 10K - Enlaces no licenciados" de 21 de diciembre de 2021.
2. Evaluación realizada por Comcel de los proveedores interesados en suministrar equipos para la ejecución del contrato, en el marco del proceso de contratación desarrollado para tales fines.
3. Contrato "para el suministro de equipos del proyecto centros digitales Mintic 10k suscrito entre Meltec Comunicaciones S.A. y Comunicación Celular S.A.", del 3 de marzo de 2021, junto con su anexo correspondiente al cronograma de entregas.
4. Orden de compra N.º 4500487072 remitida por Comcel a Meltec el día 14 de octubre de 2021, que expresamente señala que los equipos son para la ejecución de las instalaciones del grupo 3.
5. Orden de compra remitida por Meltec a Cambium Networks número SSB56284 de 5 de octubre de 2021.
6. Declaración juramentada expedida por Meltec Comunicaciones S.A. el 29 de noviembre de 2022, donde se indica de forma expresa que los equipos que requirió Comcel y que fueron objeto de retrasos en su suministro por los problemas en la cadena de fabricación y logística mundial, estaban destinados al cumplimiento de la meta 12 correspondiente al reporte de instalación de los CD del grupo 3.
7. Contrato "para el suministro de equipos de energía proyecto centros digitales Mintic 10k suscrito entre Ceragon America Latina Ltda Sucursal Colombia y Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.", suscrito el 3 de marzo de 2021, con el anexo correspondiente a su cronograma.
8. Orden de compra N.º 4500486749, remitida por Comcel S.A. a Ceragon y las órdenes de compra números 4500510868 y 4500510869 que la sustituyeron.
9. Comunicación remitida mediante correo electrónico de 3 de febrero de 2022 en la que se indica que la orden 4500486749 es reemplazada por las órdenes 4500510868 y 4500510869.
10. Correo electrónico mediante el cual Comcel S.A. remitió a Ceragon la orden de compra N.º 4500486749, en el que se evidencia que los equipos solicitados eran necesarios para la instalación de los CD correspondientes al grupo 3.
11. Orden de compra N.º 20210710 remitida por Ceragon al fabricante Cambium Networks el 8 de octubre de 2022, con un plazo de entrega de 15 días.
12. Orden de venta SCB02426 remitida por Cambium Networks el 15 de octubre de 2022.
13. Declaración juramentada expedida por Ceragon America Latina Sucursal Colombia el 29 de noviembre de 2022, donde indica de forma expresa que los equipos que requirió Comcel S.A. y que fueron objeto de retrasos en su suministro por los problemas en la cadena de fabricación y logística mundial, estaban destinados al cumplimiento de la meta 12 correspondiente al reporte de instalación de los centros digitales correspondientes al grupo 3.
14. Plan de ingeniería remitido por Comcel S.A. radicado mediante comunicado con radicado 211021647 del 17 de marzo de 2021.
15. Concepto de aprobación del plan de ingeniería remitido por la interventoría mediante radicado CD-INTV-COMCEL-0035-21 del 24 de marzo de 2021.
16. Plan de instalaciones remitido por Comcel S.A. a la interventoría y el supervisor del contrato.
17. Comunicación remitida por Ceragon el 5 de septiembre de 2022 en la que manifestó la incompatibilidad de los equipos Cambium Networks con equipos de terceros.
18. Comunicación remitida por CAMBIUM de fecha 13 de septiembre de 2022 en la que manifestó la incompatibilidad de los equipos Cambium Networks con equipos de terceros fabricantes.

c) Acreditación de los inconvenientes que impidieron a Comcel S.A. en los tiempos previstos a los equipos necesarios para proceder con las instalaciones de los centros digitales del grupo 3.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

1. Relato detallado presentado en la sesión de audiencia de 18 de noviembre de 2022, en el que se incluyeron los reportes de prensa que corresponden a los hechos notorios que afectaron la cadena mundial de fabricación y suministro mundial.
2. Comunicación remitida por Meltec el 8 febrero de 2022, en la que informó sobre el estado del envío del pedido.
3. Comunicación remitida por Meltec el 16 de mayo de 2022, en la que informó sobre el estado del envío del pedido; Comunicación del fabricante Cambium Networks de mayo de 2022 en la que comunicó el estado de la entrega de los equipos Force 300-CSM y ePMP300L que corresponden la orden SSB56284; Comunicación de 6 de mayo del operador logístico Magnum Logistics, en la que dicho operador puso de presente las dificultades ocurridas en Shanghai, con ocasión del rebrote de la pandemia, que ocasionó cierres y bloqueos en muchas fábricas que le impidieron la oportuna recogida y transporte de mercancías; Comunicación de 18 de mayo de 2022 del operador logístico Magnum Logistics se refirió entre otras, a la orden SSB56284 que remitió Cambium Networks a Meltec y reiteró los problemas en la ciudad de Shanghai.
4. Comunicación de Meltec de 26 de agosto de 2022, en la que indicaron que la fecha de entrega para los 71 EPMP 3000L y los 46 EPMP 3000 correspondía al 12 de septiembre de 2022; Comunicación de 25 de agosto operador logístico en la que además de poner de presente la situación de orden público ocasionada por la minga indígena en la vía Buenaventura-Buga señalaron la trazabilidad completa de los equipos correspondientes entre otros, a la orden SSB56284 en la que se indicó que los equipos zarparon el día 13 de julio.
5. Carta de embarque CEBVT22246668V en la que se incluyeron 18 unidades de equipos EPMP 3000L remitidas por el proveedor Meltec.
6. Comprobantes de recibo de las 18 unidades de equipos EPMP 3000L recibidas por Comcel S.A., el 21 de mayo de 2022.
7. Carta remitida por Meltec el 8 de septiembre de 2022 en la que hizo un recuento de las vicisitudes asociadas a la orden de compra 4500487072 e indicó el estado de la misma.
8. Declaración juramentada expedida por Meltec Comunicaciones S.A. el 29 de noviembre de 2022
9. Carta del 8 de febrero de 2022, en la que el proveedor Ceragon manifestó que en relación con los equipos ODU C050910A121A EPMP 3000L CBNWA1 hubo demoras en la fabricación y el transporte, e indicó que la mayoría de estos equipos serían entregados entre abril y junio de 2022.
10. Comunicación de 27 de abril de 2022, en la que Ceragon informó sobre los permanentes problemas de fabricación e indicó que la fecha estimada de entrega de los equipos ODUS Force 300y ePMP 3000L debía extenderse hasta agosto de 2022.
11. Comunicación de 27 de abril de 2022 remitida por el fabricante Cambium Networks en la que manifestó que los equipos ODUS Force 300y ePMP 3000L correspondientes a la orden 20210710, tenían retrasos en su proceso de fabricación dada la escasez de componentes.
12. Comunicación de 9 de julio de 2022, en la que Ceragon comunicó que los ODU C050910A121A EPMP 3000LCBNW, podrían ser entregados el día 15 de julio de 2022 y los ODU 050910C121A FORCE 300-CSM CBNW, realizarían sus mejores esfuerzos para anticipar la fecha de entrega prevista para el 15 de agosto de 2022.
13. Reporte actualizado de Ceragon con los soportes de entrega de los ODU C050910A121A EPMP 3000LCBNW el 13 de julio, y los ODU 050910C121A FORCE 300-CSM CBNW el 19 de julio. En este archivo se encuentran embebidos las declaraciones de importación, los documentos de transporte, las órdenes de envío de CAMBIUM, y los documentos de entrega en bodegas de COMCEL, dejando plena trazabilidad desde la salida de origen al ingreso a bodegas de Comcel.
14. Comunicado de Ceragon del 21 de agosto confirmando entrega de Material 4060052 - ODU C050910A121A EPMP 3000L CBNW (88 unid) el 13 de julio y Material 4060055 - ODU 050910C121A FORCE 300-CSM CBNW el (399) el 19 de julio de 2022.
15. Declaración juramentada expedida por Ceragon America Latina Sucursal Colombia. el 29 de noviembre de 2022.
16. Documento en formato Excel que muestra el resumen de las afectaciones a la cadena de suministro, y como estas han impactado a cada uno de los centros digitales, especificando el ID de los Centros Digitales

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

afectados. En los archivos relacionados como adjuntos en esta comunicación y en la referida tabla de Excel se encuentran incluidos los soportes que validan su relación con la ejecución del contrato.

17. Comunicaciones del Consorcio Superdigitales 2022 con radicado CDIG-INTERV2-COMCEL-00363-2022 y la CDIG-INTERV2-COMCEL-00473-2022 en la que efectuó un análisis en relación con los repuestos requeridos para la operación del contrato y encontró, frente a la revisión del mes de julio, que el retraso en el suministro de los mismos *"fue ocasionado por la falla de la cadena mundial de suministros; tiempos que no cuentan como tiempos de indisponibilidad, tal como lo regla el mencionado Anexo Técnico del Contrato de Aporte"*, e igualmente frente a los meses de mayo y junio de 2022 en los que también conceptuó favorablemente el reconocimiento del evento de fuerza mayor que fue ocasionado por la falta de repuestos en la falla de la cadena mundial de suministros.
18. Comunicaciones con radicado CD-COMCEL-INTV2-1359-22 de 25 de octubre de 2022 y CD-COMCEL-INTV2-1412-22 de 8 de noviembre de 2022 mediante las cuales se le indicó a la interventoría que se encontraba pendiente de pronunciamiento de fondo sobre los eventos de fuerza mayor que afectaron el suministro de equipos que principalmente se refiere a la guerra entre Rusia y Ucrania y la estrategia de Covid Cero adoptada por China.
19. Escritura pública 4385 otorgada el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 de 2022, mediante la cual se protocolizó el silencio administrativo que corresponde al reconocimiento de los hechos fuera del alcance del contratista que afectaron durante el año 2022 la ejecución del contrato, en particular el cumplimiento de la meta 12.

d) Acreditación de hechos debidamente reconocidos por las partes que han afectado integralmente el cronograma del contrato y que tras no existir un pronunciamiento expreso por parte de la entidad contratante dieron lugar a su reconocimiento mediante acto ficto. Los comprobantes de la diligencia del contratista para solicitar a la entidad contratante la instrumentación de los impactos de los hechos de fuerza mayor reconocidos.

1. Comunicación CD-INTV-DIRINFRA-0142-21 de 16 de julio de 2021 mediante la cual la interventoría encontró probados hechos de fuerza mayor que dieron lugar a la suspensión de la Meta 7.
2. Escritura pública 4386 otorgada el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 de 2022, mediante la cual se protocolizó el silencio administrativo que corresponde al reconocimiento de los hechos fuera del alcance del contratista que afectaron durante el primer semestre de 2021 la ejecución del contrato 1042 de 2020.
3. Comunicación con radicado N.º 211088261 del 28 de octubre de 2021 mediante la cual el interventor encontró probados hechos de fuerza mayor que dieron lugar a la suspensión de la Meta 10.
4. Escritura pública 4384 otorgada el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 de 2022, mediante la cual se protocolizó el silencio administrativo que corresponde al reconocimiento de los hechos fuera del alcance del contratista que afectaron durante el segundo semestre de 2021 la ejecución del contrato 1042 de 2020.
5. Comunicado con radicado CD-COMCEL-INTV-0284-21 de 12 de octubre de 2021 remitido a la entidad contratante para solicitar la suspensión y/o modificación del contrato de aporte.
6. Comunicado con radicado CD-COMCEL-INTV-0288-21 de 27 de octubre de 2021 remitido a la entidad contratante para solicitar la suspensión y/o modificación del contrato, mediante el cual el contratista compiló su solicitud de extender el plazo para el cumplimiento de la meta 10.
7. Radicado CD-COMCEL-INTV-0310-21 de 11 de noviembre de 2021 remitido a la entidad contratante solicitando la suspensión y/o modificación del contrato de aporte.
8. Radicado 211095811 de 22 de noviembre de 2021 remitido a la entidad contratante para solicitar la suspensión y/o modificación del contrato.
9. Radicado CD-COMCEL-INTV-0372-21 de 21 de diciembre de 2021 remitido a la interventoría para solicitar la suspensión y/o modificación del contrato.
10. Radicado CD-COMCEL-INTV-0434-22 de 25 de enero de 2022 remitido a la interventoría y supervisión para solicitar la suspensión y/o modificación del contrato.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

11. Radicado CD-COMCEL-INTV-0451-22 de 1 de febrero de 2022 remitido a la interventoría y supervisión para solicitar la suspensión y/o modificación del contrato.
12. Radicado CD-COMCEL-INTV-0528-22 de 28 de febrero de 2022 remitido a la interventoría y supervisión para solicitar la suspensión y/o modificación del contrato.
13. Radicado CD-COMCEL-INTV-0586-22 de 4 de abril de 2022 remitido a la interventoría con copia a la entidad contratante para solicitar la suspensión y/o modificación del contrato.
14. Radicado CD-COMCEL-INFRA-0287-22 de 27 de mayo de 2022 remitido a la entidad contratante para solicitar la suspensión y/o modificación del contrato.

e) Evidencias de los retrasos en el desembolso de las utilizaciones. El caso del anticipo.

1. Comunicación con radicado No. 201078666 de 29 de diciembre de 2020 mediante la cual, Comcel presentó el plan de inversión del anticipo, en la que se evidencia que Comcel cumplió con el requisito para la utilización del anticipo.
2. Comunicación con radicado No. 2120054549 del 30 de enero de 2021, por la cual, la supervisión del Contrato aprobó el plan de inversión del anticipo.
3. Comunicación del día 12 de noviembre de 2021 con radicado CD-COMCEL-INFRA-00229-21, con la que Comcel solicitó la modificación del plan de inversión del anticipo.
4. Comunicación con radicado No. CD-INTV-DIRINFRA-0401-22 de 5 de enero de 2022, en donde la interventoría aprobó la modificación del plan de inversión del anticipo.
5. Comunicación con radicado No. CDIG-DIRINFRA-INTERV-212-22 del 1 de abril de 2022, mediante la cual la supervisión aprobó la modificación del plan de inversión del anticipo.

f) Pruebas documentales aportadas por el apoderado de Comcel mediante comunicación remitida por correo electrónico del 12 de enero de 2023.

1. Comunicación con radicado CDIG-INTERV2-COMCEL-01209-2023 de 10 de enero de 2023 en la que la interventoría evidenció que con corte a 6 de enero de 2023, se encontraban aprobados el reporte de instalación de 2.865 centros digitales correspondientes al grupo 3.
2. Comunicaciones con radicado CD-COMCEL-INTV2-1701-23, CD-COMCELINTV2-1702-23, CD-COMCEL-INTV2-1711-23, y CD-COMCEL-INTV2- 1712-23 a través de las cuales el contratista subsanó el reporte de instalación de 15 centros digitales, las cuales se encuentran en proceso de revisión de la interventoría.
3. Comunicaciones con radicado CD-COMCEL-INTV2-1704-23, CD-COMCELINTV2-1668-22, CD-COMCEL-INTV2-1703-23, CD-COMCEL-INTV2-1692- 23, CD-COMCEL-INTV2-1686-23, CD-COMCEL-INTV2-1688-23, y CDCOMCEL-INTV2-1670-23 a través de las cuales el contratista remitió al interventor evidencias adicionales de los eventos de fuerza mayor que continúan afectando la ejecución del contrato.
4. Comunicación con consecutivo CD-COMCELINTV2-1707 radicado MINTIC 231001776 a través de la cual el contratista remitió el soporte de que 11 centros digitales de los que fueron objeto de cuestionamiento se encuentran en funcionamiento y que únicamente se encuentran pendientes 5 por circunstancias de fuerza mayor debidamente acreditadas, lo cual se encuentra en proceso de revisión de la interventoría.

OFICIOS.

El recurrente, con el propósito de confirmar la existencia de hechos de fuerza mayor que aun impiden la finalización de la instalación de los CD, solicita como prueba que, "se oficie a la interventoría para que se

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

pronuncie de fondo frente sobre cada uno de los hechos ajenos al contratista, que continúan afectando el envío del reporte de algunos centros digitales, así como la puesta en funcionamiento de aquellos que se encuentran pendientes".

TESTIMONIALES.

El apoderado de Comcel reiteró la solicitud de decretar los testimonios de las siguientes personas:

1. La señora Lorena del Pilar Albarracín Sánchez jefe de logística de la sucursal en Colombia de Ceragon América Latina Ltda.
2. Adolfo Acero, Representante Legal de la sucursal en Colombia de Ceragon América Latina Ltda.
3. El señor Jaime Orlando Galvis Forigua, Director de Proyectos Especiales de MELTEC Comunicaciones S.A.
4. La señora Adriana Marcela Correa Gutiérrez de Piñeres, representante legal de MELTEC Comunicaciones S.A
5. El señor Pablo Trujillo, Director de Compras de Comcel S.A., quien por su conocimiento del proceso de compras.
6. El señor Humberto Enrique Cañon Mercado, Director de Compras de Comcel S.A
7. El señor Álvaro Miguel Otero Dumar, Director de Implementación de COMCEL S.A.
8. El Coronel Darío Díaz, gerente de seguridad de Comcel S.A.

Pronunciamiento del Despacho:

A continuación, este Despacho procederá a pronunciarse de las pruebas que se incorporan al procedimiento sancionatorio contractual, para el efecto resulta pertinente mencionar los requisitos objetivos de la prueba:

1. Conducencia: Hace referencia a que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho, este punto es netamente de derecho.
2. Pertinencia: Consiste en que el hecho que se pretende demostrar se refiera o tenga relación con lo que configura la propuesta, este punto es de hecho.
3. Utilidad: Hace referencia a que con esa prueba pueda establecerse un hecho materia de la controversia, que aún no se encuentra demostrado con otra.

Explicado lo anterior, por considerarlas pertinentes, conducentes y útiles para tener certeza de los eventos de fuerza mayor reconocidos por el Consorcio Superdigitales 2022 que han impedido el cumplimiento del reporte e instalación de la totalidad de los CD que componen la meta 12, por el contratista, se incorporan como pruebas documentales las enunciadas en los siguientes numerales:

- ✓ Numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del literal a).
- ✓ Los numerales 1, 2, 3 y 4 del literal f).

Respecto de la prueba de oficio solicitada por el recurrente en cuanto a oficiar a la interventoría para que se pronuncie *"sobre cada uno de los hechos ajenos al contratista, que continúan afectando el envío del reporte de algunos centros digitales, así como la puesta en funcionamiento de aquellos que se encuentran pendientes"*, este Despacho la incorporó al expediente, en virtud de que la misma tiene relación directa con las pruebas documentales antes referenciadas.

Esta prueba se ha concretado de la siguiente manera:

1. Mediante oficio con radicado 232001718 del 12 de enero de 2023, se solicitó a la interventoría entre otras cosas, su concepto sobre los eventos de fuerza mayor y las circunstancias ajenas al contratista que le han impedido dar cumplimiento a la totalidad de la meta 12, así como del estado de cumplimiento de las

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

obligaciones endilgadas. Dicha información también fue solicitada a la supervisión con radicado número 232001725 del mismo día, estableciendo como fecha de entrega de la respuesta el día 18/01/2023.

2. Teniendo en cuenta, el comunicado recibido del apoderado de Comcel mediante correo electrónico del 12 de enero de 2023 y radicado 231002113 del 13 de enero de 2023, en el que por una parte, solicitó dar traslado a la interventoría y supervisión del recurso presentando en sesión de audiencia del 26 de diciembre de 2022 para que se pronunciaran en calidad de vigilantes del contrato y por otra, reiteró la cesación de la situación de incumplimiento de la Meta 12, aportando nuevas pruebas documentales, este Despacho con radicados 232001797 y 232001801, ambos del 13/01/2023, trasladó tanto a la interventoría como a la supervisión dicha información, para que se pronunciaran de manera integral, el mismo 18/01/2023.
3. La supervisión con memorando radicado con el N.º 232002707 del 18/01/2023 solicitó conceder un plazo adicional de 2 días, esto es, hasta el 20/02/2023, para dar respuesta a las solicitudes de este Despacho. Sobre el particular, fue concedida tal petición a través del radicado 232002742 de la misma fecha.
4. La interventoría con comunicado 231003367 del 18/01/2023 dio respuesta a las solicitudes efectuadas por esta coordinación, anexando los soportes correspondientes. Información que fue trasladada a la supervisión con memorando 232002982 del 19/01/2023, atendiendo la recomendación efectuada en el radicado 232002707 de 2023.
5. Luego, la interventoría a través de comunicado 231004061 del 20/01/2023, informó al Despacho que teniendo en cuenta que Comcel había radicado nueva información del reporte de instalación de los CD correspondientes a la meta 12, que el Consorcio en cumplimiento de sus obligaciones propias de la vigilancia del contrato de aporte, realizaría su pronunciamiento sobre lo presentado, el día 24/01/2023.
6. El mismo día, esto es, el 20/01/2023, la supervisión, radicó memorando con número 232003711, solicitando un plazo adicional de 1 día para exponer su pronunciamiento, esto es, hasta el día 25/01/2023, teniendo en cuenta que la interventoría efectuaría un nuevo pronunciamiento el 24/01/2023.
7. La Coordinadora de GIT de AAC, mediante radicados 232003824 y 232003829, ambos de fecha 23/01/2023, por una parte, aceptó a la supervisión el plazo adicional solicitado y por otra, le indicó a la interventoría que en razón a que el Despacho se encontraba en análisis del recurso y de sus pruebas, se tendría en cuenta la respuesta que el Consorcio allegara el 24 de enero, con el fin de que hiciera parte del expediente objeto de estudio.
8. La interventoría con comunicado 231004736 del 24/01/2023, efectuó alcance al radicado 231003367 del 18/01/2023.
9. Comcel el 25/01/2023, mediante correo electrónico y radicado 231005139, allegó comunicado ante este despacho con copia a la interventoría y supervisión, en el que solicitó se requiriera a la interventoría para que aclarara el concepto emitido con radicado 231004736 del 24/01/2023 con fundamento en que: *"De este modo, el Interventor sustentó su concepto de no favorabilidad en que el centro digital con ID 20687 no tenía acervo probatorio, con lo que entendemos no se habría tenido en cuenta el documento que radicamos el día 23 de enero de 2023, en el que con absoluta claridad el rector de la institución educativa manifestó que no se encontraban las condiciones para finalizar la instalación, en particular porque la sede estaba en proceso de finalización del trámite de restauración de la energía interconectada"*. El mismo día mediante correo electrónico, Comcel dio alcance a esta solicitud manifestando que en relación con la apertura y funcionamiento de los centros digitales que el interventor había manifestado que a fecha 18 de enero de 2023, la situación se encontraba superada.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

10. Teniendo en cuenta lo anterior, la interventoría con comunicado identificado con el número 231005189 del mismo día, efectúo alcance al concepto emitido el 24/01/2022.
11. Por su parte, la supervisión dio su pronunciamiento integral el día 25/01/2023, con memorando N.º 232004821 y alcances con números 232004895 de la misma fecha y 232005022 del 26/01/2023.
12. El 27 de enero de 2023 se llevó a cabo la continuación de la audiencia en la que en su desarrollo se le dio traslado a Comcel, de la información presentada por la interventoría y supervisión en cuanto al estado de cumplimiento de las obligaciones objeto de estudio en el procedimiento, particularmente se dio lectura del radicado 232005022 del 26/01/2023. Por su parte, el apoderado del contratista renunció al derecho de efectuar su pronunciamiento al traslado efectuado, en el entendido en que se encontraba de acuerdo con las manifestaciones de la interventoría y supervisión.

Bajo este contexto, este Despacho, a efectos de resolver el presente recurso únicamente tuvo en cuenta las pruebas que consideró útiles, necesarias y pertinentes para acreditar las circunstancias ajenas al contratista que impidieron que Comcel realizara el reporte de la instalación de los 3.034 CD que corresponden a la meta 12, como lo establece la cláusula sexta del contrato de aporte N.º 1042 de 2020.

3. RECURSO DE REPOSICIÓN Y CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD.

Para efectos de resolver el presente recurso, se sintetizarán los argumentos del recurrente mediante los cuales expone su desacuerdo con la decisión y acto seguido se expondrán los argumentos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

A. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE.

1. “El cumplimiento de las obligaciones y sus efectos”

1.1. “La meta 12”

El recurrente señaló que respecto a la meta 12 había cesado el incumplimiento y que las manifestaciones del Despacho además de no corresponder al estado de cumplimiento a la fecha de presentación del recurso eran contrarias a lo dicho por la interventoría en comunicación CDIG-INTERV2-COMCEL-00900-2022 de fecha 30 de noviembre de 2022 toda vez que, a esta fecha, es decir 30 de noviembre de 2022, en dicho comunicado el consorcio interventor indicó que se habían aprobado 2.571 CD y no 2.384 y, que en ese sentido se efectuó la tasación de la multa con base a 491 CD pendientes de reporte por Comcel S.A.

1.1.1. “Los reportes de instalación presentados y aprobados”

Sobre el particular manifestó el apoderado que el interventor mediante comunicado CDIG-INTERV2-COMCEL-01071-2022 del 23 de diciembre de 2022 había constatado que con corte al 22 de diciembre de 2022 se encontraban aprobados el reporte de instalación de 2.850 CD del grupo 3.

En suma, el recurrente indicó que existen circunstancias ajenas al contratista que han impactado la ejecución del contrato y que se encuentran acreditadas por la interventoría en pronunciamiento expreso respecto de 159 CD, encontrándose otros pronunciamientos pendientes por el interventor. Así como también se encontraba pendiente, el pronunciamiento de la entidad a la solicitud de eventuales cambios que procederían.

1.1.2. “Los eventos de fuerza mayor reconocidos y los que aun impiden la instalación”

Manifestó el recurrente que mediante comunicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 y radicado

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

221092691 del 16 de noviembre de 2022, la interventoría había verificado la existencia de eventos de fuerza mayor de 159 CD del grupo 3.

Hizo énfasis en que en el reporte la interventoría había expresado *"que todos los eventos de fuerza mayor presentados son extemporáneos, lo que en todo caso no es óbice para que está interventoría se pronuncie de fondo, no sin antes advertir que esta consecuencia conllevó a solicitar prórrogas para el pronunciamiento a la supervisión, con el fin de contestar el cúmulo de oficios allegados por el Contratista y que dieron origen al presente oficio unificado"*

De igual forma se refirió el apoderado que continuaban las situaciones de fuerza mayor y que impedían finalizar la instalación de 51 CD, indicó que tales situaciones habían sido reportadas a la interventoría en distintos comunicados (*"Consecutivos CD-COMCEL-INTV2-1597-22, CD-COMCEL-INTV2-1600-22, CD-COMCEL-INTV2-1592-22, CD-COMCEL-INTV2-1594-22, CD-COMCEL-INTV2-1610-22, CD-COMCEL-INTV2-1595-22, CD-COMCEL-INTV2-1584-22, CD-COMCEL-INTV2-1625-22, CD-COMCEL-INTV2-1624-22, CD-COMCEL-INTV2-1623-22, CD-COMCEL-INTV2-1518-22, CD-COMCEL-INTV2-1621-22, CD-COMCEL-INTV2-1601-22, CD-COMCEL-INTV2-1574-22, CD-COMCEL-INTV2-1582-22, CD-COMCEL-INTV2-1581-22, CD-COMCEL-INTV2-1630-22, CD-COMCEL-INTV2-1640-22, CD-COMCEL-INTV2-1370-22"*). En este punto señaló el apoderado que la interventoría había manifestado en comunicación identificada con el número CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01074-2022 del 23 de diciembre de 2022, *"que no se pronunciaría de fondo por considerarlas extemporáneas"*¹.

Aunado a esto, aseveró el recurrente que en la actuación administrativa primaba lo sustancial sobre lo formal, de conformidad con lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política, en razón a que el procedimiento tiene una función instrumental y que no es un fin en sí mismo², por lo que no era viable que la interventoría sobreponga lo sustancial sobre los aspectos meramente formales, en razón a que lo sustancial es que ocurrieron eventos de fuerza mayor que tienen impacto en el contrato.

Afirmó el apoderado *"que con o sin la multa, continúan existiendo circunstancias que imposibilitan al contratista finalizar los reportes de instalación de los centros digitales del grupo 3, y que afectarán la etapa de operación de dicho grupo, por lo que a efectos de agilizar la entrada en operación de los centros digitales del grupo 3, y efectivamente que la actuación cumpla con sus fines de apremio, urge el pronunciamiento de fondo del interventor"*.

1.1.3. "Las situaciones de indefinición que impiden al contratista proceder con las instalaciones".

El recurrente puso de presente que existen 19 CD de los cuales su instalación no se ha llevado a cabo en razón a *"que se tratan de sitios en los que el contratista observó al momento de desarrollar las labores de instalación, que no reunían las condiciones de elegibilidad establecidas en el Anexo Técnico del Contrato, y frente a los cuales la entidad contratante aún no ha definido cómo operarían los cambios, ni los sitios que serían sus reemplazos."*

Se trata de situaciones no atribuibles al contratista que generan que el centro educativo no sea elegible, como es el caso por ejemplo de aquellos Centros respecto de los cuales los rectores indicaron que renuncian al servicio. Sobre este tema, el interventor en la comunicación CDIG-INTERV2-DIRINFRA 00739-2022 y radicado 221092691 de 16 de noviembre de 2022, manifestó que "Efectivamente, es evidente que el control en la definición del Rector o autoridad territorial de renunciar al servicio de internet, no es competencia del contratista, por cuanto son decisiones de las mismas autoridades (...)".

Señaló el apoderado que esta situación ha sido informada a la supervisión y la interventoría, indicando los CD que aún no tienen definido su reemplazo, sin haber recibido respuesta por la supervisión.

¹ Según el apoderado la interventoría indicó en el comunicado lo siguiente: (...) *por lo que en este caso, al encontrarse agotadas las etapas del proceso sancionatorio, procedemos a aplicar las condiciones contractuales que se retoman a continuación, y con ello, a considerar que por evento de extemporaneidad, no se efectúa el análisis de fondo de sus pretensiones, pues nótese que el Contratista no informó las situaciones de fuerza mayor, a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al conocimiento de los hechos"*

² Se amparó el apoderado en la Sentencia T-295 de 1999 y Sentencia C-590 de 2005.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Las comunicaciones a que se refiere el apoderado son las que se ilustran en la siguiente tabla.

ID BENEFICIARIO	FECHA RADICACION	COMUNICADO SOLICITUD
19223	23/08/2022	CD-COMCEL-INTV2-1063-22
19761	1/09/2022	CD-COMCEL-INTV2-1096-22
21633	1/09/2022	CD-COMCEL-INTV2-1096-22
22248	1/09/2022	CD-COMCEL-INTV2-1096-22
74373	1/09/2022	CD-COMCEL-INTV2-1096-22
30599	26/09/2022	CD-COMCEL-INTV2-1197-22
30978	26/09/2022	CD-COMCEL-INTV2-1189-22
74124	26/09/2022	CD-COMCEL-INTV2-1197-22
19587	21/10/2022	CD-COMCEL-INTV2-1279-22
19569	21/10/2022	CD-COMCEL-INTV2-1279-22
39231	28/10/2022	CD-COMCEL-INTV2-1376-22
53752	8/11/2022	CD-COMCEL-INTV2-1388-22
20687	21/11/2022	CD-COMCEL-INTV2-1465-22
39081	14/12/2022	CD-COMCEL-INTV2-1612-22
70766	14/12/2022	CD-COMCEL-INTV2-1612-22
74105	14/12/2022	CD-COMCEL-INTV2-1612-22
67875	18/12/2022	CD-COMCEL-INTV2-1623-22
70560	18/12/2022	CD-COMCEL-INTV2-1623-22
74613	18/12/2022	CD-COMCEL-INTV2-1623-22

Vinculado a esto, señaló el apoderado que la interventoría a través de comunicaciones identificadas con los códigos CDIG-INTERV2-COMCEL-00465-2022 de 11 de octubre de 2022, y CDIG-INTERV2-COMCEL-00389-2022 de 29 de septiembre de 2022 informó que solicitó a la supervisión concepto relacionado con los cambios en los CD *“que eventualmente resulten aplicables durante la instalación, verificación y puesta en marcha de los mismos, puesto que esta circunstancia no se encuentra regulada en el Contrato, ni en su Anexo Técnico. A la fecha se debe indicar que no tenemos conocimiento del pronunciamiento de la supervisión sobre este tema”*.

Indicó también el apoderado que esta situación fue reiterada por la interventoría con radicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01074-2022 de 23 de diciembre de 2022, en la que concluyó que en la etapa contractual respecto del grupo 3 que corresponde a la instalación, ni el contrato ni su anexo técnico regulan los cambios o traslados de los CD, agregando que en su opinión ello se ajusta a la planeación de la entidad.

Puntualmente señaló el apoderado:

“Aunque no existen dudas de que los cambios durante la etapa de instalación no se encuentran regulados en el Anexo Técnico, no puede acogerse la interpretación del interventor en cuanto a que el hecho de no haberse contemplado la regulación sobre los cambios se ajusta a la planeación de la entidad contratante, puesto que contrario a lo manifestado por el interventor del Contrato, y tal como a dicha entidad y la supervisión les consta de primera mano, en la realidad de la ejecución del Contrato, ha sido admitido que finalizados los estudios de campo, se proceda con ajustes en la definición de los centros digitales a ser instalados, pudiendo tratarse de algunos distintos de aquellos que fueron objeto de los estudios de campo, puesto que a lo largo de la ejecución contractual, para optimizar su ejecución la interventoría y la supervisión del Contrato han autorizado reemplazos en los sitios entre los diferentes grupos. Esto ha generado que en ciertos casos y en particular en los Centros del grupo 3, transcurriera un lapso de tiempo considerable entre la aprobación de los estudios de campo y la instalación de los centros digitales”.

De lo anterior, insiste el recurrente que es necesario el pronunciamiento de la entidad, teniendo en cuenta que Comcel no había asumido ningún tipo de responsabilidad relacionadas con dichas circunstancias y con lo cual ha mantenido la situación de indefinición sobre el particular, que impide la finalización de las instalaciones, por razones ajenas al contratista.

Dentro de este marco, señaló el apoderado que el 31 de diciembre de 2020 la entidad había entregado a Comcel una base de potenciales candidatos para ser utilizados por el contratista, sin que se incluyeran los posibles candidatos para casos especiales entre ellos los resguardos indígenas e instituciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por lo que según el recurrente, *“sólo puede proceder con el cumplimiento de sus obligaciones una vez se confirme por parte de la entidad los posibles candidatos a reemplazar centros digitales*

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

especiales que resulten no elegibles como ocurre con estos eventos³ y que tampoco “existía una definición sobre el manejo que se le debe dar a una situación no prevista en el contrato”. Aseguró el apoderado que de abstenerse la entidad en pronunciarse sobre este tema “perpetúa indefinidamente la situación de incumplimiento, y desnaturaliza el apremio”

1.1.4. “Consolidado de la Meta 12 y pronunciamiento de la Ministra TIC”

En este punto el recurrente se empeña en decir que de conformidad con lo acreditado por la interventoría el consolidado de la meta es el que se muestra en la siguiente imagen, por lo que en palabras del apoderado había cesado el incumplimiento en razón a que los CD que se encuentran pendientes de instalación obedecía a que persistían los eventos de fuerza mayor y a situaciones pendientes de definición por la entidad.

CD Aprobados	FM reconocidas en la Resolución	FM adicionales pendiente de pronunciamiento de fondo de la interventoría.	Cambios pendientes de definición por la entidad contratante.
2850	159	51	19

Sustenta el apoderado que *“la diferencia con el total de la meta obedece a que en algunos casos en los que se presentaron hechos de fuerza mayor, el contratista ha logrado finalizar los reportes de instalación”*.

Mediante correo electrónico del 12 de enero de 2023, radicado con el 231002113 del 13 de enero de 2023, el apoderado de Comcel, allegó comunicado en el que solicitó por una parte, dar traslado a la interventoría y supervisión del recurso presentando en sesión de audiencia del 26 de diciembre de 2022 para que se pronunciaran en calidad de vigilantes del contrato y por otra, presentó alcance al recurso reiterando la cesación de la situación de incumplimiento de la Meta 12, aportando nuevas pruebas documentales.

En tal sentido, se refirió a que con corte al 6 de enero de 2023 según lo verificado por la interventoría se encontraban aprobados 2.865 CD⁴ y que se encontraban en revisión del Consorcio 15 CD. De igual forma indicó en el nuevo consolidado de la Meta 12 así: i) aprobados por la interventoría 2.865, ii) en revisión del interventor 15, iii) fuerza mayor con concepto favorable 159 y iv) pendientes de pronunciamiento de fondo 48 CD por situaciones ajenas al contratista precisando que: *“Más allá de que los sitios reportados cambios en el Recurso corresponden a situaciones que se encuentran pendientes de definición, es claro que hechos ajenos al contratista han afectado la instalación de 19 centros digitales, por lo que de ninguna manera puede multarse al contratista por hechos en los cuales no tiene ningún tipo de responsabilidad”*.

1.2. “La apertura y funcionamiento de los centros digitales”

De la explicación efectuada, observa este Despacho que el apoderado es reiterativo en lo dicho con la sustentación de sus descargos, en que esta obligación no es exigible a Comcel *“por cuanto la apertura y funcionamiento de los CD debe realizarse “desde el reporte de cada uno de los grupos de instalación”, y no desde los reportes de avance que de buena fe realice el contratista, a efectos de evitar cualquier tipo de duda, Comcel S.A. acreditó al interventor del Contrato que dentro de los parámetros del mismo ha cesado la situación de presunto incumplimiento”*.

Lo anterior, lo fundamenta el apoderado en que de conformidad con el reporte actualizado del interventor que consta en el radicado con código CDIG-INTERV2-COMCEL-01075-2022 de 23 de diciembre de 2022 *“únicamente 14 se encuentran en estado offline, y que la mayoría de estos presentan situaciones de fuerza mayor que no fueron consideradas por el interventor por considerarlas extemporáneas”*.

Manifiesta el recurrente que en aplicación de los principios de buena fe y confianza legítima, y de primacía de lo sustancial sobre lo formal ya sustentada por el apoderado, era necesario que la interventoría emita concepto

³ Se refirió el apoderado a la Nota del numeral 2.1.1.5 del anexo técnico que señala: *“Los cambios se realizarán dando prioridad a Instituciones Públicas de la misma naturaleza.”*

⁴ Concepto emitido por la interventoría en comunicado CDIG-INTERV2-COMCEL-01209-2023.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

sobre la situación de fuerza mayor que afecta los CD que aún se encuentran en offline.

Adicionalmente se refirió el apoderado al indicador de disponibilidad por CD, haciendo alusión al numeral 2.3.4.4.1 *“indicador de disponibilidad por centro digital”* del anexo técnico, para precisar que de su redacción se había previsto *“que se debe verificar que existe un margen de incumplimiento mayor 2%, margen que al ser aceptable durante la etapa de operación del Contrato, con mayor razón debe serlo cuando no se ha iniciado la operación remunerada del mismo”* (sic). Finalmente indicó que ni en la Resolución, ni en los documentos que hacen parte del procedimiento se evidenciaba la aplicación del referido cálculo, por lo que *“a efectos de determinar los presuntos incumplimientos de Comcel S.A. Con base en la información indicada anteriormente, es claro que con corte a 23 de diciembre de 2022, únicamente se encontrarían offline 14 centros digitales lo cual es sustancialmente inferior al 2% de margen establecido en el Contrato, de tal manera que además de encontrarse dentro del margen establecido en el Contrato, el mismo obedece a circunstancias ajenas al contratista que se encuentran pendientes de pronunciamiento de fondo por parte del interventor del Contrato”*.

En el ya mencionado alcance del recurso del 12 de enero de 2023, el recurrente indicó que había acreditado ante la interventoría la cesación del presunto incumplimiento, a través de la comunicación con consecutivo CD-COMCELINTV2-1707 radicado MINTIC 231001776, siendo que de los centros digitales que se hallaban pendientes de acreditación de conectividad, 13 estaban en funcionamiento y 5 se encontraban en situaciones de fuerza mayor debidamente reportadas y acreditadas.

1.3. “El carácter conminatorio de la Cláusula Décima Tercera del Contrato”

Aquí el recurrente nuevamente como en sus descargos trajo a colación lo señalado en la cláusula décimo tercera del contrato y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, para indicar que las multas tienen carácter conminatorio y proceden sólo mientras se encuentre pendiente la ejecución de las obligaciones.

Por otro lado, señaló el apoderado que *“aunque existen centros digitales que aún tienen pendiente la aprobación del reporte de instalación, tal como lo reconoció el interventor del Contrato y el propio Despacho, ello obedece a hechos fuera del alcance del contratista que no le permiten finalizar el reporte correspondiente, y en unos pocos se encuentra pendiente el concepto de fondo de la interventoría sobre hechos de fuerza mayor o la definición por parte de la entidad contratante en relación con los cambios”*.

De igual forma, frente al incumplimiento relativo a la puesta en funcionamiento manifestó el apoderado que la interventoría *“pudo verificar que el presunto incumplimiento no tiene ningún tipo de materialidad al punto que aún sin pronunciarse de fondo sobre los hechos de fuerza mayor por considerarlos extemporáneos, el mismo se encuentra claramente dentro de los márgenes permitidos en el Contrato”*.

Concluyó el recurrente que confirmar la Resolución e imponer la multa a Comcel, desconocería la función de apremiar al contratista, en razón a que se trata de obligaciones que cuyo cumplimiento ya fue evidenciado en más de un 98% por quienes ejercen la vigilancia del contrato, y que en el restante 2% existen situaciones ajenas al contratista que le han impedido el cumplimiento de las obligaciones. Así las cosas, manifiesta el apoderado que la entidad debe revocar la resolución que impuso la multa en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

2. “Las situaciones ajenas al contratista que se han presentado durante la ejecución del Contrato”.

2.1. “El objeto de la actuación administrativa”.

En este argumento el recurrente puso de presente que el procedimiento administrativo no tenía solamente como objeto la verificación del cumplimiento de las obligaciones, *“sí no que para garantizar el derecho al debido proceso, a través de la actuación también se debe verificar si el presunto incumplimiento es exclusivamente imputable al contratista a título de dolo o culpa”*.

Indicó el apoderado que tanto la Resolución como lo dicho por el Despacho en sesión de audiencia del 25 de

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

noviembre de 2022⁵, había limitado y restringido el objeto de la investigación, pues no se había tenido en cuenta la imputabilidad del contratista a título de dolo y culpa. Por lo que la afirmación efectuada desde antes de la expedición de la Resolución implicaba un rechazo de plano a los descargos relativos con los hechos ajenos a su responsabilidad y que rompen el nexo causal entre el presunto incumplimiento y la responsabilidad de Comcel. También señaló el recurrente que en la Resolución sin ningún tipo de análisis de los elementos subjetivos de la responsabilidad había manifestado *“que el retraso es atribuible en su totalidad al contratista, habida cuenta que no reportó en los tiempos contractuales los 3.034 CD que componen la meta 12, que debió honrarse el 31 de mayo de 2022”*

De igual forma, aseguró el apoderado que la Resolución desconoció la presunción de inocencia y la existencia de hechos de fuerza mayor que impidieron a Comcel la normal ejecución del contrato.

2.2. “La presunción de inocencia”

En este punto el apoderado indicó que el Despacho había afirmado en la Resolución que, con la suscripción del contrato, el contratista respondía hasta por la culpa leve⁶. Al respecto, manifestó el apoderado que la entidad no estaba reclamando ningún tipo de daño o perjuicio por la supuesta inejecución del contrato y que, no obstante lo dicho en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, no implicaba que las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales, les aplicara las disposiciones civiles y comerciales, como pretendía indicarlo el Despacho en la Resolución, por lo que lo dicho por el Despacho era contrario al debido proceso y a la presunción de inocencia.

El apoderado se refirió a la sentencia del Consejo de Estado⁷ para indicar que la jurisprudencia ha expresado que *“el hecho de que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no haya hecho expresa referencia a la garantía de la presunción de inocencia en el proceso sancionatorio contractual, no faculta a la administración para inaplicar dicho principio en la actuación administrativa sancionatoria contractual, en aplicación de la Constitución y la Ley 1437 de 2011”*

El apoderado de Comcel alude que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita, y por lo tanto la administración tiene la obligación de verificar si el presunto incumplimiento es imputable al contratista a título de dolo o culpa, amparando su posición en la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁸

Indica que de ninguna manera puede afirmarse que por la aplicación subsidiaria de normas civiles y comerciales a los contratos estatales no deba garantizarse la presunción de inocencia en las actuaciones administrativas sancionatorias.

Continúa manifestando que lo ocurrido dentro del expediente 19 y en la Resolución, obedece a un traslado obligacional al contratista de acreditar circunstancias ajenas a su voluntad que le han impedido el cumplimiento de sus obligaciones, es decir, presunción de culpa, sin que dentro del expediente 19 repose prueba de imputabilidad del presunto incumplimiento al contratista a título de dolo o culpa.

Por tal razón y en relación con el principio de presunción de inocencia y buena fe, considera que no es viable la imposición de una multa cuando no se ha acreditado la imputabilidad del contratista sobre el presunto incumplimiento, por lo cual considera es procedente se revoque la resolución.

2.3. Las dificultades en la cadena de fabricación y suministro mundial que impidieron al contratista acceder a los equipos necesarios para proceder con las instalaciones.

⁵ *“se le reitera que este procedimiento tiene como objetivo determinar el cumplimiento o no de la meta 12 correspondiente al grupo 3 que establece reporte de la instalación y puesta en servicio del grupo 3 correspondiente a 35% de los centros digitales”*

⁶ *“el acreedor que demanda daños y perjuicios por la inejecución del contrato no tiene que probar que la inejecución ha sido culpable de parte del deudor” y por lo tanto “no se está transgrediendo el principio de presunción de inocencia ni mucho menos el debido proceso”.*

⁷
⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, del 22 de octubre de 2012, radicación número 05001-23-24- 000-19960680-01 (20738)

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

2.3.1. "Las pruebas que acreditan el hecho de fuerza mayor".

Alude el apoderado del contratista, que el Despacho negó gran parte de las pruebas documentales que aportaron para acreditar los hechos de fuerza mayor y su impacto en el cumplimiento de la Meta 12, así como las pruebas testimoniales que buscaban acercarlo directamente a los hechos y le permitirían aclarar cualquier tipo de inquietud que pudiera generarse en relación con el eximente de responsabilidad presentado por el contratista, dicha negación obedeció a que las pruebas fueron consideradas innecesarias e inútiles, lo que implica no reconocer el principio de presunción de inocencia y por ende una violación del debido proceso.

Continúa indicando que los hechos que afectaron la cadena de fabricación y suministro mundial, son hechos continuados que se vienen presentando desde el año 2021, y cuya afectación se extendió con posterioridad al 31 de mayo de 2022, por lo que de ninguna manera puede catalogarse un documento como innecesario por el solo hecho de haber sido expedido con posterioridad, o que no tienen una relación directa con los temas que se discuten en el marco del Expediente 19 de 2022, puesto que se trata de documentos con los cuales el contratista acreditó la existencia de hechos de fuerza mayor continuados que se encuentran fuera de su manejo y del de sus proveedores, que le impidieron acceder oportunamente a los equipos necesarios para realizar la instalación de los centros digitales del grupo 3 que corresponden a la meta 12 de la Cláusula Sexta del Contrato.

Del mismo modo, le resulta llamativo que el Despacho haya manifestado dos criterios para la valoración frente a los hechos de fuerza mayor, pues por un lado encuentra probado un eximente de responsabilidad a favor de Comcel correspondiente a 159 CD que componen la meta 12 con base en reporte del interventor con comunicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA 00739-2022 y radicado 221092691 de 16 de noviembre de 2022, en el que dicha entidad manifestó que los eventos de fuerza mayor son extemporáneos y por otro lado, haya negado gran parte de las pruebas solicitadas por Comcel S.A. el día 18 de noviembre de 2022 por el hecho de haber sido expedidas con posterioridad al 31 de mayo de 2022, lo cual tal como lo expliqué anteriormente, es contrario a los principios de buena y confianza legítima y al principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal.

Por ello y teniendo en cuenta que la presente actuación administrativa es de apremio, y su objeto es lograr la cesación de la situación de incumplimiento, de ninguna manera puede desconocerse el material probatorio que acredita que se ha impedido la finalización de los reportes de instalación de los centros digitales del grupo 3 por razones ajenas al contratista.

En lo que respecta a la supuesta inutilidad de las pruebas documentales, señala el apoderado que los contratos suscritos por Comcel S.A. con Meltec Comunicaciones S.A. ("Meltec") y Ceragon America Latina Sucursal Colombia ("Ceragon"), de forma expresa señalan que dentro de los equipos requeridos, se encuentran los necesarios para la instalación de los centros digitales correspondientes al grupo 3 cuyos suministros se tenían previstos para las fechas indicadas en el plan de ingeniería y en el plan de instalaciones aprobados, tal como se muestra en las imágenes adjuntas⁹

Aunado a la manifestación efectuada en la Resolución sobre el supuesto carácter de innecesario e inútil de las pruebas documentales solicitadas, le resulta llamativo al apoderado de Comcel que en la sesión de audiencia que tuvo lugar el 25 de noviembre de 2022, la Coordinadora de Actuaciones Administrativas de forma previa a la expedición de la Resolución indicara que revisó las mencionadas pruebas documentales y que con base en la valoración que hizo de las mismas, procedería con el rechazo de las pruebas testimoniales.

Es decir, rechazó la práctica de testimonios pertinentes y conducentes de acuerdo con el artículo 40 de la ley 1437 de 2011, que garantizarían el principio de inmediación del Despacho con los hechos que se discuten, y que le permitirían resolver cualquier inquietud derivada de la revisión de las pruebas documentales, de igual manera afirma que la grave inconsistencia de este análisis y su contradicción con las más claras reglas de apreciación de la prueba conllevan a tener que insistir ahora en su decreto, por vía del recurso de reposición, esperando que el análisis de cada prueba se haga de manera independiente y no por referencia frente a otros medios admitidos por las reglas de procedimiento.

⁹ Imágenes adjuntas pág. 21,22 y 23 donde se evidencian las fechas de los contratos mencionados

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

Ahora bien, sin perjuicio de que la negación de las pruebas se encuentra absolutamente injustificada, para evitar cualquier tipo de duda que pudiese tener el Despacho en relación con la destinación de los equipos adquiridos a los proveedores Meltec y Ceragon, mediante los contratos y las órdenes de compra anteriormente citadas, adjuntan declaraciones juramentadas suscritas por los representantes legales de cada uno de los mencionados proveedores en las que indicaron que los mismos estaban destinados a la instalación y puesta en servicio de los centros digitales del grupo 3 que corresponden a la meta 12 del Contrato y que se vieron imposibilitados a entregar oportunamente los equipos, entre otros por los problemas en la cadena mundial de fabricación y suministro ocasionada por la guerra entre Rusia y Ucrania y la estrategia Covid Cero adoptada por China.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que las certificaciones juramentadas son conducentes en la medida que se trata de pruebas que de acuerdo con la ley son aceptables, y pertinentes para acreditar que el suministro de los equipos solicitados por Comcel S.A. para el cumplimiento de la meta 12 correspondiente al reporte de instalación de los centros digitales del grupo 3, se vio afectado por circunstancias de fuerza mayor, les solicitamos que las mismas se tengan como pruebas en el expediente de la referencia y se valoren para la resolución de este recurso así como se decreten las pruebas documentales y testimoniales que indiqué a lo largo de la actuación administrativa, en particular en la sesión de audiencia del día 18 de noviembre de 2022, y que listaré más adelante en este documento, y que acreditan los hechos ajenos al contratista que le impidieron acceder a los equipos necesarios para proceder con la instalación de los centros digitales del grupo 3, toda vez, que en dichos documentos se puede observar que a pesar de la diligencia desplegada por Comcel S.A. para la contratación del suministro de los equipos que son fundamentales para el desarrollo del proceso de instalación de los centros digitales correspondientes al grupo 3, hechos de fuerza mayor le impidieron acceder a los mismos.

En relación con estos hechos, es muy importante poner de presente que el interventor Consorcio Superdigitales 2022 mediante comunicación con radicado CDIG-INTERV2-COMCEL-00363-2022 efectuó un análisis en relación con los repuestos requeridos para la operación del Contrato, y encontró que el retraso en el suministro de estos no le es endilgable al contratista.

Precisa el apoderado del contratista que en el caso en mención se trata exactamente de los mismos hechos que tuvieron como consecuencia la imposibilidad en el debido suministro de los equipos, la única diferencia radica en que los equipos no correspondían a repuestos sino a los suministros necesarios para el desarrollo de las instalaciones que impidieron acceder a los equipos base, y que afectaron la instalación de por lo menos 900 centros digitales, puesto que al tratarse de equipos de la mencionada naturaleza, el retraso en el arribo de un equipo afecta una pluralidad de centros de digitales dependiendo de la zona donde se ubiquen los sitios.

Las anteriores circunstancias afectaron la fabricación y suministro de los repuestos, son exactamente iguales a las que afectaron la fabricación y suministro de los equipos necesarios para las instalaciones de los centros digitales del grupo 3, por lo tanto, existe un nexo causal con las obligaciones presuntamente incumplidas, en la medida que son las mismas circunstancias las que afectaron tanto la operación de los centros digitales de los grupos 1 A y 1B, como la instalación de los centros digitales del grupo 3.

En concordancia trae a colación las comunicaciones del Consorcio Superdigitales 2022 ¹⁰ en las que efectuó un análisis en relación con los repuestos requeridos para la operación del Contrato, y conceptuó favorablemente sobre el reconocimiento del evento de fuerza mayor que fue ocasionado por la falta de repuestos por fallas en la cadena mundial de suministros.

2.3.2. "El análisis de riesgos del Contrato".

Para el apoderado del contratista en la Resolución no se efectuó ningún tipo de análisis de fondo, ya que la misma se limitó a mencionar que esta no es la oportunidad para controvertir los riesgos, e indicó que es deber del contratista demostrar que las circunstancias que alega y las cuales materializaron el riesgo superaron los asignados en la matriz, señala además que el contratista no pretendió jamás controvertir en esta instancia los riesgos establecidos en la matriz del Contrato, por el contrario, con base en el análisis que se encuentra en los documentos radicados por el mismo y presentados en las diferentes sesiones de audiencia, se explicó detalladamente que las circunstancias ocurridas durante la ejecución del Contrato no se enmarcan dentro de los

¹⁰ Radicados CDIG-INTERV2-COMCEL-00363-2022 y la CDIG-INTERV2- COMCEL-00473-2022

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

riesgos asumidos por el contratista en la mencionada matriz de riesgos, y en consecuencia, Comcel S.A. no está obligado a asumir sus efectos.

Indica en igual sentido, que la presente actuación administrativa, no tiene por objeto determinar si existe o no un desequilibrio contractual y por lo tanto para efectos del análisis de los riesgos asumidos por el contratista, llama la atención sobre los riesgos 1, 2, 5, y 10 de la matriz pactada, los cuales se refieren a circunstancias que podrían tener relación con los hechos no imputables a Comcel S.A. que afectaron la ejecución del Contrato, en particular en lo que se refiere a la instalación de los centros digitales del grupo 3.¹¹

Manifiesta que la tabla presentada tiene como propósito verificar que las circunstancias ocurridas durante la ejecución del Contrato desbordaron los riesgos del contratista, tal como lo pudo verificar el interventor Consorcio Superdigitales 2022 cuando analizó estas mismas circunstancias en relación con las deficiencias en el suministro de los repuestos necesarios para la operación de los centros digitales de los grupos 1 A y 1B.

Agrega que el Despacho no tuvo en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se ha establecido que para que el riesgo eventualmente pueda ser atribuible al contratista, la descripción debe ser precisa, y adicionalmente corresponder a circunstancias que estén bajo su control, cuestiones que no ocurren en este caso, por cuanto las circunstancias de fuerza mayor descritas no le fueron asignadas a Comcel S.A., ya que como se evidencia en la matriz de riesgos del Contrato, claramente a Comcel S.A. no se le asignaron los riesgos relacionados con los problemas en la cadena de fabricación y suministro mundial, o la paralización de las actividades portuarias en los principales puertos de la China.

Aclara el apoderado del contratista que si bien las restricciones, limitaciones o prohibiciones de transporte a nivel nacional, así como en el contexto internacional, son situaciones normalmente previsibles, el hecho de que, a nivel mundial se haya presentado escasez de materias primas y dificultades en el transporte es una situación atípica e irresistible que no puede ser conjurada mediante un plan de contingencia.

Por lo anterior, insiste en que el contratista acreditó que la instalación, estabilización, ajuste y evaluación de los centros digitales correspondientes al grupo 3 se vio seriamente afectada por la ocurrencia de hechos notorios que no fueron contemplados en la matriz de riesgos como los problemas en la cadena de suministro, por lo tanto, de ninguna manera puede concluirse que Comcel S.A. podría prever la grave situación del comercio internacional, que afectó la entrega de los equipos necesarios para la instalación de los centros digitales del grupo 3, y para para suministrar los repuestos necesarios para atender los centros digitales que se encuentran en operación, tal como lo pudo verificar el interventor del Contrato¹²

2.3.3. “El silencio administrativo positivo”.

En este punto, el apoderado del contratista sustenta que los soportes aportados son suficientes para acreditar los hechos de fuerza mayor relacionados con los inconvenientes en la cadena de suministro que afectaron la instalación los centros digitales del grupo 3, lo cual incluso tuvo concepto favorable del interventor en relación con la misma situación, por ello, adjunta escritura pública 4385 de 2022 otorgada el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 de Bogotá, a través de la cual acreditan que mediante acto ficto, la entidad contratante reconoció la existencia de hechos de fuerza mayor que han afectado el cumplimiento de la meta 12 correspondiente a la instalación de los centros digitales del grupo 3.

Señala que el silencio administrativo es una forma de garantizar los derechos de los administrados cuando la administración no resuelve una petición o resuelve un recurso en los términos previstos por la ley. Por regla general, “agotados los plazos que tiene la administración para dar respuesta a un requerimiento de carácter general o individual sin que aquella se produzca, ha de entenderse negado el requerimiento”

Continúa indicando que, “excepcionalmente, el legislador puede determinar que la ausencia de respuesta se entienda resuelta a favor de quien la presentó, figura que se conoce con el nombre de silencio administrativo

¹¹ Presenta tabla en Excel en la que se sintetiza lo previsto como riesgos distribuidos y las razones por las cuales es claro que lo ocurrido excede los riesgos asignados a Comcel S.A.

¹² Comunicación con radicado CDIG-INTERV2-COMCEL-00363-2022.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

positivo"¹³ y que para el caso de los contratos estatales, el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece que "en las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley", por lo que es claro que si durante la ejecución de los contratos estatales la entidad contratante se abstiene de resolver las solicitudes del contratista, opera el silencio administrativo positivo en favor del último.

Así, tal como lo ha establecido la Sección Tercera del Consejo de Estado en expediente 21.576 de 2014 "el numeral 16 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 establece que: En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de ley. Para el Consejo de Estado, la norma hace referencia a cualquier solicitud o reclamación que presente el contratista".

En el caso particular del Contrato, la Cláusula Vigésima Sexta establece que "la solicitud de suspensión elevada por el Contratista en donde invoque alguna de las causales de los literales anteriores deberá presentarse a la entidad contratante con copia a la Interventoría, debidamente sustentada, soportada y con suficiencia de material probatorio a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados: i) a la fecha del acaecimiento del hecho generador o ii) desde que el hecho fue conocido por parte del Contratista. Por su parte, la interventoría deberá emitir concepto de viabilidad debidamente sustentado y soportado en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha del recibo de la solicitud del CONTRATISTA sobre el acaecimiento del hecho de fuerza mayor o caso fortuito. Una vez radicado dicho concepto por parte de la Interventoría, la entidad contará con un término máximo de cinco (5) días hábiles siguientes para pronunciarse". Como se observa, además del término legal establecido en la Ley 80 de 1993 para que las entidades den respuesta a las solicitudes del contratista, el Contrato establece el plazo con el que cuenta la entidad contratante para pronunciarse sobre los eventos de fuerza mayor que ocurran durante la ejecución del Contrato, plazos que no se han cumplido en relación con los hechos de fuerza mayor que han ocurrido durante la ejecución del Contrato. Así las cosas, es de señalar que de conformidad con el artículo 85 de ley 1437 de 2011 "La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así", por lo que todas las autoridades, incluyendo su Despacho deben reconocer la existencia de los hechos de fuerza mayor que han afectado la ejecución del Contrato, y en particular lo correspondiente a la meta 12 incluida en la cláusula sexta del referido Contrato. En este sentido, además de que en el expediente de la referencia no se desvirtuó la presunción de inocencia de la que goza el contratista como garantía del debido proceso, puesto que no se demostró que el incumplimiento haya sido atribuible de forma exclusiva al contratista a título de dolo o culpa, en este caso es claro que se presentaron circunstancias ajenas al contratista que impidieron la normal ejecución del Contrato, en particular la instalación y puesta en servicio de los centros digitales del grupo 3, las cuales se encuentran debidamente acreditadas y reconocidas por la entidad contratante mediante el acta ficto instrumentado mediante la escritura pública 4385 de 2022 otorgada el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 de 2022, que se adjunta, por lo que no procede ningún tipo de apremio, ni mucho menos una multa. Teniendo en cuenta lo anterior, con base en los argumentos y acervo probatorio aportado por el contratista, debe revocarse la Resolución y en ese sentido cerrar la actuación administrativa sin multa para Comcel S.A.

2.4. "Otros hechos ajenos al contratista que han afectado la ejecución de la meta 12 del Contrato".

2.4.1. "La interdependencia de las metas contractuales".

El apoderado de Comcel en este título señaló que la Resolución 4326 de 2022 no efectuó un análisis integral de las disposiciones contractuales, esto es del cronograma de metas y de desembolsos y utilidades, para

¹³ Artículo 84 de la Ley 1437 de 2011

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

establecer si existió o no hechos de fuerza mayor que hubieran afectado las metas 7 y 10 y en consecuencia impactado el cronograma contractual y la ejecución de la meta 12, citando para el aparte del acto administrativo en comento que alude lo siguiente:

"La cláusula sexta del contrato de aporte es suficientemente ilustrativa, sin ningún tipo de indicio al error, dualidad u oscuridad, por lo que no requiere de interpretación alguna por las partes con otros cronogramas como el de utilidades, pues de su simple lectura se entiende que los grupos que conforman la ejecución del contrato de aporte no son interdependientes". (Subrayado propio del texto).

Sobre el particular indicó el abogado recurrente que no puede afirmarse que la cláusula sexta no tenía ningún indicio de oscuridad, toda vez que, esta no se refería a que el cronograma de instalación y puesta en servicio de cada grupo tuvieran interdependencia entre sí, por lo que acudiendo a los criterios de interpretación de utilidad y sistemática, previstos en los artículos 1620 y 1622 del Código Civil, concluyó que: *"(...) el reporte de instalación del grupo 3 sí depende la ejecución de los grupos 1 y 2, puesto que no puede exigírsele al contratista que adelante actividades relacionadas con el grupo 3, que únicamente le serán remuneradas cuando desarrolle las actividades de los grupos 1 y 2."*

Acto seguido, el recurrente expuso el alcance que le da a la división por grupos de los centros digitales, el cual tendría como único objetivo práctico que el contratista investigado cuente con *"plazos para la ejecución exclusiva y secuencial de las metas asociadas a cada uno de los grupos, y que reciba su contraprestación a medida que se ejecutan las metas contractuales"*.

Señaló que si el alcance de la división entre grupos era diferente carecería de sentido y *"(...) todas las metas de preparación, instalación, verificación y puesta en marcha de los centros digitales objeto del contrato, deberían cumplirse en un solo momento y de manera simultánea, y adicionalmente el cronograma de desembolsos y utilidades no indicaría que el contratista tiene derecho a recibir su contraprestación de conformidad con el orden cronológico establecido, en función de la ejecución de cada una de las metas contractuales."*

Apoyado en el aparte¹⁴ de una comunicación sin identificar del Consorcio PE2020 C DIGITALES deduce el apoderado que, si el contratista procediera a anticipar el cumplimiento de metas de ejecución, el cronograma de utilidades no le permitiría acceder de forma anticipada a dichos recursos, lo cual lo pondría en una situación de desequilibrio económico.

Consecuencialmente, indica el recurrente que la interpretación al cronograma de metas contractuales se debe hacer de manera integral con el de utilidades, por ser lo más conveniente para el Contrato en su totalidad, afirmación que ilustra a través de una tabla¹⁵ que contiene el *"Orden la utilización"* y con la que justificaría la interdependencia entre los grupos pues establece el cronograma de utilidades en función de la acreditación del cumplimiento de las metas de planeación, instalación y puesta en servicio.

En este punto, el apoderado también se refirió al principio de anualidad para indicar que como los pagos están sometidos al plan anual de caja, el contratista no podría acceder de forma anticipada a los recursos programados, ejemplarizando la siguiente situación: *"(...) una eventual interpretación que obligará al contratista (...) a adelantar los estudios de campo de los centros digitales del grupo 3, mientras instalaba los centros digitales del Grupo 1, implicaría que el contratista debía ejecutar actividades, que solo le serían remuneradas aproximadamente un (1) año después de haber sido ejecutadas, lo cual naturalmente rompería el equilibrio económico del contrato."*

Concluye el apoderado recurrente su fundamentación señalando que:

1. La cláusula sexta del Contrato es oscura pues en ninguno de sus apartados señala que no haya interdependencia entre los grupos, por lo que se debe acudir a los criterios de interpretación lógica y sistemática del Código Civil, puesto que de lo contrario se pondría a su representada en una situación evidentemente

¹⁴ La comunicación referencia por el apoderado de Comcel señala que: *"si bien es cierto el hecho de que la utilización corresponde a la contraprestación a la que tiene derecho el Contratista, también lo es el hecho de que la misma tiene un orden cronológico, establecido en función del cumplimiento de las obligaciones a cada uno de los hitos previamente establecidos contractualmente (...)"*

¹⁵ Tabla única de la página 34

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

desequilibrada, que la obligaría a ejecutar obligaciones que serían remuneradas en un plazo que podría exceder de un año.

2. Los hechos de fuerza mayor que afectaron la instalación de los grupos 1 y 2 necesariamente mueven o afectan todo el cronograma contractual y en particular la meta 12, relacionada con la entrega de los reportes de instalación del grupo 3 y no corresponden a circunstancias distintas a las enunciadas en el expediente. La existencia de fuerza mayor reconocidas genera que el cronograma contractual no sea exigible, hacerlo sería desconocer la realidad de la ejecución contractual¹⁶.

3. Las pruebas de fuerza mayor del grupo 1 y 2 presentadas tienen relación directa con los hechos que se discuten y no pueden descartarse, en la medida que dada la estructura del Contrato afectaron la instalación de los centros digitales del grupo 3, para lo cual se apoya en el concepto de causalidad contenido en la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente 179994.¹⁷

4. La entidad contratante no ha instrumentado la modificación del cronograma, a pesar de la ocurrencia de los mencionados hechos y pese a la reiterada insistencia de Comcel.

5. La entidad contratante reconoció mediante acto ficto -Escrituras Públicas 4384 y 4386 otorgadas el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 del Círculo de Bogotá- FM que se afectaron los grupos 1 y 2, lo cual necesariamente mueve todo el cronograma contractual. (Artículo 85 de la Ley 1437 de 2011)

6. Exigir el cumplimiento del cronograma sería desconocer situaciones consolidadas que han impedido la normal ejecución del Contrato que generan la suspensión de los plazos y el desplazamiento de las metas y la optimización de los recursos.

7. Era inviable imponer una multa con base en un cronograma que no refleja lo ocurrido durante la ejecución del Contrato.

2.4.2. “Las pruebas que acreditan los hechos de fuerza mayor”.

El apoderado recurrente hace una introducción en este título indicando que el Despacho se abstuvo de tener en cuenta el material probatorio aportado para demostrar los hechos de fuerza mayor anteriores al grupo 3, teniendo en cuenta *“que estas metas no son objeto de estudio, se reitera que nos encontramos investigando el posible incumplimiento de la meta 12 correspondiente al “Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales”*”, según lo establece la Resolución n.º 4326 de 2022.

Sobre el particular señaló el apoderado de Comcel que tanto el Consorcio PE2020 C DIGITALES¹⁸ como la Entidad¹⁹ reconocieron la existencia de los hechos de fuerza mayor.

En este punto retomó su argumentación referida a la interdependencia que existe entre cada una de las metas contractuales reiterando que las circunstancias de fuerza mayor que afecten una determinada meta contractual necesariamente afectan las subsiguientes, por lo que los eventos de fuerza mayor que afectaron las metas 7 y 10 impactaban el cumplimiento de la meta 12, no solo por los criterios de interpretación expuestos en el numeral 3.2.4.1 sino por los hechos de fuerza mayor reconocidos mediante acto ficto por la entidad contratante.

A modo de advertencia, el apoderado de Comcel arguyó que pretender hacer exigible el cronograma contractual a pesar de la existencia de hechos de fuerza mayor debidamente reconocidos por la entidad contratante (actos fictos) equivaldría a pretender negar la existencia de estos, lo cual en su parecer no es viable dada su existencia (de los actos fictos).

Según el apoderado recurrente, dada la estructura del cronograma del Contrato urge que se instrumenten

¹⁶ Diapositiva 40

¹⁷ Diapositiva 39

¹⁸ Mediante su consecutivo CD-INTV-DIRINFRA-0142-21 de 16 de julio de 2021 radicado MinTIC n.º 211088261 del 28 de octubre de 2021

¹⁹ Mediante los actos fictos que constan en las escrituras públicas 4384 y 4386 otorgadas el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 del Círculo de Bogotá.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

nuevos plazos de las metas subsiguientes de tal manera que se maximicen los recursos destinados para el desarrollo del proyecto²⁰ y consecuentemente postergar el vencimiento del plazo inicialmente estipulado, generando que las fechas previstas para el cumplimiento de metas contractuales se desplacen en el tiempo²¹

Acto seguido, el apoderado recurrente llamó la atención sobre “el protuberante yerro” en el que se habría incurrido en la Resolución recurrida al haberse afirmado que:

“Respecto a las comunicaciones que a lo largo de las sesiones de audiencia hace referencia Comcel en las que la interventoría reconoció eventos de fuerza mayor de otros grupos, este Despacho informa que no realizará una valoración sobre estas, habida cuenta que corresponden a circunstancias distintas a las que se investigan en este procedimiento sancionatorio”.

Enfatizó el apoderado el concepto de la interdependencia de las metas señalando que era una realidad de la ejecución contractual que la entidad ingenua o arbitrariamente está desconociendo, sin siquiera realizar un juicio sumario de causalidad.²²

Recordó que con la presentación de los descargos su representada había solicitado a la Entidad que se analizaran el material probatorio de los hechos de fuerza mayor de otros grupos pretendiendo sustentar dos puntos en específico, los cuales se transcriben a continuación:

“Que la instrumentación de una suspensión contractual era necesaria e inminente, cuestión que se materializó en los actos administrativos fictos que constan en las escrituras públicas 4384 y 4386 otorgadas el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 del Círculo de Bogotá; y que ello afectaría el cronograma de ejecución del contrato, en la medida en que TODAS las metas debían desplazarse por conducto de la suspensión, en tanto que esta corresponde a un congelamiento del tiempo de ejecución.

Que los hechos constitutivos de fuerza mayor y caso fortuito reconocidos en la instalación de otros grupos TAMBIÉN tuvieron efectos materiales en la instalación del Grupo 3, es decir, que los hechos de fuerza mayor reconocidos en otros grupos también tienen una relación causa-efecto respecto del cumplimiento de las metas reprochadas como incumplidas en el presente expediente.”

De ahí que, el apoderado reprochará a la Entidad por “descartar a priori las pruebas aportadas por el investigado” sin antes realizar un análisis de causalidad pues había argumentado y demostrado que las mismas se encontraban “DIRECTAMENTE” relacionadas con el objeto del procedimiento sancionatorio, por lo que en su parecer resulta improcedente cualquier tipo de conminación o multa para su representada.

2.4.3. “La inobservancia de los compromisos de los rectores”

En este título el apoderado inicialmente citó el aparte del acto administrativo que se refiera a la inobservancia de los compromisos de los rectores, así:

“Frente al supuesto incumplimiento de los rectores, de ninguna manera puede el contratista argumentar como causal del presunto incumplimiento de la instalación de los 30.034 CD, la falta de colaboración de los rectores o representantes de las instituciones educativas beneficiarias del proyecto debido a que contractualmente no están obligadas hacerlo, es decir, no es una obligación compartida, es una obligación que tiene especial énfasis en la diligencia del contratista.

De otra parte, se recalca que el periodo de vacaciones escolares es plenamente conocido en el país, razón por la cual, Comcel no debió planear la instalación de los CD en este periodo a sabiendas de que no sería efectivo y aquí no puede argumentar el apoderado que teniendo en cuenta que no había podido realizar las instalaciones de los grupos 1 A y 1 B en los plazos establecidos contractualmente, tuvo que llevar a cabo las instalaciones

²⁰ El apoderado recurrente cita en su escrito (página 36) apartes de la sentencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: GERMÁN BULA ESCOBAR (E) Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00001-00(2278) Actor: MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO.

²¹ Ibidem

²² El apoderado recurrente cita en su escrito (página 37) el aparte del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente 17994

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

durante los meses de noviembre y diciembre de 2021, pues se le reitera al contratista que los grupos son totalmente independientes".

Sobre el particular resaltó que Comcel en ningún momento había dicho que la obligación contractual era compartida con las instituciones educativas pues sus argumentos estaban referidos a que se había configurado un hecho ajeno a la voluntad de su representada que había impedido realizar las visitas de instalación. Manifestó que el contratista no había dicho que hubo incumplimiento del contrato de aporte por parte de los rectores, sino que sus consideraciones estaban encaminadas a señalar que con la negativa de aquellos en permitir las instalaciones de centros digitales se configuraba la causal exonerativa denominada hecho de un tercero.

Luego, el apoderado explicó la figura del hecho de un tercero como causal de exoneración utilizando apartes²³ de la Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera del 19 de agosto de 1994, expediente 9276, concluyendo que para aplicar este eximente se requiere que esta causal sea exclusiva (y no concurrente con la del agente) además de su imprevisibilidad e irresistibilidad.

Más adelante, señaló el apoderado que la coordinación había reconocido la irreprochabilidad del comportamiento o diligencia del contratista al afirmar en el acto recurrido que *"los constantes esfuerzos realizados por el contratista, como acudir al Ministerio de Educación, la remisión de comunicaciones a los rectores, por dar cumplimiento a la meta 12... demuestran el compromiso de Comcel"*, lo cual consideró de la mayor importancia porque implicaba *"UN RECONOCIMIENTO DE LA ENTIDAD"* de que el contratista había realizado los esfuerzos que estaban a su alcance para cumplir las obligaciones, concluyendo que por ello la imposición de una multa para apremiar al cumplimiento resultaba a todas luces improcedente.

Al mismo tiempo, el apoderado recurrente cuestionó el razonamiento de la entidad según el cual *"era de público conocimiento la entrada de vacaciones por parte de las instituciones educativas y por ende las múltiples consecuencias que esta coyuntura implicaba"*, puesto con ello la Entidad negaba la existencia de una causal de exoneración teniendo en cuenta que los hechos eran *"previsibles"*.

En este estado de su argumentación, el apoderado recordó que para que resultará válido el eximente relacionado con el hecho de un tercero se requería que este fuera imprevisible e irresistible, sin embargo la Entidad nunca había cuestionado la irresistibilidad de la conducta de los rectores, en tanto que, ante su negativa, Comcel no había podido realizar ninguna gestión efectiva para lograr el permiso de ingreso, incluso cuando desarrolló acciones adicionales, como el acudir al Ministerio de Educación o la insistencia en las comunicaciones a las entidades educativas.

Respecto del requisito de imprevisibilidad señaló que, si bien era cierto que era de público conocimiento el periodo de vacaciones estudiantiles, este no era el punto central de la imprevisibilidad en el presente caso, pues esta se refería al momento de la celebración del contrato, en donde la realización de trabajos en periodo de vacaciones era completamente imprevisible para las partes.

En relación con la imprevisibilidad de las circunstancias consideró importante precisar, como lo había hecho en los descargos, que en el cronograma inicial *"NO SE CONTEMPLÓ la realización de actividades de instalación en los centros digitales durante el periodo de vacaciones, precisamente la realización de las mencionadas actividades en el periodo de vacaciones es la consecuencia de la ocurrencia de hechos de fuerza mayor. Es decir, si el contrato no se hubiere visto afectado por dichos hechos, la instalación de cada uno de los grupos se hubiere realizado conforme a lo previsto en el cronograma y no se habría requerido desarrollar actividades de instalación durante el periodo de vacaciones."*

Paralelamente, indicó el apoderado recurrente que el contratista tuvo que desarrollar actividades de instalación en los periodos vacacionales a efectos de mitigar el impacto en los cronogramas contractuales por cuenta de los eventos sucesivos de fuerza mayor como: el paro nacional de 2021, los problemas en la cadena de suministro mundial, los cierres producto de los rebotes del COVID 19 ocurridos en 2021 y en 2022.

En adición a lo anterior, resaltó el apoderado que la única hipótesis en la que Comcel pudo prever actividades durante el periodo de vacaciones de las instituciones educativas fue para eventuales mantenimientos

²³ Páginas 38 y 39 del recurso.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

preventivos o correctivos, por lo que la eventual “previsibilidad” solo podría predicarse respecto de actividades de mantenimiento, y no de instalación.

Después, el apoderado hizo mención al hecho de que cuando Comcel desarrolló los estudios de campo había incluido como buena práctica el compromiso irrestricto de los rectores a *“Permitir el acceso de los técnicos del contratista en caso de ser necesario realizar un mantenimiento preventivo y/o correctivo, incluido el periodo de vacaciones”*, previendo con ello que, en las vacaciones escolares los representantes de las instituciones educativas no honrarían sus compromisos, sin embargo, *“el contratista de ninguna manera podía anticipar al momento de la presentación de su oferta las consecuencias que dicho periodo implicaba en materia de atención en cada uno de los centros digitales (...). Y mucho menos cuando el desplazamiento de fechas de instalación se dio como consecuencia de hechos imprevisibles para COMCEL, motivo por el cual es completamente irrelevante que las vacaciones escolares sean de público conocimiento, cuando lo imprevisible no eran las vacaciones, sino el hecho de que COMCEL tuviera que realizar instalaciones en dicho periodo.”*

Destacó el apoderado recurrente el hecho de que Comcel no había asumido ningún riesgo derivado de la inobservancia del compromiso de los rectores y que el único riesgo que podría tener aplicación era el n.º 25 de la matriz de riesgos del Contrato²⁴ por estar referido a la falta de disponibilidad de personal en las instituciones educativas para la realización de los estudios de campo, sin embargo, señaló el apoderado que para el caso en concreto no aplicaba.

A continuación, el apoderado señaló que Comcel había procedido con la instalación de varios de los centros digitales que, aunque no tenían reporte de instalación aprobado, los mismos se encontraban en funcionamiento. Explicó que la aprobación del reporte únicamente tenía pendiente que el representante de la institución educativa suscribiera el formato en el cual declaraba que había recibido la instalación correspondiente, lo cual era un hecho ajeno al contratista investigado pues aquel (rector) no tenía ningún tipo de dependencia legal frente a su representada.

En seguida, el apoderado recurrente señaló que *“Comcel S.A. solicitó el reconocimiento de dichos hechos ajenos al contratista, frente a las cuales aún no ha recibido pronunciamiento de fondo, tal como lo indicamos anteriormente.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, indicó el apoderado que de ninguna manera podía atribuírsele a Comcel la conducta de los rectores de las instituciones educativas quienes se comprometieron a colaborar incluso en el periodo de vacaciones; ni mucho menos afirmarse que planeó desarrollar labores de instalación durante los periodos de vacaciones pues lo que había ocurrido era que se había visto afectado por circunstancias de fuerza mayor y para mitigar su impacto, procedió de buena fe a desarrollar actividades de diligencia para lograr finalizar la meta contractual en el menor plazo posible.

Concluyó el apoderado la fundamentación de este argumento aludiendo que era improcedente la imposición de una multa a COMCEL por situaciones completamente ajenas a su control y por ello se debía revocar la Resolución recurrida dado que el Despacho había evidenciado diligencia y compromiso en la ejecución del Contrato, en particular *“en relación con personas sobre las cuales no cuenta con herramientas legales para ejecutar los compromisos, y de ninguna manera se probó que el supuesto incumplimiento es exclusivamente atribuible a Comcel S.A. a título de dolo o culpa.”*

2.4.4. “Los retrasos en el desembolso de las utilidades. El caso del anticipo”

El apoderado inicia la sustentación de este argumento señalando que el Despacho había expresado en relación con el retraso en el desembolso de la utilización correspondiente al anticipo que no era de recibo esta premisa porque *“quien ha incumplido las condiciones para el desembolso, es el contratista y no la entidad”* y que *“si el contratista hubiese dado estricto cumplimiento a lo pactado dentro del contrato 1042 de 2020, los pagos se hubiesen efectuado de acuerdo con lo consagrado en las cláusulas contractuales”*.

Sobre el particular explicó el apoderado que las afirmaciones del Despacho resultaban contrarias a lo ocurrido durante la ejecución del Contrato y al material probatorio que obra en el expediente, puesto que, de conformidad

²⁴ Análisis del riesgo incluido en la página 40.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

con lo establecido en el Contrato, la primera utilización del anticipo debía efectuarse tentativamente el 15 de enero de 2021, previo cumplimiento de dos condiciones: (i) Perfeccionamiento del contrato de aporte y (ii) Aprobación del plan de inversión del anticipo.

Al respecto, el apoderado expuso que Comcel presentó el plan de inversión del anticipo el 29 de diciembre de 2020²⁵, el cual fue aprobado por la supervisión del Contrato el 30 de enero de 2021²⁶, por lo que en esta fecha se habían cumplido las condiciones pactadas en el Contrato, y en consecuencia se debería haber efectuado la utilización del anticipo del Contrato.

Acto seguido manifestó el apoderado de Comcel que si bien el Contrato establecía que *“la inversión del anticipo deberá justificarse mediante facturas o cuentas y comprobantes de los pagos respectivos relacionados directamente con el objeto del Contrato de Aporte y proyectados y aprobados en el Plan de Inversión del Anticipo”*, ello de ninguna manera constituía un condicionamiento para la aprobación de la utilización del mismo, puesto que las condiciones contractuales eran otras²⁷, las cuales aunque se cumplieron desde el día 30 de enero de 2021 no tuvieron como consecuencia el desembolso de la utilización del anticipo.

Adicionalmente, consideró el apoderado que, para optimizar el manejo del anticipo, en noviembre de 2021 Comcel había solicitado un ajuste en el plan de inversión, con el fin de se reflejará la realidad de la ejecución del Contrato y los eventos de fuerza mayor que habían ocurrido durante el año 2021, frente a lo cual el interventor del Contrato mediante comunicación con consecutivo CD-INTV-DIRINFRA-0401-22 de 5 de enero de 2022 procedió con su aprobación; no obstante, aquel (interventor) continuó formulando inquietudes que retrasaron la aprobación de la modificación del plan de manejo del anticipo hasta el día 1 de abril de 2022.

El apoderado manifestó que la anterior circunstancia había generado consecuencias significativas, puesto que Comcel se vio obligado: (i) a obtener diferentes alternativas de financiación para poder adquirir los equipos necesarios para la instalación de los centros digitales, lo cual había hecho mucho más oneroso el proyecto de lo que se tenía inicialmente previsto y (ii) a encontrar fuentes alternativas de financiación no previstas para la ejecución de sus obligaciones contractuales, lo cual había limitado su margen de acción para atender circunstancias no previstas.

Acto seguido, el apoderado recurrente puso de presente que el Despacho en la Resolución no había atendido la perspectiva del Consejo de Estado que considera que *“(…) sin la entrega del anticipo, el cumplimiento del contrato por parte de la contratista exigía esfuerzos financieros superiores de los que las cláusulas del contrato imponían y que, por tal razón, no fue posible para la contratista cumplir con el objeto contratado”*²⁸, lo cual asocio con el retraso en el desembolso del anticipo y lo que en su parecer implicaría, por una parte, realizar una modificación en la estructura financiera del Contrato y por otra, una causal de exoneración de responsabilidad para el contratista.

El apoderado igualmente declaró que de ninguna manera podía afirmarse que su representada incumplió con las condiciones para la entrega de la utilización del anticipo puesto que aquella desde enero de 2021 había cumplido con los requisitos exigidos contractualmente aludiendo paralelamente que Comcel no podía ser objeto de conminación de sus obligaciones y que, por el contrario, lo procedente era la revocación toda vez que no se había probado que el supuesto incumplimiento era exclusivamente atribuible a su representada a título de dolo o culpa, en la medida que parte una de las razones que le han impedido la ejecución normal del Contrato es el no haber accedido a los recursos en los términos indicados en el mismo.

Finalmente el abogado de Comcel mencionó que el Despacho afirmó en la resolución que no podía *“pronunciarse sobre la responsabilidad que le pueda corresponder a este Ministerio, lo cual, a todas luces, desborda la correspondiente competencia funcional de esta instancia”*, lo cual en su entender no es de del todo cierto justificando su aseveración en que aquel (el Despacho) tiene la facultad para verificar los hechos que son ajenos al contratista que han afectado el normal cumplimiento de las obligaciones contractuales, de tal manera

²⁵ Mediante comunicación radicada n.º 201078666

²⁶ Mediante comunicación radicada n.º 2120054549

²⁷ (i) Perfeccionamiento del contrato de aporte y (ii) Aprobación del plan de inversión del anticipo

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 28 de abril de 2010, radicado número 17935.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

que el contratista investigado goce de las garantías establecidas en la Constitución y la Ley para ejercer su derecho fundamental a la defensa.

3. "La aplicación de los principios de legalidad y tipicidad".

3.1. "No hay coincidencia entre la obligación presuntamente incumplida y la multa".

El apoderado de COMCEL a manera de introducción señaló en este título que, durante el transcurso de la actuación administrativa había explicado que no existía coincidencia entre la obligación presuntamente incumplida que correspondía a la meta 12, y la multa prevista en el numeral 2 de la cláusula décima tercera que hacía referencia a la meta 13, citando el aparte de la resolución que trata sobre este tema, así:

*"Para el efecto, la meta 12 corresponde al "Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales" y la meta 13 pertenece a la "Aprobación por parte de la interventoría de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales". **A simple vista puede notarse que se tratan de dos obligaciones que aunque son diferentes se relacionan entre sí**, en el entendido que para que la interventoría pueda iniciar su aprobación de la instalación y puesta en servicio del grupo 3 en cumplimiento de la meta 13, es indispensable que el contratista cumpla con la totalidad del reporte de la instalación de los CD, es decir, los 3.034. Es por esto que la invocación del artículo 1624 del Código Civil, resulta a todas luces descabellado, pues no existe oscuridad o dualidad en la cláusula pactada, por el contrario y como se transcribió las obligaciones del contratista y de la interventoría están perfectamente delimitadas".* (Negritas propias del texto).

Al respecto, señaló el abogado recurrente que el Despacho coincidía *"con lo manifestado por el contratista en el sentido que las obligaciones correspondientes a la meta 12 y a la meta 13 son obligaciones diferentes, independientemente de que las mismas se relacionen entre sí"*, por lo en su parecer *"es claro que en aplicación del criterio del Despacho, existe una ausencia de coincidencia entre la obligación presuntamente incumplida, -la meta 12- y la que da lugar a la tasación de la multa -la meta 13-."*

Acto seguido, el apoderado de COMCEL se refiere a la redacción del numeral 2 de la cláusula décima tercera *"Si el CONTRATISTA incumple con alguna de las obligaciones pactadas para las metas de instalación y puesta en servicio establecidas en el Anexo Técnico pagará al Fondo Único de TIC una multa correspondiente a un (1) SMMLV por cada mes o fracción de atraso, para cada Centro Digital cuya instalación no haya sido aprobada por la Interventoría"*. (Negritas propias del texto).

Igualmente, hizo mención el apoderado a la resolución cuando indica que: *"para que la interventoría pueda iniciar su aprobación de la instalación y puesta en servicio del grupo 3 en cumplimiento de la meta 13, es indispensable que el contratista cumpla con la totalidad del reporte de la instalación de los CD, es decir, los 3.034"*, para poner en evidencia que la meta 13 no es exigible, por lo que en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad no se podía tasar una multa con base en una obligación que no corresponde a la presuntamente incumplida, y que además no es exigible.

Adicionalmente, puso de presente que la meta 13 correspondiente a la *"Aprobación por parte de la Interventoría de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3"* difiere de la aprobación de los reportes de instalación efectuados por el interventor del Contrato.

Señaló el apoderado igualmente que, en la Resolución, el Despacho había manifestado que no podía desconocerse la obligación asignada al contratista en el anexo técnico del contrato de aporte, numeral 2.2.2. referente al procedimiento para la aprobación de las metas²⁹, por lo que sostiene que aquel (el Despacho) coincide en indicar que la multa se tasó en función de la meta 13, la cual en su equivocado criterio estaría en cabeza del contratista.

Explicó que, las actividades asociadas a la meta 13, se encuentran descritas en el numeral 2.2.2.2. del anexo

²⁹ según el cual: "NOTA 1: Las actividades inherentes a conseguir la aprobación de interventoría de la instalación de los Centros Digitales está en cabeza del Contratista, actividades que se deben realizar dentro de los plazos estipulados en el cronograma, en consecuencia, cualquier atraso en la aprobación de los mismos no se puede entender como tiempo adicional para la instalación de los Centros Digitales"

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

técnico del Contrato que corresponden a la revisión de los centros digitales instalados a través de las verificaciones remotas y las visitas de campo, que una vez efectuadas³⁰, y aprobados por el interventor el 100% de aquellos (centros digitales) se determinaría el inicio de la etapa de operación lo cual es diferente de la verificación documental que efectúa el interventor para comprobar el cumplimiento de meta 12, en la medida que esta última no determina el inicio de la etapa de operación.

También el apoderado expuso que tal *"como se encuentra redactado el numeral 3 de la cláusula décima tercera del Contrato, la multa debe ser tasada **"para cada Centro Digital cuya instalación no haya sido aprobada por la Interventoría"**, por lo que teniendo en cuenta que dicha meta no era exigible a 31 de mayo de 2022, en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, no resultaba posible abrir una actuación sancionatoria por una obligación no exigible, ni mucho menos tasar una multa desde el día 31 de mayo de 2022, por lo que la Resolución debe ser revocada"* Negritas propias del texto del recurso.

Agrego al respecto, que de ninguna manera resultaba descabellado la aplicación del artículo 1624 del Código Civil, de acuerdo con el cual las disposiciones ambiguas deben interpretarse en favor del deudor y en contra de quien las redactó.

Concluyó el apoderado la fundamentación de este argumento arguyendo que la imposición de la multa prevista en el numeral 2 de la cláusula décima tercera sería contraria a los principios de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones establecidos en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, puesto que se tasaría una multa, con base en una obligación no exigible.

3.2. "La obligación de tener en funcionamiento los centros digitales."

En relación con este argumento, señaló el apoderado de Comcel que en ninguno de los apartados de la resolución recurrida se había revisado el numeral 3 del anexo técnico del Contrato y que el acto recurrido se limitó a suponer, sin ningún tipo de sustento contractual, que *"de estos 693 CD aprobados del grupo 3 que debían estar en funcionamiento para el 31/mayo/2022, la anterior interventoría evidenció que 301 CD estaban fuera de servicio y es que estos números no son culpa de la interventoría, sino por el contrario, de Comcel que no hace la entrega correcta y oportuna de los centros digitales"*. (Subrayas dentro del texto).

Reflexionó el apoderado al respecto señalando que *"el Despacho además de hacer una valoración sin ningún sustento de la culpa, omitió hacer referencia a la obligación presuntamente incumplida prevista en el numeral 3 del Anexo Técnico que corresponde a la siguiente: (...)".* Sobre el numeral del anexo técnico señaló que sin tener que acudir a mayores elucubraciones, la obligación de dar apertura y funcionamiento de los centros digitales es exigible *"desde el reporte de cada uno de los grupos de instalación de los Centros Digitales"*, por lo que sería claro que, si no se ha efectuado el reporte del grupo correspondiente, la referida obligación no es exigible, y por lo tanto no daría lugar a ningún tipo de conminación en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad.

El apoderado reparó en cómo podría ser aplicable la interpretación indicada en la Resolución en los siguientes términos: *"la obligación debería establecer que la apertura y funcionamiento de los centros digitales es exigible a partir de la fecha prevista para la entrega del reporte de instalación de cada uno de los grupos, lo cual como hemos evidenciado no solo no corresponde a la redacción del Contrato, sino que podría tratarse de una obligación de imposible cumplimiento, puesto que la misma no tendría en cuenta todas vicisitudes que se presentan durante la instalación, y llegaría al punto de exigir que centros digitales que no se encuentran instalados, estén en funcionamiento."*

Teniendo en cuenta lo anterior, indicó el recurrente que el contratista habría incumplido la obligación prevista en

³⁰ El apoderado señala que en el eventual caso de imponerse una multa se debería verificar si el interventor ha realizado o no dichas verificaciones, y las razones para que no las haya realizado y que, por esta razón, y no por una conducta dilatoria como lo había sugerido el Despacho fue que en la sesión de audiencia del 18 de noviembre de 2022 aportó como prueba un Excel contentivo de los sitios del grupo 3 que tenían pendiente la programación de visitas.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

el numeral 3 del anexo técnico relacionada con la apertura y funcionamiento de los centros digitales del grupo 3, siendo contrario a los principios de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones establecido en la ley, puesto que conminar al contratista a una obligación que de acuerdo con el Contrato no era exigible, transgrediría el derecho fundamental al debido proceso.

Sostuvo el apoderado que, el numeral 3 de la cláusula décima tercera del Contrato no era aplicable por las razones que a continuación se transcriben:

"i. La redacción de la obligación es clara y no puede pretenderse modificación con el afán de justificar una multa de apremio.

ii. Comcel S.A. no fue quien redactó el Contrato, por lo que su redacción debe interpretarse en su favor.

iii. Comcel S.A. no ha incumplido con sus obligaciones. Por el contrario, a pesar de las circunstancias no atribuibles, ha mostrado su compromiso con el proyecto y en ningún momento ha detenido la ejecución del mismo.

iv. Pretender modificar la obligación pone a Comcel en una situación desequilibrada, puesto que aumenta el tiempo no remunerado, en el que el contratista debe mantener los puntos operativos sin recibir remuneración a cambio.

v. Pretender modificar la redacción de la obligación, desconocería todas vicisitudes que se presentan durante la instalación, y llegaría al punto de exigir que centros digitales que no se encuentran instalados, estén en funcionamiento, lo cual es una obligación de imposible cumplimiento de acuerdo con la ley."

3.3. "El desconocimiento del principio de Non Bis in Idem"

El apoderado en relación con el principio de non bis in ídem aludió que la Resolución se había pronunciado señalando que el mismo tenía plena aplicación en materia sancionatoria contractual, "en pro del respeto de los derechos fundamentales, en especial al debido proceso". Sin embargo, el referido acto administrativo manifestó también que "no se trata de una sola obligación incumplida, si no de dos obligaciones que están relacionadas una de la otra y de acuerdo con lo pactado en la cláusula décima tercera del contrato, estas obligaciones se tasan conforme a lo señalado en los numerales 2 y 3 de la referida cláusula".

Recordó que, en este caso, el presunto incumplimiento correspondería a la supuesta mora en el reporte de instalación de los centros digitales del grupo 3, a pesar de lo cual la resolución recurrida pretendía imponer dos multas diferentes, que además de no resultar aplicables por las razones indicadas en los numerales anteriores, desconocerían el principio de non bis in ídem puesto que por el mismo hecho se pretendían imponer dos tipos de multas. Es decir, para el abogado recurrente, la resolución recurrida pretende imponer dos sanciones de la misma naturaleza por la misma conducta, tratándose de una doble penalización contractual por el mismo hecho, que es el supuesto retraso en el reporte de instalación de los centros digitales del grupo 3, lo cual está expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico según lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado³¹.

Según el apoderado, en los términos del contrato "imponer las dos multas indicadas en la Resolución, sería equivalente a imponer dos sanciones por los mismos hechos y ante la misma jurisdicción. Peor aún, bajo ese escenario ante un eventual retraso en la entrega de ciertos estudios de campo de un determinado grupo, la entidad contratante podría imponer de manera simultánea las multas previstas en los numerales 1, 2 y 3 de la cláusula décima tercera del Contrato, en la media que el retraso en la entrega de los estudios de campo implicaría por sí mismo que el contratista no podría desarrollar las labores de implementación, y tampoco podría mantener en servicio los centros digitales en funcionamiento a partir de la entrega del grupo correspondiente, lo cual además de ser evidentemente desproporcionado, transgrede el principio de non bis in ídem puesto que por el mismo hecho se estarían imponiendo tres (3) sanciones de la misma naturaleza" SIC.

³¹ El apoderado cito en la página 47 un aparte de la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 21 de agosto de 2008, Rad. 2001-90663, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla y en la página 48 se refirió a la Sentencia C-870 de 2002, citada en la resolución recurrida.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

Por lo anterior, advirtió el recurrente que la imposición de la multa establecida en numeral 3 de la cláusula décima tercera sería contraria a los principios de legalidad y tipicidad, y a las garantías constitucionales y procesales a las que tiene derecho COMCEL, pues se trata de un solo hecho frente al cual se pretenden imponer dos sanciones en la misma jurisdicción, por lo que propone que se revoque la multa.

4. "El principio de proporcionalidad y razonabilidad".

El apoderado de Comcel en relación con este tema señaló que el Despacho considero como criterio de proporcionalidad para el cálculo de la multa correspondiente al presunto incumplimiento de la meta 12 que, se descontarían los 159 centros digitales en donde hubo reconocimiento de hechos de fuerza mayor, puesto que *"la multa que se impone en este acto administrativo no ha de cobijar los casos en donde se ha encontrado comprobado y configurado el imprevisto irresistible, constitutivo de la fuerza mayor"*.

Respecto de la obligación contenida en el inciso 4 del numeral 3 del Anexo técnico del Contrato, el Despacho manifestó: *"Pues bien, en consideración al largo tiempo (6 meses) que Comcel se ha tomado para cumplir la Resolución no aplicó ningún criterio de proporcionalidad por considerar que frente a "esta obligación no es dable reducir los 28 SMMLV con los que se están computando aquel, toda vez que, la conducta demorada del contratista está poniendo en peligro el proyecto de centros digitales en la región A. Como ya se dijo, se advierte que la falta del cumplimiento de esta obligación podría ocasionar el retraso de las metas del grupo 3 en la etapa de operación"*.

Sobre el particular el apoderado mencionó que Comcel era la única parte contractual que había soportado las cargas derivadas de la ocurrencia de hechos de fuerza mayor, hechos de terceros y hechos de la propia entidad contratante, por lo que de ninguna forma resultaba proporcionado que fuera objeto de una multa, más aún cuando ya había cesado la situación de incumplimiento.

Por otra parte, se refirió a la obligación contenida en el inciso 4 del numeral 3 del anexo técnico del Contrato, reiterando que la misma no era exigible y por lo tanto imponer una multa por dicha circunstancia aparte de contravenir los principios de legalidad y tipicidad también resultaba a todas luces desproporcionada.

El apoderado reflexionó frente al escenario en que se considerara que la obligación prevista en el inciso 4 del numeral 3 del Anexo Técnico del Contrato fuera exigible indicando que *"en la Resolución de ninguna se justifica porqué la obligación presuntamente incumplida pone el proyecto de centros digitales de la región A, cuando por el contrario y tal como mencionó la ministra TIC, el avance en su ejecución es evidente, a pesar de todas las vicisitudes que se han presentado durante la ejecución del Contrato"*.

En este sentido, señaló que teniendo en cuenta que cesó el presunto incumplimiento, *"en la medida que los centros digitales que se encuentran pendientes de instalación o funcionamiento obedecen a eventos ajenos al contratista debidamente comprobados y que si se llegare a interpretar que existe un incumplimiento, el mismo es mínimo en proporción a la magnitud del proyecto, por lo que no resultaría ni racional ni proporcionado la aplicación de multas, y menos aún aplicar la multa más alta prevista en el numeral 3 de la cláusula décima tercera del Contrato, sin, justificar de manera alguna porqué el presunto incumplimiento de la obligación prevista en el inciso 4 del numeral 3 del Anexo Técnico pone en riesgo el proyecto, por lo que la Resolución debe ser revocada."*

Subsidiariamente, estableció que en el caso que se considere que aún persiste el incumplimiento, *"la multa debe ser reducida considerablemente teniendo consideración los sitios en donde eventualmente persista una situación de incumplimiento. A la fecha únicamente se encontraría pendiente la aprobación del reporte de instalación de 2529 centros digitales que se encuentran afectados por circunstancias de fuerza mayor, y únicamente 14 centros digitales que también están afectados por circunstancias ajenas al contratista estarían pendientes de ofrecer conectividad, por lo que dado la no materialidad de la cifra, de aplicarse una multa debería ser la mínima, es decir la correspondiente a 11 smmlv" (SIC).*

5. "La transgresión del derecho fundamental al debido proceso"

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

En este título el apoderado justificándose en lo indicado en los numerales anteriores establece que, la "actuación administrativa" que dio lugar a la resolución recurrida habría transgredido el derecho fundamental al debido proceso del contratista por las siguientes razones:

i. Desconocimiento flagrante de la presunción de inocencia del contratista, lo cual es contrario a la constitución y la ley en la medida que resulta inverso al derecho fundamental al debido proceso.

Sobre el particular señaló el apoderado que el Despacho amparado en la aplicación subsidiaria de la regulación civil y comercial a los contratos estatales olvidó que, en las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales, se aplicaba la presunción de inocencia, y en que en consecuencia *"sin acreditar de ninguna manera que la responsabilidad por el presunto incumplimiento es atribuible de manera exclusiva al contratista a título de dolo o culpa, procedió con la imposición de dos multas, que deben ser revocadas, puesto que su ratificación implicaría el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso, tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en este documento"*.

ii. Verificación restringida al cumplimiento o no de las obligaciones endilgadas como incumplidas sin realizar un análisis del Contrato como un todo, por lo que, el Despacho negó numerosas pruebas documentales, que tenía relación directa con los hechos discutidos en el expediente, *"bien porque: i) son hechos que afectaron directamente la ejecución de las obligaciones presuntamente incumplidas, como es el caso de los problemas en la cadena de suministro, o ii) porque se trata de hechos ocurridos durante la ejecución del Contrato que afectan directamente el cronograma contractual que se pretende ejecutar, o iii) a pesar de tratarse de documentos expedidos en el marco de otras etapas contractuales, como es la operación del Contrato, corresponden a los mismos hechos afectaron la operación y la instalación de los centros digitales del grupo 3 que corresponde a la obligación presuntamente incumplida, por lo que de ninguna puede afirmarse que el contratista pudo controvertir las pruebas en su contra, más aún cuando el Despacho negó pruebas testimoniales por simplemente estimar que "si los documentos aportados no pueden identificar dicho detalle [el de los equipos destinados a la instalación del grupo 3] no puede esperar este despacho, que la información que pudieran aportar los testigos pueda ser abonada y acreditada de manera verbal al proceso y que pudiera desentrañar el incumplimiento o cumplimiento de Comcel"*.

iii. El numeral 2 de la cláusula décima tercera del Contrato establece la tasación de una multa en función de una meta diferente a la que corresponde a la obligación presuntamente incumplida, por lo que teniendo en cuenta que la meta 13 no es exigible, en aplicación a los principios de legalidad y tipicidad no se puede tasar una multa con base en una obligación que no corresponde a la obligación presuntamente incumplida.

iv. La obligación prevista en el inciso 4 del numeral 3 del Anexo Técnico del Contrato, no es exigible, toda vez que como está redactada la obligación en el contrato, los sitios deben encontrarse en funcionamiento desde el reporte de instalación de cada grupo, no a partir de las entregas parciales que de buena fe desarrolle el contratista, por lo que ratificar la multa implicaría una transgresión de los principios de legalidad y tipicidad.

v. La imposición de dos multas por la misma circunstancia transgrediría el principio del *non bis in ídem*, principio este, que tal como lo indicó el Despacho tiene plena aplicación a esta actuación administrativa.

B) CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD.

Luego de analizados los argumentos presentados por el apoderado de Comcel en sesión de audiencia del 26 de diciembre de 2022 y valoradas las pruebas que obran en el expediente digital del proceso, se pasa a resolver de fondo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N.º 04326 del 01 de diciembre de 2022, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula sexta - plazo de ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020 y el inciso 4 del numeral 3 - cronograma de ejecución del anexo técnico del referido contrato, encontrándose que, efectivamente se han garantizado los principios y garantías constitucionales que rigen este tipo de diligencias, conforme a las competencias y potestades ejercidas en virtud

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

de la Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011.

1. En cuanto al cumplimiento de las obligaciones y sus efectos.

De la obligación relacionada con la Meta 12³².

En principio, es necesario mencionar que, tal y como ya se indicó en el acápite 2 de este acto, este Despacho solicitó los días 12 y 13 de enero de 2023 tanto a la interventoría como a la supervisión, el pronunciamiento de los eventos de fuerza mayor y las circunstancias ajenas al contratista que le han impedido dar cumplimiento a la totalidad de la meta 12, así como del estado de cumplimiento de las obligaciones endilgadas.

A partir de esto y una vez verificado el comunicado presentado por el apoderado de Comcel como prueba documental, encuentra este Despacho acreditadas las manifestaciones del recurrente en el sentido de indicar que con corte al 30 de noviembre de 2022 habían aprobados por el Consorcio Superdigitales 2022, 2.571 CD y al 23 de diciembre 2.850 CD.

Lo anterior, se soporta adicionalmente en el concepto dado por la interventoría en comunicado con radicado 231003367 del 18/01/2023, donde puntualizó los reportes de instalación y puesta en servicio aprobados en dichos comunicados, como se muestra a continuación.

OFICIO	TOTAL CD CON REPORTE DE INTSLACIÓN Y PUESTA EN SERVICIO APROBADO POR INTERVENTORÍA
CDIG-INTERV2-COMCEL-00900-2022 de fecha 30 de noviembre de 2022	2.571
CDIG-INTERV2-COMCEL-01071-2022 del 23 de diciembre de 2022.	2.850

En ese mismo contexto, es preciso traer a colación el alcance efectuado por la interventoría al concepto del 18/01/2023 a través de comunicado identificado con el radicado 231004736 del 24 de enero de 2023, en el que actualizó los reportes aprobados, así:

1. “El número de centros digitales del grupo 3, aprobados por la interventoría en los comunicados CDIG-INTERV2- COMCEL-00900-2022 de fecha 30 de noviembre de 2022 y CDIG-INTERV2-COMCEL-01071-2022 del 23 de diciembre de 2022.

RESPUESTA:

De la meta 12 “Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales” que tiene como plazo máximo contractual su ejecución a 31 de mayo de 2022, se tiene con el corte a la fecha, el siguiente estado:

OFICIO	TOTAL, CD CON REPORTE DE INSTALACIÓN Y PUESTA EN SERVICIO APROBADO POR INTERVENTORÍA
CDIG-INTERV2-COMCEL-00900-2022 del 30 de noviembre de 2022	2.571

³² Cláusula sexta del contrato de aporte – plazo de ejecución.(...) “Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales”. que tiene como plazo máximo contractual su ejecución a 31 de mayo de 2022.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

CDIG-INTERV2-COMCEL-01071-2022 del 23 de diciembre de 2022.	2.850
CDIG-INTERV2-COMCEL-01277-2023 del 20 de enero de 2023	2.888
CDIG-INTERV2-COMCEL-01293-2023 del 23 de enero de 2023	2.892

11

Sobre el particular, la supervisión, el 25 de enero de 2023 con memorando 232004821, avaló el concepto de la interventoría en los siguientes términos:

“ (...) De conformidad con los comunicados CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01259 con radicado No. 231003367 del 18 de enero y CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01299 No. 231004736 del 24 de enero de 2023, la interventoría reportó el siguiente estado:

(...)

De acuerdo con lo anterior la supervisión concuerda con lo informado por la Interventoría Consorcio SuperDigitales 2022 en los mencionados oficios”.

No obstante, respecto a lo manifestado por el apoderado que el Despacho había efectuado la tasación de la multa con base a 491 CD y que tal situación no correspondía al estado de cumplimiento de la obligación, se aclara que tal apreciación no es correcta, pues como puede observarse del mismo expediente digital a la fecha de expedición de la Resolución N.º 04326, esto es, el 01 de diciembre de 2022, no hacía parte del procedimiento el comunicado identificado con el código CDIG-INTERV2-COMCEL-00900-2022, por lo que, el cruce de comunicaciones que se presenten en la ejecución del contrato entre la interventoría y el contratista, no puede entenderse que se encuentren incorporadas inmediatamente al proceso.

Ahora bien, en cuanto a lo mencionado por el apoderado de la existencia de eventos de fuerza mayor en 159 CD reconocidos por la interventoría a través del comunicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 y radicado 221092691 del 16 de noviembre de 2022, se indica que corresponde a la realidad y que tal situación fue reconocida como eximente de responsabilidad por esta entidad en la Resolución recurrida.

Por otra parte, en lo referente a la necesidad de que la interventoría emitiera concepto sobre los eventos de fuerza mayor que impedían finalizar la instalación de 51 CD, la cual, previamente mediante diversas comunicaciones Comcel había solicitado al Consorcio su pronunciamiento, este Despacho precisa, que tal y como fue citado anteriormente, mediante oficio con radicado N.º 232001718 del 12 de enero de 2023, solicitó a la interventoría entre otras cosas, su concepto sobre dichos eventos de fuerza mayor. Esta información también fue requerida a la supervisión con radicado número 232001725 del mismo día.

Al respecto, la interventoría en comunicado con radicado 231003367 del 18/01/2023, de conformidad con lo establecido en la cláusula vigésima sexta del contrato de aporte, emitió su concepto sobre los eventos de fuerza mayor señalados por el recurrente, de los cuales, de acuerdo con el consolidado efectuado por el Consorcio Superdigitales 2022, se observa que con corte al 18/01/2023 fueron aprobados 2.886 CD, con concepto de fuerza mayor favorable 128 y concepto no favorable 1. Sin embargo, la interventoría en el alcance antes referenciado, esto es, del día 24/01/2023³³, manifestó a este Despacho que con corte a esa fecha se tenía como nuevo reporte de los eventos de fuerza mayor reconocidos por la interventoría, el siguiente:

³³ Radicado 231004736

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Concepto	Cantidad CD
Aprobados	2.892
EFM Favorable	123*

“Se tienen en total 123 EFM con concepto favorable actualizados, por cuanto, se tienen EFM superados que ya cuentan con reporte de instalación y puesta en servicio aprobados por interventor”.

La supervisión, en su pronunciamiento del 25 de enero de 2023³⁴, acogió el reconocimiento del interventor de los eventos de fuerza mayor, así:

(...)

“De acuerdo con lo anterior la supervisión acoge lo reportado por la Interventoría Consorcio SuperDigitales 2022 en el oficio CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01259 con radicado No. 231003367 del 18 de enero 2023, respecto al reconocimiento de los eventos de fuerza mayor con concepto favorable para los 51 CD”.

Por otro lado, en lo relativo a que existen 19 CD de los cuales su instalación no se ha llevado a cabo en razón a “que se tratan de sitios en los que el contratista observó al momento de desarrollar las labores de instalación, que no reunían las condiciones de elegibilidad establecidas en el Anexo Técnico del Contrato, y frente a los cuales la entidad contratante aún no ha definido cómo operarían los cambios, ni los sitios que serían sus reemplazos”³⁵ y en donde insiste el apoderado en que es indispensable el pronunciamiento de la entidad, este Despacho transcribe a continuación, lo dicho por la interventoría en su calidad de vigilante del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, a través del comunicado con radicado 231003367 del 18/01/2023, previa solicitud de esta coordinación con radicado 232001718 del 12/01/2023: así:

“Frente este punto y tal y como se le ha reiterado al contratista, la interventoría expuso sus consideraciones en los comunicados CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00320-2022 221075008 de fecha 16/09/2022 y CDIG-INTERV2-COMCEL-00389-2022 221078303 de fecha 29/09/2022, CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01074-2022 221103263-23/12/2022 y CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01235-2023 231002237-13/01/2023 , por medio de los cuales se le ha puesto de presente que, los CAMBIOS conforme las actividades técnicas definidas en el anexo técnico del contrato, deben evidenciarse en los estudios de campo y no en la instalación y puesta en servicio de los centros digitales, así:

“Para efectos de analizar la propuesta planteada por el Contratista COMCEL referente a que se aprueben cambios de instituciones públicas durante la etapa de reporte e instalación, es pertinente contextualizar o ubicar en el tiempo de ejecución del contrato, considerando lo dispuesto contractualmente frente a la ejecución presentada por el Contratista y, que es objeto de procedimientos administrativos sancionatorios en los Expedientes 19 y 21, considerando que igualmente se tienen expedientes cerrados por superación de la situación que dio lugar a conminar al contratista, como sucedió para Grupos 1A y 1B. Debido a lo anterior, se tiene la siguiente consecución:

³⁴ Con memorando 232004821

³⁵ En el alcance al recurso efectuado por el apoderado de Comcel a través de correo electrónico del día 12/01/2023 y radicado xxx del 13/01/2023, sobre el particular, señaló: (...) Más allá de que los sitios reportados cambios en el Recurso corresponden a situaciones que se encuentran pendientes de definición, es claro que hechos ajenos al contratista han afectado la instalación de 19 centros digitales, por lo que de ninguna manera puede multarse al contratista por hechos en los cuales no tiene ningún tipo de responsabilidad. (...)”

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

GRUPO	DOCUMENTOS DE PLANEACIÓN		ESTUDIOS DE CAMPO		REPORTE DE INSTALACIÓN		OPERACIÓN	
	FECHA CONTRATO	FECHA EJECUTADA	FECHA CONTRATO	FECHA EJECUTADA	FECHA CONTRATO	FECHA EJECUTADA	FECHA CONTRATO	FECHA EJECUTADA
1A	28/01/2021	24/03/2021	1/02/2021	30/03/2021	30/04/2021	23/07/2021	1/07/2021	1/10/2021
1B	28/01/2021	24/03/2021	1/03/2021	30/03/2021	31/05/2021	24/09/2021	1/07/2021	1/01/2022
2	28/01/2021	24/03/2021	31/07/2021	24/09/2021	29/10/2021	09/06/2022	1/01/2022	No realizado
3	28/01/2021	24/03/2021	28/02/2022	25/07/2022	31/05/2022	No realizado	1/08/2022	No realizado

Fuente: Elaboración propia conforme información entregada por el Consorcio PE2020 C Digitales quien ejerció la labor de interventor hasta el 31 de Julio de 2022

Por ende, considerando la información de la ejecución del contrato antes resumida, se evidencia que los “Estudios de Campo” ya fueron entregados y la actividad ya fue superada, como requisito previo al inicio de la actividad de “Reporte de la instalación”.

Igualmente, conforme el plazo contractual, el último grupo en entrar en operación es el No.3, que debió iniciar el 01 de agosto de 2022; sin embargo, conforme al estado antes expuesto, se evidencia que ni el Grupo No. 2 ni el Grupo No. 3 se encuentran con la meta aprobada y por ello, no se encuentran en operación.

Así las cosas, el primer aspecto a resaltar, es que conforme dispone los tiempos contractuales, el mes de agosto de 2022, mes a partir del cual el contratista ha solicitado se revisen cambios en la etapa de reporte de la instalación, el contrato de aporte conforme dispuso en su clausulado, para el mes de agosto de 2022 debería contar con la totalidad de los grupos en operación, por lo que es pertinente señalar que los cambios requeridos se han realizado por fuera del plazo dispuesto en el contrato para la ejecución de la actividad de reporte de la instalación.

2. Concepto de Cambios y traslados

El Anexo Técnico dispone:

2.1.1.5 CAMBIOS

Se contempla que las Instituciones Publicas podrán ser cambiadas, cuando el contratista evidencie en sus estudios de campo alguna de las siguientes situaciones:

- a. Ausencia de interconexión eléctrica en los sitios definidos con energía interconectada en el listado de beneficiarios (Anexo Base Región A y Anexo Base Región B) ”
- b. Cuenta con servicio de conectividad a internet, bien sea prestado por otro proyecto del MinTic u otra entidad oficial o privada.
- c. Para el caso de las Instituciones Educativas, si estas no cuentan con por lo menos dos (2) terminales (diferentes a teléfonos móviles) en funcionamiento, que a su vez, permitan conectarse a la red Inalámbrica (wifi).
- d. Que el responsable de la Institución Pública no firme el Acta de Compromiso.
- e. La exigencia demostrable por parte de la comunidad de que se debe realizar el procedimiento de consulta previa.
- f. Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito debidamente sustentadas por el Contratista ante la Interventoría y la Entidad Contratante para su aprobación, que impidan la instalación del Centro Digital.

Fuente: Anexo Técnico Contrato de Aporte No. 1042 de 2020

Del texto antes transcrito, y conforme se resalta fuera de texto, los “Traslados” definidos contractualmente **hace referencia al período de operación y, al retiro del CD**, situación que claramente se delimita en el contenido contractual.

De acuerdo con lo anterior, se tiene respecto del concepto de “**Cambio**” en instalación:

El concepto de “cambio” y “traslado” previsto contractualmente, no es aplicable a ninguna de las situaciones planteadas por el contratista, motivo por el cual, se concluye que lo requerido de considerar cambios en etapa de reporte e instalación, es una figura que debe crearse contractualmente, es decir, debe ser objeto de inclusión

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

contractual a través del documento modificatorio conforme a las solemnidades que dispone la Ley 80 de 1993 y demás normas que rigen la Contratación Estatal.

Es de manifestar, que no haberse contemplado un cambio en etapa de reporte de la instalación, en análisis o interpretación de esta interventoría, se ajusta a la planeación de la Entidad Contratante, porque, precisamente, una vez se realice el estudio de campo es que se procede con la instalación del Centro Digital, tal como se resumió en los plazos contractuales por cada actividad desarrollados en el numeral 1º de la presente comunicación.

Ahora bien, se precisa que en concepto de esta interventoría, para incluir el concepto de "cambio en etapa de reporte de la instalación", debe realizarse una modificación contractual que incluya dicho concepto, lo que permite deducir que no es aplicable la función de interpretación o aclaración asignada al Comité Operativo en el numeral 6º del Anexo Técnico, precisamente porque se está frente a la inclusión de nuevas reglas que no fueron previstas contractualmente, y en referencia a un concepto o definición que no existe; así que no es viable jurídicamente que el comité se pronuncie dando alcance o interpretación.

Asimismo, es de considerar que las modificaciones contractuales deben aplicarse a situaciones futuras, y de ninguna manera pueden subsanar posibles incumplimientos en los que se encuentre incurso el contratista. En este sentido se resalta que para el Grupo 3 se encuentra en proceso el Expediente No. 19, precisamente por no lograr la ejecución de la Meta 12 "Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales." con fecha máxima al día 31 de mayo de 2022, fecha dispuesta en el Contrato de Aporte No. 1042 de 2020. Igualmente, en el mismo expediente 19 se informan los Centros Digitales fuera de servicio, en el marco del contrato de aporte que dispone que debe realizarse la apertura y el funcionamiento de los Centros Digitales; es decir, la prestación del servicio de internet en los Centros Digitales, desde el reporte de instalación y puesta en servicio.

De acuerdo con lo anterior, la solicitud realizada por el contratista de incluir en el anexo técnico el concepto de cambios en reporte de la instalación, conforme el contexto contractual antes expuesto, no aplicaría a futuro, por cuanto al mes de agosto de 2022 ya deberían estar en operación la totalidad de los grupos y CD contratados, conforme a los plazos contractuales, y, aceptar dicho concepto podría conllevar a que se subsanen situaciones pasadas ya consolidadas que puedan ser consideradas por la Entidad Contratante como incumplimientos contractuales, una vez se agote el procedimiento administrativo sancionatorio que corresponda.

Por consiguiente, en el Anexo No.1 presentamos una redacción de contenido del concepto de cambios en la etapa de reporte de la instalación, que sería aplicable en caso que se considere viable en el marco o desarrollo de la revisión del Contrato de Aporte o de arreglo directo, por cuanto, conforme manifestamos anteriormente, **no es dable bajo las condiciones de ejecución del contrato, se realicen modificaciones que puedan subsanar presuntos incumplimientos en los que se encuentre incurso el contratista.**

Ahora, respecto del concepto de "Reubicación" el mismo no existe o no se contempló contractualmente, como se desarrolló anteriormente. Lo precedente ya que se planeó un procedimiento para traslados, el cual implica que sea un RETIRO de un CD para reubicarlo en otro centro poblado en operación.

Seguidamente, el contratista manifiesta, que se ha evidenciado la necesidad de reubicar los CD, es decir, esta gestión a diferencia del traslado, se realiza en la misma institución pública.

De acuerdo con lo anterior, y dado que el concepto de "Reubicación" no se encuentra contemplado contractualmente, no es dable que el Comité Operativo conforme las atribuciones asignadas en el numeral 6º del Anexo Técnico, se pronuncie dando alcance o interpretación de un concepto que no se encuentra reglado en el mencionado Anexo Técnico, por lo que se reitera que la gestión debe enmarcarse como una modificación contractual, la cual, igualmente aplica para hechos futuros y que de ninguna manera permitan subsanar posibles incumplimientos en los que se encuentre incurso el contratista. (...) Negrilla y subrayado fuera de texto.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Así y conforme lo indicado, es de instar, que, conforme las condiciones contractuales, en la etapa de aprobación del reporte de instalación y puesta en servicio extemporánea en la que nos encontramos en la ejecución del contrato, el Anexo Técnico no prevé el procedimiento de cambio o traslado de centros digitales.

Ahora, COMCEL S.A conforme al traslado realizado por la Coordinación de actuaciones administrativas con radicado 232001797 de fecha 13 de enero de 2023, señala:

“(…) Más allá de que los sitios reportados cambios en el Recurso corresponden a situaciones que se encuentran pendientes de definición, es claro que hechos ajenos al contratista han afectado la instalación de 19 centros digitales, por lo que de ninguna manera puede multarse al contratista por hechos en los cuales no tiene ningún tipo de responsabilidad. (…)”

Realizando el análisis respecto de los soportes aportados por COMCEL SA, se tiene el siguiente resultado:

ID	CONCEPTO INTERVENTOR
19235	NO FAVORABLE
19761	NO FAVORABLE
21633	NO FAVORABLE
22248	SI
74373	SI
30599	SI
30978	SI
74124	NO FAVORABLE
19587	NO FAVORABLE
19569	NO FAVORABLE
39231	SI
53752	SI* EFM con concepto favorable CDIG-INTERV2-COMCEL-00808-2022 221095310-23/11/2022
20687	NO FAVORABLE
39081	NO FAVORABLE
70766	NO FAVORABLE
74105	NO FAVORABLE* EFM con concepto no favorable CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 201092691 - 16/11/2022
67875	SI* Comunicado No. CDIG-DIRINFRA-COMCEL-585-22
70560	NO FAVORABLE
74613	NO FAVORABLE

Por su parte, la supervisión, el 25 de enero de 2023 con memorando 232004821, sobre los 19 CD estuvo de

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

acuerdo con el concepto de la interventoría, en el que concluyo lo siguiente:

"(...) Conforme a lo anterior y a lo conceptuado en el comunicado del CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01259 con radicado No. 231003367 del 18 de enero de 2023, respecto de las 19 solicitudes de cambio de CD, se tenía que doce (12) contaban con concepto no favorable y los 7 restantes, con concepto de favorabilidad.

Adicionalmente es importante resaltar que en esta oportunidad el Contratista Comcel S.A ha presentado nueva documentación soporte en la cual establece una situación diferente a la expuesta inicialmente, incluyendo en el Recurso de reposición la solicitud de análisis de la ocurrencia de eventos de fuerza mayor para estos casos, que de acuerdo con la solicitud en el marco del proceso sancionatorio, ha sido revisado y conceptuado por la interventoría que será presentado en los puntos adelante.

De acuerdo con lo anterior, la supervisión concuerda con lo informado por la Interventoría Consorcio SuperDigitales 2022 en los mencionados oficios".

A partir de estas afirmaciones, y de acuerdo con lo establecido en el anexo técnico del contrato de aporte en su numeral 2.1.1.5³⁶, encuentra este Despacho que los cambios de las instituciones públicas, a los que alude el contratista, se deben evidenciar en los estudios de campo, situación que no puede presentarse en la etapa de investigación en la que nos encontramos, que corresponde a la de instalación y puesta en servicio de los CD, resultando de esta forma, las manifestaciones del apoderado contrarias a lo pactado contractualmente.

No obstante, tal y como lo señaló la interventoría en su pronunciamiento del 18/01/2023, al referirse al traslado realizado por esta coordinación con radicado 232001797, respecto a la información presentada por el apoderado de Comcel de fecha 12/01/2023, donde manifestó puntualmente: *"(...) Más allá de que los sitios reportados cambios en el Recurso corresponden a situaciones que se encuentran pendientes de definición, es claro que hechos ajenos al contratista han afectado la instalación de 19 centros digitales, por lo que de ninguna manera puede multarse al contratista por hechos en los cuales no tiene ningún tipo de responsabilidad. (...)",* el Consorcio Superdigitales 2022 realizó el análisis de los soportes allegados por el contratista acreditando las circunstancias ajenas de Comcel que le han impedido cumplir con la instalación de esos 19 solicitudes de cambio de CD, emitiendo concepto no favorable de 12 CD y los 7 restantes, con concepto de favorabilidad. Situación que como ya se indicó fue avalada por la supervisión.

Sobre este punto, la interventoría en el alcance efectuado al comunicado 231003367 de fecha 18/01/2023, mediante radicado 231004736 del 24 de enero de 2023, puntualizó lo que se señala a continuación:

"Conforme fue informado en comunicado 231004061 de fecha 20 de enero de 2023, esta interventoría evidenció que el contratista radicó reportes de instalación y puesta en servicio, y dado que este tema es objeto de conminación desde su despacho, remitimos la información analizada y conceptuada para lo que considere pertinente conforme su competencia.

Ahora, es menester señalar igualmente, que, realizando una verificación adicional a la información consignada en nuestro comunicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01259-2023 231003367-18/01/2023, se evidencia que el análisis contenido en la tabla reportada en el punto 3, correspondiente a los 19 de cambios, no consideró la totalidad de los soportes entregados por el contratista, motivo por el cual, consideramos pertinente informar a su despacho, el análisis final, desarrollando claramente las motivaciones de los ajustes realizados.

Adicional se ha evidenciado un error de transcripción contenido en el punto 3 del citado documento, quedando de la siguiente forma:

(...)

³⁶ **2.1.1.5 CAMBIOS**

Se contempla que las Instituciones Públicas podrán ser cambiadas, cuando el contratista evidencie en sus estudios de campo algunas de las siguientes situaciones (...)"

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

Considera preciso esta interventoría realizar el correspondiente ajuste a la información en el siguiente sentido:

1. Realizando el análisis respecto de los soportes aportados por COMCEL SA, se tiene el siguiente resultado, tal y como lo enlistamos a continuación:

ID	CONCEPTO INTERVENTOR CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01259-2023 231003367-18/01/2023	CONCEPTO INTERVENTOR	ARGUMENTOS INTERVENTOR
19235	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a mediados de diciembre de 2023.
19761	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a mediados de diciembre de 2023.
21633	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a mediados de diciembre de 2023.
22248	FAVORABLE	FAVORABLE	Reubicación y posterior cierre del centro educativo. En la página buscando colegio se evidencia cierre temporal de la Institución educativa. ³⁷
74373	FAVORABLE	FAVORABLE	Sede sin energía
30599	FAVORABLE	FAVORABLE	Reubicación infraestructura en trámite con la Alcaldía Municipal
30978	FAVORABLE	FAVORABLE	Cierre del Centro Educativo
74124	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Sin condiciones de infraestructura. Concepto de revisión comunicado CDIG-INTERV2-COMCEL-00465-2022 221082228-11/10/2022
19587	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a mediados de diciembre de 2023
19569	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a

³⁷[https://sineb.mineducacion.gov.co/bcol/app?service=direct/0/Home/\\$DirectLink&sp=IDsede=53002](https://sineb.mineducacion.gov.co/bcol/app?service=direct/0/Home/$DirectLink&sp=IDsede=53002)

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

			mediados de diciembre de 2023
39231	FAVORABLE	FAVORABLE	Demolición de sede
53752	FAVORABLE* EFM con concepto favorable CDIG-INTERV2-COMCEL-00808-2022 221095310-23/11/2022	FAVORABLE* EFM con concepto favorable CDIG-INTERV2-COMCEL-00808-2022 221095310-23/11/2022	Cierre del Centro Educativo
20687	NO FAVORABLE	NO FAVORABLE	Sin energía durante 3 años. Sin acervo probatorio.
39081	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Carta de Rector. Institución próxima cierre por inactividad académica y solicita se traslade el beneficio.
70766	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Jefe de la tecnología de la información de la Gobernación de Sucre, manifiesta que las condiciones no son óptimas para la instalación y sugiere beneficiar a otro centro educativo.
74105	NO FAVORABLE* EFM con concepto no favorable CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 201092691 - 16/11/2022	FAVORABLE	EFM con concepto no favorable. CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 201092691 - 16/11/2022 Cd abandonado sin paredes, condiciones no óptimas.
67875	FAVORABLE* Comunicado No. CDIG-DIRINFRA-COMCEL-585-22	FAVORABLE* Comunicado No. CDIG-DIRINFRA-COMCEL-585-22	Misma coordenada centro cercano. Sede Indígena. Casos especiales Correo supervisión 28/12/2022
70560	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Caso especial ICBF- Instalado otro servicio. Correo supervisión cmanjarres@mintic.gov.co 25/11/2022
74613	NO FAVORABLE	FAVORABLE	Sede Indígena. Casos especiales Correo supervisión 28/12/2022

Conforme lo anterior, respecto de las 19 solicitudes de cambio, se tiene que dieciocho (18) cuentan a la fecha con soportes de situaciones ajenas al control del contratista, que hoy no permiten la instalación de los Centros Digitales”.

La interventoría el mismo día, esto es, el 25/01/2023, teniendo en cuenta, la solicitud de aclaración realizada por el apoderado de Comcel, mediante correo electrónico de esta fecha, efectuó ante este Despacho, un alcance al concepto dado respecto a los eventos de fuerza mayor de las 19 solicitudes de cambio de CD, como se transcribe a continuación:

“Se recibe comunicado remitido por COMCEL SA, con el que solicita “aclaración a informe del Interventor con radicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01259-2023 con alcance con radicado CDIGINTERV2-DIRINFRA-01299-2023 mediante la cual dio respuesta a las inquietudes formuladas por la Coordinación de Actuaciones Administrativas en el marco del expediente 19 de 2022”, respecto del cual, en nuestra calidad de interventores, procedemos a emitir concepto para lo que corresponda conforme su competencia.

Manifiesta COMCEL SA:

“(…)

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

De este modo, el Interventor sustentó su concepto de no favorabilidad en que el centro digital con ID 20687 no tenía acervo probatorio, con lo que entendemos no se habría tenido en cuenta el documento que radicamos el día 23 de enero de 2023, en el que con absoluta claridad el rector de la institución educativa manifestó que no se encontraban las condiciones para finalizar la instalación, en particular porque la sede estaba en proceso de finalización del trámite de restauración de la energía interconectada.

(...)

Concepto del interventor:

Efectivamente, el concepto emitido por este interventor el pasado 24 de enero de 2023 con radicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01299-2023 231004736-24/01/2023, no consideró en su análisis, la comunicación expedida por el Director Rural del Centro Educativo de fecha 23 de enero de 2023, en la cual expone, que efectivamente, la situación de falta de acometida eléctrica persiste y que la misma se encuentra en proceso de restablecimiento en el marco de un convenio interadministrativo.

Así las cosas, es evidente con el soporte documental de fecha 23 de enero de 2023, que el Centro Digital a la fecha, presenta una situación que impide su instalación, y que el motivo del mismo no es una situación de control del contratista, por cuanto la solución eléctrica requerida es de competencia de la entidad o autoridad territorial respectiva.

Por lo anterior, el análisis del interventor correspondiente a los 19 CD de los cuales su instalación no se ha llevado a cabo, queda de la siguiente forma:

(...)

Realizando el análisis respecto de los soportes aportados por COMCEL SA con corte al 25 de enero de 2023, se tiene el siguiente resultado, tal y como lo enlistamos a continuación:

ID	CONCEPTO INTERVENTOR	ARGUMENTOS INTERVENTOR
19235	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a mediados de diciembre de 2023.
19761	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a mediados de diciembre de 2023.
21633	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a mediados de diciembre de 2023.
22248	FAVORABLE	Reubicación y posterior cierre del centro educativo. En la página buscando colegio se evidencia cierre temporal de la Institución educativa. ³⁸
74373	FAVORABLE	Sede sin energía
30599	FAVORABLE	Reubicación infraestructura en trámite con la Alcaldía Municipal
30978	FAVORABLE	Cierre del Centro Educativo
74124	FAVORABLE	Sin condiciones de infraestructura. Concepto de revisión comunicado CDIG-INTERV2-COMCEL-00465-2022 221082228-11/10/2022

³⁸[https://sineb.mineducacion.gov.co/bcol/app?service=direct/0/Home/\\$DirectLink&sp=IDsede=53002](https://sineb.mineducacion.gov.co/bcol/app?service=direct/0/Home/$DirectLink&sp=IDsede=53002)

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

19587	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a mediados de diciembre de 2023
19569	FAVORABLE	Centros Digitales inicialmente asignados cuentan con internet de la Gobernación de Antioquia, información que es de conocimiento de la Entidad y de la interventoría conforme acta de fecha 27/12/2022. Adicionalmente la Gobernación de Antioquia el 23/01/2023 remitió comunicación a la interventoría en la que, manifiesta que la fecha estimada de finalización de conectividad de los centros digitales seleccionados finaliza a mediados de diciembre de 2023
39231	FAVORABLE	Demolición de sede
53752	FAVORABLE* EFM con concepto favorable CDIG-INTERV2-COMCEL-00808-2022 221095310-23/11/2022	Cierre del Centro Educativo
20687	FAVORABLE	Comunicación expedida por el Director Rural del Centro Educativo de fecha 23 de enero de 2023, en la cual expone, que efectivamente, la situación de falta de acometida eléctrica persiste y que la misma se encuentra en proceso de restablecimiento en el marco de un convenio interadministrativo. Lo anterior, atado al comunicado expedido por la Secretaría de Educación, Cultura y Deporte de la Alcaldía de Necoclí en el que se informa que, el proceso de la instalación de la energía eléctrica de la sede Educativa Bobal Carito está en diligenciamiento de pólizas para dar inicio dentro del contrato administrativo Nro.461. Cuyo objeto es mejorar la infraestructura educativa del municipio. Por lo tanto, la institución educativa como la Secretaría de Educación solicitan espera para el proceso de instalación de internet móvil.
39081	FAVORABLE	Carta de Rector. Institución próxima cierre por inactividad académica y solicita se traslade el beneficio.
70766	FAVORABLE	Jefe de la tecnología de la información de la Gobernación de Sucre, manifiesta que las condiciones no son óptimas para la instalación y sugiere beneficiar a otro centro educativo.
74105	FAVORABLE	EFM con concepto no favorable. CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 201092691 - 16/11/2022 Cd abandonado sin paredes, condiciones no óptimas.
67875	FAVORABLE* Comunicado No. CDIG-DIRINFRA-COMCEL-585-22	Misma coordenada centro cercano. Sede Indígena. Casos especiales Correo supervisión 28/12/2022
70560	FAVORABLE	Caso especial ICBF- Instalado otro servicio. Correo supervisión cmanjarres@mintic.gov.co 25/11/2022
74613	FAVORABLE	Sede Indígena. Casos especiales Correo supervisión 28/12/2022

Conforme lo anterior, respecto de las 19 solicitudes de cambio, se tiene que las diecinueve (19) solicitudes cuentan a la fecha con soportes de situaciones ajenas al control del contratista, que hoy no permiten la instalación de los Centros Digitales.

Es menester reiterar, tal como se ha hecho a lo largo de los conceptos emitidos por el interventor, que los soportes presentados por el contratista en su mayoría tienen fecha posterior a la fecha máxima contractual para el reporte de la instalación y puesta en servicio.

Igualmente, como se ha manifestado en diferentes conceptos del interventor, los hechos aducidos por el contratista son extemporáneos con los plazos contractuales para la presentación de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito”.

La supervisión, con memorando identificado con el radicado 232004895 del 25/01/2023, dio traslado de las manifestaciones antes señaladas por la interventoría, acogiendo en su totalidad el concepto del Consorcio a través de memorando 232005022 del 26/01/2023.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Finalmente, en relación con lo manifestado por el recurrente tanto en el recurso, como en la información adicional presentada el 12/01/2023, relativa a que de conformidad con los consolidados de la meta 12, así como lo acreditado por la interventoría, había cesado el incumplimiento, en razón a que los CD que se encontraban pendientes de instalación obedecía por una parte, a los eventos de fuerza mayor y por otra, a las situaciones pendientes de definición por la entidad, que aun persistían. En este punto este Despacho se pronuncia de la siguiente manera:

Tal y como se transcribió líneas atrás, la interventoría y supervisión dada la calidad de vigilantes del contrato de aporte N.º 1042 de 2020 emitieron su pronunciamiento, especificando el estado de cumplimiento de esta obligación con corte al 18/01/2023, siendo que, en su respuesta precisaron lo siguiente:

La interventoría en su concepto del 18/01/2023, luego de emitir su pronunciamiento sobre: i) los eventos de fuerza mayor presentados por Comcel y reconocidos por el Consorcio y ii) la no instalación de los 19 CD por las situaciones ajenas al contratista concluyó el estado de cumplimiento de la Meta 12, así:

“Conforme a todo lo antes expuesto, se tiene a la fecha, el siguiente estado de ejecución de las obligaciones presuntamente incumplidas conforme el procedimiento del Expediente N. 19:

Concepto	Cantidad CD
Aprobados	2.886
EFM Favorable	128*
EFM No favorable	1
Cambios favorables	7
Cambios no favorables	12
Total	3.034

**Se tienen en total 128 EFM con concepto favorable actualizados con corte a 18 de enero de 2023, por cuanto, se tienen EFM superados que ya cuentan con reporte de instalación y puesta en servicio aprobados por interventor.”*

En este mismo sentido, el Consorcio Superdigitales 2022, el 24 de enero de 2023 en el comunicado radicado con el N.º 231004736, dio alcance al estado de ejecución de la obligación presuntamente incumplida de la siguiente manera:

Concepto	Cantidad CD
Aprobados	2.892
EFM Favorable	123*
Cambios favorables	18
Cambios no favorables	1
Total	3.034

**Se tienen en total 123 EFM con concepto favorable actualizados, por cuanto, se tienen EFM superados que ya cuentan con reporte de instalación y puesta en servicio aprobados por interventor”.*

Finalmente, el Consorcio Superdigitales 2022, en su alcance del 25 de enero de 2023, conceptuó sobre el

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

estado del cumplimiento de esta obligación como se expone a continuación:

“Conforme a todo lo antes expuesto, se tiene a la fecha, el siguiente estado de ejecución de las obligaciones presuntamente incumplidas conforme el procedimiento del Expediente No. 19:

Concepto	Cantidad CD
Aprobados	2.892
EFM Favorable	123*
Cambios favorables	19
Cambios no favorables	0
Total	3.034

**Se tienen en total 123 EFM con concepto favorable actualizados, por cuanto, se tienen EFM superados que ya cuentan con reporte de instalación y puesta en servicio aprobados por interventor”.*

Sobre el estado de cumplimiento de la obligación relativa a la meta 12, la supervisión, con memorando identificado con el radicado 232004895 del 25/01/2023, dio trasladado del concepto efectuado por la interventoría, acogiéndolo en su totalidad a través de memorando 232005022 del 26/01/2023.

Entonces, según los argumentos del recurrente explicados en sesión de audiencia del 26/12/2022 y la información presentada por correo electrónico de fechas 12/01/2023³⁹ y 25 de enero de 2023, los cuales fueron debidamente verificados, constatados y soportados por la interventoría y la supervisión en su calidad de vigilantes del contrato de aporte, encuentra este Despacho acreditado un eximente de responsabilidad de fuerza mayor que impidió a Comcel reportar la totalidad de la instalación de los 3.034 CD que componen la meta 12, esto es, el *“Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales”*, de conformidad con lo establecido en la Cláusula sexta del contrato de aporte – plazo de ejecución.

Lo anterior, se fundamenta en los conceptos suscritos por el Consorcio Superdigitales 2022⁴⁰ y la supervisión⁴¹, en donde manifestaron que de los 3.034 CD fueron aprobados 2.892 CD, y que, de los restantes 123, tienen concepto favorable de reconocimiento de fuerza mayor y 19 CD presentan concepto favorable como situaciones ajenas del control de Comcel que en la actualidad no permiten la instalación de dichos CD.

Recordemos que para que se configure la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad el Consejo de Estado en sentencia del 30 de julio de 2021³³, se refirió en el siguiente tenor: *“Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que, para que se configure la fuerza mayor se requiere la concurrencia de tres elementos: (i) imprevisibilidad; (ii) irresistibilidad y (iii) exterioridad respecto de la demandada”*

Sobre la fuerza mayor, se resalta lo dicho por el Consejo de Estado⁴² así:

4. La Imposibilidad en el cumplimiento de la prestación o del objeto contractual.

4.1.- La obligación es el ligamen, atadura o vínculo jurídico que se establece entre dos personas determinadas,

³⁹ radicado 231002113 del 13 de enero de 2023
⁴⁰ Conceptos suscritos por el Director General de la interventoría a través de radicados 231003367 del 18/01/2023, 231004736 del 24/01/2023 y 231005189 del 25/01/2023.
⁴¹ Pronunciamiento efectuado con radicados 232004821, 232004895, ambos de la misma fecha, y radicado 232005022 del 26/01/2023.
⁴² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017)., Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614).

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

por virtud del cual una de ellas, el deudor o sujeto pasivo de la relación jurídica, se obliga frente al acreedor o sujeto activo, a cumplir una determinada prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer algo c⁴³on el fin de satisfacer los intereses de este último, sean éstos de carácter patrimonial o no.

4.2.- Ahora bien, por regla general el deudor debe responder por su obligación, es decir, una vez se compromete a cumplir o ejecutar una determinada prestación en favor del acreedor y a garantizar el resultado útil y final de la misma³⁴, no puede liberarse de ella y la obligación no se extingue hasta tanto no ejecute esa prestación en los términos y condiciones en los que se obligó, salvo que se presenten ciertas circunstancias totalmente ajenas a su voluntad que lo ubiquen en una situación de imposibilidad de cumplimiento.

4.3.- De ésta forma, la imposibilidad o "impossibilitas" es la situación en la que se encuentra el deudor de una determinada obligación en la que no obstante haber desplegado la conducta que era esperable y le era exigible por el acreedor en los términos en los que se obligó, no le es posible ejecutar su prestación o satisfacer el interés de éste por causa o con ocasión de un acontecimiento u obstáculo de carácter absoluto e insuperable, que es totalmente ajeno a su voluntad y economía y que tiene la virtualidad de liberarlo o de extinguir la obligación a su cargo.

4.4.- Pero no cualquier imposibilidad tiene la virtualidad de liberar al deudor o de extinguir la obligación a su cargo, pues la causa que dé lugar a esa situación debe ser: i) sobrevenida, es decir, que el deudor no tenga conocimiento o no hubiera podido prever su ocurrencia al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico; ii) Definitiva, es decir, que sus efectos o consecuencias no puedan ser asumidos o sorteados^{13a} a través de otros mecanismos¹⁴ desde el inicio de la ejecución del contrato; iii) Objetiva, es decir, que no se ocasione por una mera dificultad subjetiva, personal o económica del deudor, sino que sea totalmente ajena a su voluntad y; iv) que sea imprevisible e inevitable para éste, es decir, que el deudor no haya podido contemplar su advenimiento previamente a su ocurrencia¹⁵ y que no haya sido posible evitar o menguar sus consecuencias o efectos (...)"

De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, se entiende que la fuerza mayor es generalmente un evento externo, que es inevitable, afecta el cumplimiento de las obligaciones y no asume ninguna responsabilidad por eventos imprevistos e inevitables, es decir un imprevisto del que no es posible resistir. Es decir, el hecho que se alega como fuerza mayor debe tratarse de un fenómeno ajeno al sujeto cuyo comportamiento se analiza, motivo por el cual, éste debe ajustarse a los estereotipos de imprevisibilidad (eventos repentinos, sorprendentes, imprevistos, etc.) irresistible (es decir, el hecho de que la gente común no puede lograrlo, contrarrestar o prevenir sus efectos.)

Dicho esto, encuentra este Despacho justificado un eximente de responsabilidad por parte de Comcel que le impidieron el 31 de mayo de 2022 reportar la instalación de la totalidad de los 3.034 CD que componen la meta 12, por lo que, es procedente para el efecto revocar la decisión adoptada en la Resolución N.º 04326 del 01 de diciembre de 2022 y en consecuencia archivar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual adelantado en el expediente 19 de 2022.

De la obligación relativa a la apertura y funcionamiento de los centros digitales⁴⁴.

Teniendo en cuenta que la interventoría en el concepto otorgado mediante oficio con radicado N.º 231003367 del 18/01/2023, manifestó que Comcel había cumplido con esta obligación, el Despacho no efectuara pronunciamiento adicional, en el entendido que, quien ejerce la vigilancia del contrato de aporte y puede acreditar el cumplimiento de las obligaciones es el Consorcio Superdigitales 2022.

En el radicado de fecha 18/01/2023 puntualizó la interventoría lo siguiente:

"Conforme se procederá a desarrollar en los puntos 5 y 6 de la presente comunicación, la interventoría no

⁴³ "Hinesrosa Fernando en "Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes", Tomo I, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 55 y 562.

⁴⁴ Inciso 4 del numeral 3 del anexo técnico – cronograma de ejecución.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

efectúa manifestación, **al evidenciar que lo acotado constituye un hecho superado**". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Adicionalmente en el radicado 231005189 de fecha 25/01/2023 la interventoría recomendó ante este despacho el cese y archivo del procedimiento en los siguientes términos:

"Con base en lo expuesto, esta interventoría recomienda el cese y archivo del procedimiento del Expediente No. 19 de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no sin antes señalar que esta recomendación se hace en atención a que con corte al 25 de enero de 2023 se dio cumplimiento y se superaron los hechos o circunstancias endilgadas en el presente procedimiento".

La supervisión, en su respuesta del 25 de enero de 2023, manifestó en la parte final del pronunciamiento lo que se transcribe a continuación:

" (...) Lo anterior, teniendo en cuenta que se evidenció tráfico por parte de la interventoría desde el mes de junio de 2022, por lo que la supervisión acoge el concepto de la Interventoría Consorcio SuperDigitales 2022 referenciada en el comunicado mencionada anteriormente".

El carácter conminatorio de la multa

En este argumento el Despacho reitera lo manifestado en la resolución N.º 04326 de 2022, en el sentido que la multa fue pactada en el contrato, y surgió por presuntos incumplimientos del contratista relacionados con el reporte de instalación y puesta en servicio de los CD del grupo 3 pertenecientes a la meta 12, correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los centros digitales, esto es 3.034. Para el efecto se trae a colación algunos apartes señalados en la referido acto administrativo, así:

"En el contrato de aporte N.º 1042 de 2020, se plasmó en la cláusula décima tercera sobre las multas lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. MULTAS: En virtud de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, las partes acuerdan que en caso de que el CONTRATISTA no diere cumplimiento a una o varias obligaciones a su cargo, como apremio para el cumplimiento de las mismas, el Fondo

Único de TIC podrá imponer las multas pactadas en la presente cláusula, de forma sucesiva por cada incumplimiento.

La multa será impuesta en Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (SMMLV), teniendo como base el salario

vigente al momento del acaecimiento del incumplimiento, previo agotamiento del procedimiento legal establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sin que el valor total, de ellas pueda llegar a exceder la suma de treinta y dos mil doscientos ocho (32.208) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

El valor de las multas será pagado con los recursos del CONTRATISTA o con cargo a la garantía única de cumplimiento constituida. En el marco de las diferentes etapas del proyecto se relacionará a continuación la tasación de las multas a imponer: (...)

*El artículo 17 de la ley 1150 de 2007, indica "(...) 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*

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Este principio, fue desarrollado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al establecer que: "(.) Las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Por su parte, la jurisprudencia⁴⁵ se ha pronunciado sobre el alcance de las multas así:

" (...)Por su naturaleza y finalidad, las multas en materia de contratación estatal han sido concebidas como sanciones pecuniarias de control de la ejecución contractual, tendientes a constreñir o inducir al contratista al exacto cumplimiento de sus obligaciones, para que las mismas se ejecuten en la forma y tiempo previstos en el contrato. Esto es así por cuanto el negocio jurídico celebrado por las partes, si bien tiene un objeto determinado, a cuya obtención apuntan las estipulaciones contractuales, usualmente establece la manera como se deben ejecutar las prestaciones y las distintas etapas o plazos de los trabajos y labores a cargo del contratista, que son necesarios para garantizar la correcta ejecución del objeto contractual (...)"

De este análisis, vale la pena llamar la atención respecto de los siguientes aspectos:

1. Las partes acordaron en el contrato la imposición de multas como apremio para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de Comcel.
2. Las multas pactadas en los contratos son un disuasivo importante y útil frente al contratista demorado, para inducirlo al exacto cumplimiento de los tiempos acordados en el contrato.
3. La imposición de las multas y el procedimiento para hacerlas efectivas sólo procederá durante la vigencia del contrato y mientras existan obligaciones pendientes de ejecución.
4. Las entidades estatales tendrán la facultad unilateral de imponer las multas que hayan sido pactadas, decisión administrativa que deberá estar precedida de audiencia y del agotamiento del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
5. Las multas tienen su fundamento en los principios constitucionales de legalidad y debido proceso que rigen la contratación estatal.

Así las cosas, no es dable afirmar que la entidad obró contrario a derecho al pretender imponer multas a Comcel que según el apoderado, en ninguna medida resultaban exigibles, pues como puede observarse, la multa fue convencionalmente pactada en el contrato, y surgió por presuntos incumplimientos del contratista relacionados con el reporte de instalación y puesta en servicio de los CD del grupo 3 pertenecientes a la meta 12, correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los centros digitales, esto es 3.034, cuyo cumplimiento estaba previsto para el 31 de mayo de 2022, razón por la cual, tiene plena aplicación en esta investigación que se adelanta".

Sin embargo, teniendo en cuenta lo informado por la interventoría los días 18, 24 y 25 de enero de 2023, así como los pronunciamientos de la supervisión efectuados el día 25/01/2023, Comcel dio cumplimiento a las obligaciones presuntamente incumplidas que dieron origen al presente procedimiento sancionatorio contractual, por lo que este, Despacho procederá a revocar la Resolución objeto de este recurso de reposición.

2. De las situaciones ajenas al contratista que se han presentado durante la ejecución del contrato

De acuerdo con lo mencionado por el apoderado en sesión del 26 de diciembre de 2022, respecto a que la entidad había limitado el objeto de la actuación administrativa sancionatoria contractual, en razón a que no se tuvo en cuenta la imputabilidad del contratista a título de dolo y culpa y que por lo tanto, no se le había garantizado la presunción de inocencia, así como el principio de buena fe a Comcel. Sobre los argumentos del

⁴⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección A, Consejera Ponente: María Adriana Marín. Radicado 51519 del 23 de octubre de 2020.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

recurrente, este Despacho reitera el pronunciamiento efectuado en la Resolución N.º 04326 de 2022 y adicionalmente efectuara las siguientes aclaraciones.

Como primera medida, se insiste que la entidad tiene claro que en materia administrativa sancionatoria contractual se deben observar los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, el de presunción de inocencia y de no reformatio in pejus, así como el non bis in idem, para el efecto, resulta pertinente hacer referencia a la Sentencia C-980 de 2010, en la que se resolvió sobre la exequibilidad de apartes del artículo 22 de la ley 1383 de 2010, relativo al procedimiento para la imposición de comparendo ante la comisión de una contravención de tránsito, el Alto Tribunal Constitucional definió la garantía a la presunción de inocencia como aquella *"cuyo significado se concreta en que nadie puede ser culpado de un hecho hasta tanto su responsabilidad no haya sido plenamente demostrada."* Así mismo, que *"conlleva que la responsabilidad del administrado se defina con base en hechos probados imputables al mismo, quedando proscrita la imposición de sanciones de plano amparadas sólo en la ocurrencia objetiva de una falta o contravención."*

Sobre la aplicación de esta garantía en el procedimiento sancionatorio contractual, precisó el Consejo de Estado en Sentencia de 22 de octubre de 2012 - Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738): *"Por contera, el no pronunciamiento expreso por parte del legislador no habilita a la administración para excepcionar la aplicación del principio de presunción de inocencia, pues su imperatividad se desprende del artículo 29 constitucional y ahora del artículo 3.1 de la Ley 1437 que como ya ha tenido oportunidad de señalar la Sala en esta sentencia, consagra el procedimiento administrativo sancionatorio general, lo cual conlleva que ante una omisión de la ley sectorial, a la autoridad administrativa no le queda otro camino distinto a llenar las lagunas existentes con las disposiciones consagradas de forma general para el ejercicio de potestad punitiva. Así las cosas, en materia contractual al no existir una norma que se ocupe de la garantía a la que se está haciendo referencia, se impone al operador la carga de demostrar los elementos de la infracción pues, se insiste, a este no le es permitido crear excepciones no previstas en el ordenamiento jurídico."*

Efectuado este análisis se indica que si bien la presunción de inocencia es un principio rector constitucional, no obstante, se precisa que para el caso en concreto, no se trata de una relación entre los particulares y el Estado, sino que aquí nos encontramos frente a un contratista que tiene una relación con el ministerio a través del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, en donde Comcel, se comprometió al cumplimiento de unas obligaciones que fueron pactadas por las partes y que debe cumplir, porque esa fue una de las obligaciones contractuales. Pues en ningún momento se le ha tratado como incumplido, al punto, que llevamos varios meses en esta investigación y, adicionalmente, se presentaron pruebas suficientes, que permitían presumir un posible incumplimiento. Aunado a esto, es claro que en esta actuación, la entidad le ha otorgado en cada una de las sesiones de audiencia la oportunidad al apoderado del contratista de presentar su defensa y fijar su posición sobre el proceso administrativo y en este sentido, el Consejo de Estado, mediante sentencia 18394 del 17 de marzo de 2010 se ha permitido señalar:

"(...) En síntesis, el debido proceso elevado en nuestro ordenamiento jurídico a la categoría de derecho constitucional fundamental, en sus manifestaciones de principio de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, derechos de contradicción, audiencia y defensa, aplicación de la Ley preexistente, observancia de las formas de cada juicio, valoración razonable de la prueba, inocencia -entre otros-, es una garantía para los sujetos e intervinientes en cualquier actuación judicial o administrativa que, a su vez, obliga a los funcionarios judiciales y a las autoridades administrativas a respetarlos y asegurar su plena vigencia en la solución de cualquier conflicto o asunto judicial o administrativo." (subrayado fuera de texto).

Por lo anterior, este Despacho rechaza los cuestionamientos relacionados con el desconocimiento del principio de presunción de inocencia.

Ahora bien, no se puede perder de vista la disposición normativa contenida en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, la cual dispone que los contratistas colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en todas las etapas contractuales, evitando las dilaciones y en tramamientos que pudieran presentarse, así mismo, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 establece los principios de la función administrativa conforme a los principios

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

constitucionales incluyendo la buena fe. En ese sentido, la entidad en ningún momento ha desconocido este principio constitucional en la presente actuación administrativa, y por tal razón, se ha llevado a cabo un proceso garantista que permita esclarecer los hechos y las circunstancias sustentadas por Comcel antes de tomar una decisión de fondo.

Esta Entidad señala que desde la citación cuando se hizo alusión frente a los hechos que la soportaban al igual que cuando se indicaron las obligaciones presuntamente incumplidas, en ningún momento se ha cuestionado el principio de buena fe y de presunción de inocencia de las actuaciones de Comcel, por el contrario se ha llevado a cabo un proceso reglado y en el marco de las disposiciones constitucionales garantizando el debido proceso y derecho a la defensa en los términos otorgados, permitiéndole al apoderado del contratista: i) ser escuchado y participar en cada una de las sesiones de la audiencia, ii) solicitar y controvertir pruebas iii) obtener decisiones fundadas y motivadas por parte de la entidad iv) tener acceso a la información y documentación y v) tener la posibilidad de interponer el recurso de reposición que se está resolviendo con este acto administrativo.

En varios pronunciamientos la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha señalado que el principio de buena fe constituye un verdadero postulado constitucional, y que debe entenderse como una exigencia de honestidad y rectitud en las relaciones entre los particulares y la Administración. Además, lo ha definido como el principio que exige a los particulares y a las autoridades de carácter público ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme a derecho. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas entre las partes con trascendencia jurídica demostrado en la confianza, seguridad y credibilidad de las actuaciones.

En Sentencia C 745 de 2012 la Corte Constitucional Señaló lo siguiente:

"Sobre la buena fe se erige la confianza legítima entendida como la garantía de la estabilidad, la seguridad jurídica y el respeto al acto propio. La confianza legítima como proyección del principio de buena fe busca la protección de los administrados frente a los cambios "bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades", garantizándoles mecanismos que faciliten su adaptación a la nueva situación. En efecto, la jurisprudencia ha reconocido que la confianza legítima sirve para conciliar eventuales tensiones entre los intereses particulares y públicos cuando se han creado expectativas para los administrados que luego desaparecen. Evidentemente no existe una obligación de mantener las condiciones que ha generado una situación favorable puesto que no se configuran derechos adquiridos, sin embargo, los cambios no deben ser abruptos. Tal y como lo señala la jurisprudencia en esta materia"

En los procesos de derecho administrativo es procedente señalar que, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre cargos que consisten en la posible violación del principio de buena fe. Al respecto este alto tribunal ha indicado que los ordenamientos jurídicos existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones, e irregularidades en las actuaciones de ciudadanos, que hace necesaria la imposición coactiva de ciertas medidas y del cumplimiento de determinadas obligaciones por parte de las entidades, precisamente porque es razonable pensar que algunas personas no estarían dispuestas a cumplir los lineamientos normativos

En ese sentido la Corte Constitucional en Sentencia C 305 de 2013 manifestó:

"La Corte ha puntualizado que el principio constitucional de la buena fe no implica que las autoridades deban regular los asuntos suponiendo que las personas se portan siempre bondadosamente y cumplen voluntariamente con todas sus obligaciones pues, como dicen los autores del El Federalista, si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno, ni habría necesidad de regulaciones jurídicas, ni de ordenamientos coactivos, pues todas las personas vivirían en perfecta armonía. De acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, al estipular requisitos el legislador no viola el principio de buena fe, pues no presume nada en contra de ella; no parte del supuesto de la mala fe del gobernado; simplemente se limita a cumplir su función de salvaguarda del interés general y de ordenamiento mínimo en lo que respecta al servicio público y al funcionamiento de los entes estatales"

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

Respecto a la buena fe contractual, el Consejo de Estado⁴⁶ ha sostenido:

"De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe⁴⁷.

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben "celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural." (...).

"Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien. Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia", es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho" o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido". (Subrayado propio del texto).

Con base en lo anterior, es demostrable que el principio de la buena fe tiene por objetivo garantizar una confianza legítima en las actuaciones, tanto de las autoridades como de los particulares, es la convicción de estar obrando de conformidad a la Constitución y la ley, un deber que se encuentra tanto a cargo de la administración, como del contratista y en ese sentido quien actúa de buena fe tiene el derecho a esperar del otro un comportamiento similar y como bien lo ha reiterado la jurisprudencia la administración espera de los particulares que su actuar se enmarque en un comportamiento transparente guiado por los parámetros constitucionales de honestidad, lealtad y buena fe, cumpliendo las obligaciones derivadas del acuerdo, para el caso concreto, del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, so pena de incurrir en una sanción.

2.3. Las dificultades en la cadena de fabricación y suministro mundial que impidieron al contratista acceder a los equipos necesarios para proceder con las instalaciones.

2.3.1. "Las pruebas que acreditan el hecho de fuerza mayor

Respecto al argumento del recurrente que la entidad negó gran parte de las pruebas documentales y testimoniales aportadas en desarrollo del procedimiento, es importante señalar que si bien el apoderado solicitó

⁴⁶ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043).

⁴⁷ "Aunque el artículo 1603 sólo expresa que "deberán ejecutarse", el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual".

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

en las distintas sesiones de audiencia, el decreto y práctica de pruebas en las oportunidades procesales pertinentes, esto no significa que la entidad tuviera la obligación de decretarlas e incorporarlas al proceso, se advierte, que la administración valoró cada una de las pruebas solicitadas y justificó de manera clara y objetiva la no pertinencia, conducencia y utilidad de su decreto, respetando así las reglas procesales del actuar de la entidad. Diferente es que el resultado de negarlas, sea desfavorable para la contratista investigada, pero no puede pensarse que porque se solicitan pruebas, la entidad está obligada a decretarlas, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia T 164 de 2018 "(...) En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentalmente".

De igual forma, es importante traer a colocación lo manifestado por la honorable Corte Constitucional, en cuanto, a la negativa de pruebas, así como la no procedencia de los recursos, en Sentencia C-034/14:

"El demandante considera que el artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al impedir la procedencia de recursos contra el auto que niegue la práctica de pruebas en desarrollo de las actuaciones administrativas vulnera el artículo 29 de la Constitución. Explica que el derecho al debido proceso incluye la garantía de presentar pruebas y no solo de controvertir las que se alleguen en contra.

En su opinión, la norma resulta además contradictoria, pues dispone que en el curso de un procedimiento administrativo se podrá aportar, pedir y practicar pruebas, pero junto a ello se establece: contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. Esto indica que en el caso del acto que niegue la mencionada solicitud, no se abre el debate sobre la pertinencia y conducencia de la prueba. En este contexto, tampoco tiene sentido que se exija de las autoridades administrativas la fundamentación de sus decisiones, ya que no es posible contra-argumentar el sustento de la decisión mediante la interposición de un recurso.

Por otro lado, la ausencia de debate probatorio supone que se altera el alcance de las discusiones sobre la decisión final de la administración, tanto por vía gubernativa, como por vía judicial. Esto quiere decir que, si se impide en algunos eventos la discusión sobre las pruebas, la controversia sobre el acto administrativo producto del procedimiento administrativo correspondiente, no podría tener la profundidad requerida".

Todas estas reflexiones, conducen inexorablemente a sostener que en la actuación que dio lugar a la imposición de una multa, cuyo recurso ahora se decide, no se violó el debido proceso por no haberse decretado unas pruebas claramente impertinentes, inconducentes e inútiles.

En consecuencia, no es cierto que este Despacho desconoció el principio de presunción de inocencia, ni mucho menos deliberadamente hubiera ignorado el debido proceso, u omitido los principios procesales, justamente en la instancia de valoración de los elementos necesarios para decretar las pruebas o negar su práctica, conforme al extenso análisis realizado por este Despacho en su oportunidad fue que se consolidó la decisión de rechazo de las pruebas documentales y testimoniales solicitadas.

Recordemos que el derecho fundamental al debido proceso se entiende vulnerado cuando hay desconocimiento de las formalidades o de los trámites de carácter sustancial, los cuales deben afectar la parte esencial del debido proceso, generar consecuencias gravosas en la formación del acto final e incluso en los intereses y derechos del administrado.

Se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: el ser oído antes de la decisión, participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas y motivadas; notificaciones oportunas y conforme con la ley; acceso a la información y documentación sobre la actuación; **controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal etc.**

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

En este sentido, el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su obra Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores, enlista los elementos que componen el debido proceso así:

*"En este sentido, se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: el ser oído antes de la decisión, participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas y motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceso a la información y documentación sobre la actuación; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; y, la obligación de surtir los procedimientos con oportunidad, celeridad y eficacia".*⁴⁸

Así las cosas, y revisando tanto el alcance, como los elementos del debido proceso, podemos identificar que a Comcel, en ningún momento se le vulneró el derecho al debido proceso, por el contrario, la entidad ha sido garantista no solo del debido proceso, sino de los derechos de contradicción y defensa como consta en los audios y actas de las sesiones de audiencia adelantadas en desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio contractual. Es así como, en la Resolución N.º 04326 del 01 de diciembre de 2022, el Despacho encontró probado un eximente de responsabilidad a favor de Comcel correspondiente a 159 CD que componen la meta 12, en razón al concepto de viabilidad de afectación de fuerza mayor debidamente sustentado por la interventoría en cumplimiento de la cláusula Vigésima Sexta del contrato de aporte No. 1042 de 2020.

Por otro lado, respecto a los argumentos del apoderado de Comcel en donde desarrolla una variedad de hechos no atribuibles, orientados a describir circunstancias que para el contratista constituyen naturaleza imprevisible e irresistible concluyendo todos estos en la afectación de la cadena de suministro a nivel mundial y con ello en el impacto frente la entrega de equipos, los cuales le han impedido cumplir la totalidad de la meta 12, este Despacho, advierte lo dicho por la propia interventoría en su pronunciamiento del 18 de enero de 2023, cuando se refirió a los eventos de fuerza mayor presentados por Comcel con concepto favorable del Consorcio Superdigitales 2022 lo siguiente:

"Nota: Las afirmaciones referentes a los problemas que se presentaron en la cadena mundial de fabricación y suministro, no se analizan en los conceptos antes relacionados, por cuanto, es una mera mención o afirmación del contratista, sin que esta sea la situación requerida para análisis como fuerza mayor".

Bajo este entendido, tal y como lo señaló la interventoría quien de acuerdo con cláusula Vigésima Sexta del contrato No. 1042 de 2020, esta *"deberá emitir concepto de viabilidad debidamente sustentado y soportado en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha del recibo de la solicitud del Contratista sobre el acaecimiento del hecho de fuerza mayor o caso fortuito"*, los fundamentos de Comcel relativos a los problemas de la cadena de suministro no son constitutivos de eventos de fuerza mayor.

Bajo lo expuesto no le asiste razón al recurrente de los argumentos aquí presentados.

Ahora bien, en cuanto a que este procedimiento es de apremio y su objeto es lograr la cesación del incumplimiento, este Despacho precisa que tal y como se reseñó líneas atrás de este acto administrativo, la entidad encontró acreditado un eximente de responsabilidad de las obligaciones que iniciaron este proceso, soportado en los conceptos suscritos por la interventoría y supervisión del contrato de aporte N.º 1042 de 2020.

2.3.2. "El análisis de riesgos del Contrato".

El artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, que hace parte de las medidas adoptadas por el legislador para el fortalecimiento de los procesos de planeación en el sistema de compra pública nacional, alude al manejo del

⁴⁸ (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores." Universidad Externado de Colombia. 1ra. Edición octubre 2014. página 24).

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

riesgo previsible en los contratos sometidos al régimen de contratación estatal, en los siguientes términos:

“Ley 1150 de 2007

Artículo 4. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”

Por su parte, el Documento CONPES 3714⁴⁹ de 2011 sobre los lineamientos para la adecuada tipificación, estimación y asignación del riesgo previsible en la contratación pública en el país, introduce la siguiente definición:

“(…), los “riesgos previsibles”, son todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales.”

Como se observa, el análisis de *riesgos previsibles* al que refiere el artículo 4º de la Ley 1150 anotado, excluye otro tipo de riesgos, como pueden ser aquellos *imprevisibles* o los *generados por malas prácticas*. La asunción de *riesgos previsibles* de manera anticipada dentro del contrato atiende a la posibilidad que tienen las partes, por el principio de autonomía de la voluntad, de incluir cláusulas extensivas de responsabilidad, donde asumen por su voluntad obligaciones específicas indicando la extensión de la responsabilidad. De este modo, la definición, distribución y tratamiento definitivo de los *riesgos previsibles* en la etapa precontractual - con la participación de los posibles proveedores -, busca incluirlos dentro de la ecuación contractual. Esta circunstancia en últimas evita que su acaecimiento afecte el equilibrio económico del contrato estatal y haga improcedente su restablecimiento.

En consecuencia, una vez definidos de forma previa a la fecha de cierre, con la presentación de ofertas los proponentes están aceptando la configuración de *riesgos previsibles* del proceso de selección del que se trate.

Sobre este punto, el recurrente sostiene que *“no pretendió jamás controvertir en esta instancia los riesgos establecidos en la matriz de riesgos del Contrato”* y es que, en efecto, no podría hacerlo, en la medida en que de forma voluntaria presentó oferta dentro de la Licitación Pública No. FTIC-LP-038-2020 y, con posterioridad, celebró junto con el Fondo Único de TIC el contrato de aporte No. 1042 de 2020, que ha sido objeto de este procedimiento administrativo sancionatorio. En consecuencia, surtidos estos momentos, la matriz de *riesgos* aceptada por las partes únicamente podría ser objeto de ajuste durante la etapa de ejecución a través de modificación al contrato.

En contraposición a la definición de *riesgo previsible*, su regulación descarta aquellos hechos que, aunque podrían catalogarse como riesgos contractuales, no reúnen los presupuestos para ser considerados *riesgos previsibles*. Al efecto, el Documento CONPES 3714 enlista como ejemplos de eventos que no son riesgos previsibles, entre otros, los siguientes:

- El incumplimiento total o parcial del contrato, en la medida en que compromete la responsabilidad contractual de quien asuma tal conducta, teniendo como consecuencia la exigibilidad de la garantía de cumplimiento y la eventual indemnización de perjuicios por el exceso de lo cubierto por la garantía.
- Los que corresponden a la teoría de la imprevisión, los cuales escapan de la definición de riesgo previsible, y de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento son aquellas circunstancias que no pueden ser identificables o cuantificables.
- Las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes del contratista.

Yendo un poco más allá, el Manual para la identificación y cobertura del Riesgo adoptado por Colombia Compra

⁴⁹ Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública, Departamento Nacional de Planeación, 1 de diciembre de 2011.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Efficiente - CCE⁵⁰ orienta sobre el manejo del riesgo contractual – en forma general – en el sistema de compras y contratación pública y no solamente sobre el riesgo del equilibrio económico del contrato, debido a que éste último se limita a su etapa de ejecución. Para lo cual, precisa que *“(…) la administración o el manejo del riesgo debe cubrir desde la planeación hasta la terminación del plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien; y no solamente la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato.”*

En el Manual antedicho, CCE trae a colación la definición de *riesgo* que introduce el decreto reglamentario 1082 de 2015, citando apartes de los artículos 2.2.1.1.1.3.1. y 2.2.1.1.1.6.3:

“Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados. (...)”

Riesgo: Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato. (...)”

“Artículo 2.2.1.1.1.6.3. Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.”

No obstante, CCE reconoce en su Manual que el decreto 1082 de 2015 se refiere al *riesgo previsible*.

En consecuencia, las partes en un contrato estatal participan en la tipificación, estimación y asignación de los *riesgos previsibles* asociados a una contratación y su definición definitiva es la que se plasma en el contrato estatal, recogida de los pliegos de condiciones y anexos que hagan parte de este. Bajo estas consideraciones, la matriz de riesgos únicamente contempla eventos *previsibles*, lo cual resulta obvio en la medida en que sólo se podrán plasmar en ella aquellos susceptibles de ser identificados, clasificados, evaluados, medidos y calificados.

Partiendo de estas consideraciones, este Despacho analiza lo alegado por el recurrente. Como punto de partida, es claro que el procedimiento surtido en el expediente No. 19 de 2022 en ningún caso puede tener por objeto determinar la existencia o no de un desequilibrio contractual. Por el contrario, el procedimiento ha tenido por objeto determinar la procedencia de imposición de multa al contratista Comcel S.A. para culminarlo al cumplimiento de las obligaciones previstas en las Cláusulas Sexta e Inciso 4 del numeral 3 del Anexo Técnico del Contrato de Aporte No. 1042 de 2020.

Como segundo punto, es importante aclarar al recurrente las razones por las cuales su análisis es impreciso al sostener que las circunstancias ocurridas durante la ejecución del contrato no se enmarcan o desbordan los riesgos asumidos por el contratista en la mencionada matriz de riesgos y, en consecuencia, Comcel S.A. no está obligado a asumir sus efectos ni puede ser conminado al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Pues bien, como ya se explicó previamente, la matriz de riesgos aplicable al Contrato de Aporte No. 1042 únicamente se nutre de aquellos *riesgos previsibles* que pudieron ser identificados por las partes en la etapa precontractual. Contrario a ello, el incumplimiento total o parcial del objeto del contrato y de las obligaciones en él pactadas no se considera un *riesgo previsible*, según lo explica el Documento CONPES 3714, conducta típica, antijurídica y culpable que cuenta con un tratamiento propio en el marco de la responsabilidad contractual.

Es por lo anterior que, aun cuando los riesgos identificados con números 1, 2, 5 y 10 hacen referencia a eventos que pueden generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del contrato, su descripción, consecuencias, medición en términos de probabilidad, impacto, valoración y categoría, así como su asignación, tratamiento, monitoreo y revisión, distan completamente del incumplimiento contractual como conducta típica, antijurídica y culpable susceptible de apremio en el marco de la potestad sancionadora contractual de la administración. Al respecto, los tres primeros riesgos enunciados fueron clasificados como de tipo “operacionales” y el último de ellos como de tipo de la “naturaleza”, los cuales tienen un tratamiento propio

⁵⁰ Versión M-ICR-01 – ver Circular No. 8.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

que busca disminuir los efectos adversos de su ocurrencia y asignar el responsable del tratamiento. Por lo que la regulación de los *riesgos previsibles* en manera alguna puede ser confundida con la legítima exigencia del correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato de aporte a cargo del contratista, como colaborador del Estado para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados⁵¹.

En esta medida, el contratista debe responder contractualmente por el retardo, mora o incumplimiento de una o más de las obligaciones pactadas contractualmente con la entidad estatal en el que haya incurrido y del que sea responsable, indistintamente de la tipificación de *riesgos previsibles* establecida en la matriz de riesgos. Circunstancia distinta es que el contratista pueda alegar y acreditar la fuerza mayor o el caso fortuito como eximentes de su responsabilidad, figuras jurídicas que se caracterizan justamente por su *imprevisibilidad*.

El código civil en su artículo 64 define la fuerza mayor y el caso fortuito así: *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*

Por su parte, la sala civil de casación civil de la Corte suprema de justicia en sentencia SC16932-2015 con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García, reiteró:

“En general, por fuerza mayor o caso fortuito debe entenderse ‘el imprevisto que no es posible resistir, como el naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercido por un funcionario público, etc.’ (Art. 1º Ley 95 de 1890); es claro que estos hechos o actos, u otros semejantes, que enuncia el legislador, requiere que sean imprevisibles o irresistibles, significando lo primero, un acontecer intempestivo, excepcional o sorpresivo; y lo segundo, imposible, fatal, inevitable de superar en sus consecuencias (CSJ SC, 2 dic. 1987, G.J. t. CLXXXVIII, pág. 332).

Es decir, ha de tratarse de fenómenos externos al sujeto cuyo comportamiento se analiza, que reúnan las características que de antaño estereotipan la figura, esto es, la imprevisibilidad (hechos súbitos, sorpresivos, insospechados, etc.) y la irresistibilidad (que los efectos del hecho no puedan ser exitosamente enfrentados o detenidos por una persona común) (CSJ SC, 31 ago. 2011, rad. 2006-02041-00).”

Es decir que, un hecho imprevisible es aquel que razonablemente no se puede prever que ocurrirá, lo que se debe evaluar en el contexto de la actividad que se desarrolla. En principio, debe ser ajeno a la naturaleza de la actividad; debe ser un hecho extraño que normalmente no ocurriría.

Al respecto considera la sala civil de la Corte suprema de justicia en sentencia del 16 de septiembre de 1961 T. XCVII: “(…) que el hecho sea imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Por el contrario, si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, tal hecho no estructura el elemento imprevisible.” Subrayado fuera de texto

Con lo anterior se quiere indicar que la definición de fuerza mayor o caso fortuito es completamente opuesta a la definición de *riesgo previsible* y nunca podrán ser equiparables entre sí.

En consecuencia, no le es dable al contratista alegar que no puede ser conminado al cumplimiento de las obligaciones contractuales, excusándose en que la matriz de riesgos no contempló hechos notorios como los problemas en la cadena de fabricación y suministro mundial o, la paralización de las actividades portuarias en los principales puertos de la China, ejemplos estos que menciona el apoderado. Lo anterior debido a que, se reitera, la matriz de riesgos se nutre de la valoración de *riesgos previsibles*. Por ende, cuando el contratista alega la existencia de hechos de fuerza mayor, no sería en absoluto razonable que estos estuvieran contemplados en la matriz de riesgos en virtud de su imprevisibilidad. En consecuencia, lo procedente es que el contratista acredite fehacientemente la relación de causalidad entre esos eventos imprevisibles e irresistibles y el no reporte oportuno de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 que, según el cronograma de ejecución contractual, tenía como plazo máximo de entrega el 31 de mayo de 2022.

De todo lo anterior se concluye que la valoración de lo descrito en la matriz de riesgos para aquellos

⁵¹ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

identificados con los numerales 1, 2, 5 y 10 resulta irrelevante para decidir el recurso que se analiza, en la medida en que se trata de *riesgos previsibles* que desde la etapa precontractual fueron definidos, estimados y asignados, en este caso, particularmente al contratista Comcel S.A., por lo cual este Despacho no entrará a analizar su contenido.

Ahora bien, lo que el recurrente denomina "Circunstancias ocurridas exceden el riesgo y resultaban imprevisibles para el contratista" que pudieran relacionarse con eventos de fuerza mayor o caso fortuito, naturalmente de carácter imprevisible, este Despacho remite al pronunciamiento efectuado en párrafos anteriores de este acápite.

Para concluir este numeral, resta mencionar que el apoderado alude a verificaciones realizadas por el interventor Consorcio Superdigitales 2022 "cuando analizó estas mismas circunstancias en relación con las deficiencias en el suministro de los repuestos necesarios para la operación de los centros digitales de los grupos 1 A y 1B.", frente a lo cual se insiste en que las metas diferentes a la No. 12 del Grupo 3 no hacen parte de los hechos que se estudian en el procedimiento identificado bajo este expediente 19 de 2022.

Por lo anterior, los argumentos del recurrente relativos al "análisis de riesgos del contrato" no tienen mérito para prosperar.

2.3.3. "El silencio administrativo positivo".

De conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política la función administrativa debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por su parte, la Ley 80 de 1993 desarrolló este artículo, según lo puso de presente el legislador en su exposición de motivos, por cuanto se estructura sobre principios generales a los cuales deben sujetarse las entidades públicas y los contratistas en su actuar.

De esta manera, dentro del principio de economía la Ley 80 consagró una institución del derecho administrativo denominada *silencio administrativo positivo*. Es así como el numeral 16 del artículo 25 de la ley en cita, estableció que en las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de los 3 meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo, sin excluir las responsabilidades que les correspondan a los funcionarios competentes para dar respuesta.

Lo anterior guarda consonancia con lo dispuesto en el artículo 84 de la ley 1437 de 2011, que dispone que: *"Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva."*

En consecuencia, el silencio administrativo positivo en materia contractual tiene por finalidad proteger el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, para los casos en los que la Administración no se pronuncie frente a peticiones o recursos interpuestos por sus contratistas, generando un acto ficto o presunto que acepta lo solicitado. Derivándose del contenido del numeral 16 del artículo 25 de la ley 80 que para la configuración de un acto ficto positivo: la solicitud debe ser presentada por el contratista, ante la administración, durante la ejecución del contrato y, cumpliéndose un lapso de tres (3) meses si respuesta alguna⁵².

La interpretación que de esta norma ha hecho la Sección Tercera del Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos⁵³ *"ha llevado a establecer que, para que se configure el silencio administrativo positivo en materia contractual, es necesario que se de cumplimiento a los siguientes requisitos: i) las solicitudes deben formularse durante la fase de ejecución del contrato; ii) deben ser presentadas por el contratista; iii) el silencio no puede usarse para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen procedimiento especial; iv) la*

⁵² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 17555. M. P. Enrique Gil Botero.

⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de julio de 2015, exp. 34163; Sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 21576; Sentencia del 26 de marzo de 2014, exp. 25389; Sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 32584; Sentencia del 27 de enero de 2000, exp. 15609.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

*petición debe referirse a un derecho preexistente del contratista, que requiera tan solo la formalidad o declaración del contratante público; y v) el peticionario, con su solicitud, debe aportar las pruebas necesarias que permitan deducir la obligación que se está reclamando."*⁵⁴

Requisitos que para efectos prácticos del análisis que se realiza en el presente acto administrativo, a continuación, se desarrollan de forma sucinta:

- i) La norma restringió a una etapa muy precisa del iter contractual la posibilidad para que opere el silencio positivo. Por ello, el Alto Tribunal enseña que las solicitudes deben versar sobre aspectos que se presenten en el curso de la ejecución del contrato y aducirse durante este mismo periodo, lo cual comporta un presupuesto temporal. Debido a ello, se excluye la configuración de esta modalidad de silencio – el positivo –, para aquellas solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación, esto es, todas aquellas peticiones solicitadas por fuera de la ejecución contractual, en cuyo caso se aplicarán las reglas generales del silencio administrativo negativo. Sobre este aspecto es importante recalcar que las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato son las que tienen la posibilidad de configurar este silencio, haciendo abstracción de la etapa en la cual se respondan. Es decir que, lo definitivo es la presentación de la solicitud, no la fecha o momento de la respuesta.
- ii) Este requisito corresponde a un presupuesto subjetivo en la medida en que precisa que la solicitud debe ser presentada por el contratista. Condición que, si bien parece obvia, no lo establece expresamente el artículo 25.16 de la Ley 80. Por lo cual, habría lugar a pensar que otros actores podrían formular peticiones a la administración relacionadas con el contrato, como el garante que ampara al contratista, otras entidades estatales o los ciudadanos – veedurías y, en general, cualquier persona -. No obstante, en posición del Consejo de Estado, para que opere el silencio administrativo positivo, la solicitud o petición debe provenir del contratista y estar dirigida a la administración, al ser este el criterio más razonable y que consulta el sentido natural de la norma.
- iii) En cuanto al requisito referido a que el silencio positivo no puede usarse para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen procedimiento especial, el Consejo de Estado ha precisado que la petición del contratista debe corresponder a asuntos a definir con relación a su actividad contractual, del contratista – no del contratante –, *siempre con el lleno previo de los requisitos legales o contractuales*. Ello es así en la medida en que el silencio positivo no puede ir en contravía del principio de legalidad. De esta manera, el órgano de cierre en materia contencioso administrativa estima que lo contrario, es decir, que el silencio positivo opere con desconocimiento de los requisitos legales o contractuales, supondría "(...) - que el convenio se lesionaría porque la petición del contratista, no respondida a tiempo, podría, en algunos eventos, conducir a la variación de las reglas negociales: por ejemplo cuando pidió el aumento del plazo, la variación económica en su favor, la reducción o extensión del objeto, la interpretación del contrato etc. "la no respuesta del contratante significa que éste decidió favorablemente?. La Sala considera que la respuesta es negativa. El contratista si bien tiene derecho a pedir - ejercicio del derecho de petición - no siempre tiene el derecho constitutivo previo para que la respuesta sea afirmativa, expresa o presuntamente. De no ser como acaba de explicarse el contrato podría novarse, o su ejecución causar desmedro injustificado al patrimonio público, etc. (...) "⁵⁵

En este mismo pronunciamiento, se precisa que:

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 31 de mayo de 2022. Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01314-01 (52636). M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 7 de octubre de 1999, exp. 16.165. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

"(...) - "el silencio contemplado en la ley 80 (num. 16 del art. 25) habrá que interpretarse siempre con efectos restrictivos y no para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, como sería la de liquidación del contrato; etapa en la cual las partes podrán acordar los ajustes de precios, revisión y reconocimientos a que haya lugar.

En tal sentido, el inciso siguiente precisa que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. (...)

De otra parte cuando la petición, como en este caso, refiriera o versara sobre el restablecimiento financiero del contrato o para el pago de una suma de dinero o de otros pagos a los que él cree tener derecho etc., tampoco la omisión de respuesta constituiría silencio administrativo positivo, y mucho menos la omisión configuraría título ejecutivo.

(...)d. Peticiones del contratista no respondidas por el contratante, de restablecimiento del equilibrio financiero, no configuran silencio administrativo positivo ni dan lugar a la acción ejecutiva,

Porque las diferencias contractuales deben resolverse mediante mecanismos de solución.

Por lo tanto cuando, como en este caso, se dé contención o controversia sobre determinado asunto contractual, las partes están obligadas a intentar solucionarla mediante la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en cuyo defecto, deben acudir al juez natural del contrato."⁵⁶

De todo lo cual se deduce que debido al carácter solemne del contrato estatal, de las finalidades primordiales que el Estado busca satisfacer en ejercicio de la actividad contractual, lo mismo que la salvaguarda del interés público, en materia de contratación estatal el silencio administrativo positivo no tiene el vigor de perfeccionar un contrato estatal, ni de modificarlo, como tampoco de consolidar situaciones jurídico-subjetivas en cabeza del contratista con sustento único en el contenido de la petición. Por el contrario, para ello las partes contratantes y contratistas deberán acudir al procedimiento especial, aplicable en cada caso, que permita el nacimiento de un derecho subjetivo con sustento en los supuestos fácticos de la norma que lo consagre, en tanto que no es posible que puedan nacer del incumplimiento del deber de resolver las peticiones a cargo de la Administración.

- iv) Un requisito que se estructura en un presupuesto eminentemente material para la operatividad del silencio positivo en materia contractual hace referencia a que éste sólo reconoce derechos preexistentes del contratista. Por contera, al contratista que pretenda materializar un derecho utilizando como instrumento la figura del silencio administrativo, no le bastará la simple protocolización del mismo mediante escritura, sino que tendrá que demostrar que es acreedor al derecho, independiente de la respuesta o de la posible omisión de la entidad, pues, la mera escritura de protocolización del alegado "silencio", apariencia formal, no configura la real existencia de éste. Coherente con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado, de forma pacífica y reiterada, que la fuente obligacional no está en la falta de respuesta, sino en el derecho subjetivo, razón por la cual la simple omisión al resolver no se puede considerar como fuente de obligaciones, es decir, debe existir el derecho en cabeza del contratista y no pretender, que la sola protocolización constituye el derecho.

Sobre este presupuesto se extractan apartes de algunos de sus pronunciamientos:

"No obstante lo anterior, la configuración del acto ficto o presunto derivado de la omisión de dar respuesta por parte de la entidad contratante posee un fundamento material, y no se reduce al transcurso del tiempo

⁵⁶ Op. Cit.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

*sin respuesta, ni a la protocolización mencionada por el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo*⁵⁷.

La jurisprudencia de esta Corporación, en diversos pronunciamientos, ha considerado que las pretensiones consignadas en la solicitud presentada por el contratista, deben contener, implícitamente, el derecho constitutivo del contratista; por lo tanto el fundamento material del silencio administrativo positivo es un derecho subjetivo preexistente a favor del contratista, pues, se trata de una situación jurídica anterior, que con posterioridad a la respuesta se formaliza o se declara la aprobación o autorización para realizar algo que guarda una relación directa con la actividad contractual.

(...) para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta por parte de la entidad estatal contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo, debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego, con la respuesta se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo (...)

*Lo anterior, bajo el entendimiento que los derechos subjetivos, 'nacen por el cumplimiento de los supuestos fácticos de las normas que los consagran; no nacen del incumplimiento del deber de -resolver las peticiones a cargo de la Administración.'*⁵⁸

En similar sentido:

*"Para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta del contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho, como ya se dijo, desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego con la respuesta administrativa se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo. Por lo tanto cuando la petición, como en este caso, refiriera al pago de una suma de dinero o de otros pagos a los que se cree tener derecho, y aunque las peticiones se hubieran presentado dentro del término de ejecución del contrato, la omisión de respuesta no constituiría silencio administrativo positivo. Considerar lo contrario significaría: -que las situaciones conferidas, presuntamente, sin título justo, operarían contra derecho; -que la irregularidad del funcionario moroso en responder concedería, en algunos eventos, titularidad para hacer o ejecutar sin sustento jurídico. El contratista se colocaría contra el interés público; primaría una situación subjetiva irregular sobre aquel. En este sentido si bien el contratista tiene derecho a pedir - ejercicio del derecho de petición - no siempre tiene el derecho constitutivo previo para que la respuesta sea afirmativa, expresa o presunta. De no ser como acaba de explicarse el contrato podría novarse, o su ejecución causar desmedro injustificado al patrimonio público, etc. Todo lo anterior tiene su fundamento en el origen de los derechos subjetivos, los cuales nacen por el cumplimiento de los supuestos fácticos de las normas que los consagran; no nacen del incumplimiento del "deber de resolver las peticiones" a cargo de la Administración, porque no es fuente de obligaciones la omisión al deber de resolver las peticiones. La no respuesta Administrativa no crea ni establece, una obligación clara, expresa y exigible y no puede hacerlo, porque como ya se precisó, el silencio no es fuente de obligaciones y, además, cuando ocurre, sólo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista y por tanto la fuente obligacional está en estos derechos y no en la omisión en responder, aunque se haya protocolizado ante notario. La mera escritura de protocolización del alegado "silencio" - apariencia formal - no configura la real existencia de éste."*⁵⁹

- v) En lo atinente a este último requisito, el cual puede analizarse también como un presupuesto material, pero también procedimental, el Consejo de Estado ha establecido que al administrado le compete el deber de

⁵⁷ Siendo regulado en la actualidad el procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo en el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de abril de 2020, exp. 41442.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2001, exp. 17938.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

demostrar que la solicitud elevada a la administración contratante se acompaña de medios probatorios que permitan deducir la obligación que se está reclamando, a efectos de la configuración del silencio positivo, pues el solo transcurso del tiempo no puede ser constitutivo del fenómeno jurídico en estudio. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁰, citando Auto proferido el 29 de marzo de 1996 dentro del expediente 10992 (M.P. Juan de Dios Montes Hernández), menciona: "(...) La Sala advierte que para que se configure el silencio administrativo mencionado no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley sin que la administración se pronuncie sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que además es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando. En otras palabras el administrado tiene que demostrar dentro del proceso, que la solicitud elevada a la administración contratante se apoya en medios probatorios allegados al expediente, pues el solo transcurso del tiempo no puede ser constitutivo del fenómeno jurídico en estudio" Subrayado fuera de texto.

Para citar otro ejemplo de la postura que sustenta este requisito, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha analizado que: "(...) En ese sentido, el solo silencio administrativo positivo no puede servir de título válido para hacer efectiva cualquier reclamación. Sin perjuicio que le correspondía al contratista aportar las pruebas necesarias que permitan deducir la obligación insatisfecha y debe referirse a un derecho indiscutible que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público, lo cual no ocurre en el sub lite. (...) "⁶¹

Esbozados como están los requisitos desarrollados por la jurisprudencia contencioso administrativo para que se configure el silencio administrativo positivo en materia contractual, pasa este Despacho a analizar de forma concreta el argumento que presenta el recurrente, lo mismo que el material probatorio que aporta para sustentarlo.

Sobre este asunto, el apoderado alude a la escritura pública 4385 de 2022 otorgada el 30 de noviembre de 2022 en la Notaría 41 de Bogotá, adjunta, a través de la cual pretende acreditar que mediante acto ficto la entidad contratante reconoció la existencia de hechos de fuerza mayor que pudieran haber afectado el cumplimiento de la meta 12 correspondiente a la instalación de los Centros Digitales del grupo 3.

No obstante, dentro del material probatorio se identifican tres escrituras públicas distintas, a saber:

- Escritura pública No. 4.384 otorgada el 30 de noviembre de 2022 ante la Notaría Cuarenta y Una de del Círculo de Bogotá D.C., por la cual la representante legal suplente de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. deja constancia bajo juramento que el día 27 de octubre con radicado CD-COMCEL-INTV-0288-21/ MINTIC No. 211087769 a través del cual CLARO S.A. compiló su solicitud de extender el plazo para el cumplimiento de la meta 10, solicitó el reconocimiento de los hechos de fuerza mayor que han afectado el cumplimiento de la obligación prevista en la Cláusula Sexta del Contrato 1042 de 2020, **correspondiente a la meta 10: Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 2** correspondiente a 32,5% de los Centros Digitales. *Negrita fuera de texto*

Al verificar el contenido del documento identificado con radicado CD-COMCEL-INTV-0288-21/ MINTIC No. 211087769, es posible evidenciar que se encuentra dirigido al CONSORCIO PE 2020 C DIGITALES, en su calidad de interventor, con copia al supervisor del contrato, y que en su página 56 de 57 consigna la solicitud que enseguida se transcribe:

"IV. Solicitud

En síntesis, teniendo en consideración que las condiciones de ejecución son diametralmente opuestas a las que permitieron elegir a Comcel S.A. como contratista del Fondo TIC, así como las demás razones

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2000, exp. 15609.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 32584.

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

indicadas en este documento, **resulta absolutamente necesario modificar el Contrato de Aporte**, y de ese modo evitar una grave afectación al servicio delegado a Comcel S.A., por lo que les solicitamos modificar las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Aporte en los términos indicados en este documento." *Negrita fuera de texto.*

- Escritura pública No. 4.386 otorgada el 30 de noviembre de 2022 ante la Notaría Cuarenta y Una de del Círculo de Bogotá D.C., por la cual la representante legal suplente de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. deja constancia bajo juramento que mediante comunicaciones con radicado CD-COMCEL-INTV-0078-21/ MINTIC No. 211042989 de 30 de mayo de 2021, aclarada con el radicado CD-COMCEL-INTV-082-21/ MINTIC No. 211044396 de 3 de junio de 2021 y, su alcance con radicado CD-COMCEL-INTV-083-21/ MINTIC No. 211044574 de 4 de junio de 2021, Comcel S.A. solicitó el reconocimiento de los hechos de fuerza mayor que pudieron afectar el cumplimiento de la obligación prevista en la Cláusula Sexta del Contrato 1042 de 2020, **correspondiente a la meta 7: Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 1B** correspondiente al 16,25% de los Centros Digitales. *(Negrita fuera de texto).*

Al constatar el contenido de los radicados referenciados y que hacen parte de los documentos protocolizados mediante la escritura pública No. 4.386, se encuentra que estos se dirigen al CONSORCIO PE 2020 C DIGITALES, en su calidad de interventor, con copia al supervisor del contrato, y hacen referencia a la siguiente solicitud:

"(...) Esperamos que los referidos soportes y referencias permitan a la Interventoría dar por acreditadas las circunstancias que nos llevan a solicitar la **suspensión de las tareas asociadas al grupo 1B** del contrato.

Se reitera, la solicitud del plazo de cuarenta (40) días corresponde estrictamente al impacto en días acreditado con base en los hechos referidos en las comunicaciones anteriores y sintetizados conforme lo solicitó la Interventoría, en el presente escrito, los cuales en principio tienen como base la existencia de los bloqueos y un término prudente de recuperación de las cadenas de abastecimiento." *(Negrita fuera de texto).*

- Escritura pública No. 4.385 otorgada el 30 de noviembre de 2022 ante la Notaría Cuarenta y Una de del Círculo de Bogotá D.C., por la cual la representante legal suplente de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. deja constancia bajo juramento que el 28 de febrero de 2022 con radicado CD-COMCEL-INTV-0528-22/ MINTIC No. 221017299 y de 4 de abril de 2022 con radicado CD-COMCEL-INTV-0586-22/ MINTIC No. 221026944 Comcel S.A. solicitó el reconocimiento de los hechos de fuerza mayor que han afectado el cumplimiento de la obligación prevista en la Cláusula Sexta del Contrato 1042 de 2020, **correspondiente a la meta 12** correspondiente a 35% de los Centros Digitales. *Negrita fuera de texto*

Al constatar el contenido de los radicados referenciados y que hacen parte de los documentos protocolizados mediante la escritura pública No. 4.385, se encuentra que estos se dirigen al CONSORCIO PE 2020 C DIGITALES, en su calidad de interventor, con copia a los supervisores del contrato, aluden a dos grandes temas:

1. Hechos que afectaron el cumplimiento de la meta 10 y que obligaron la extensión de su entrega hasta el 28 de febrero de 2022, en particular aquellos que atañen a la inobservancia de los compromisos de los rectores y a las situaciones climáticas ocurridas en La Mojana en el Departamento de Sucre y;
2. Circunstancias en la cadena de suministro que pudieron afectar las instalaciones del Grupo 3, a pesar de las acciones de mitigación y debida diligencia que pudo haber desplegado el contratista.

Y consignan las siguientes solicitudes:

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

Radicado CD-COMCEL-INTV-0528-22/ MINTIC No. 221017299

"Teniendo en cuenta lo anterior, le solicitamos reconsiderar su posición en los términos indicados en este documento, y en este sentido expedir su concepto favorable en relación con la modificación del cronograma del Contrato, teniendo en consideración los hechos de fuerza mayor y que el interventor encontró probadas y aquellas sobre las cuales remitimos información adicional para requerir que se reconsidere su posición."

Radicado CD-COMCEL-INTV-0586-22/ MINTIC No. 221026944

"Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, estaremos atentos de sus noticias en relación con su evaluación sobre los hechos que no son atribuibles al contratista y que han impactado considerablemente la ejecución del Contrato en particular en lo que se refiere a la instalación de los grupos 2 y 3. A pesar de que el contratista ya reportó la instalación de los centros digitales correspondientes al grupo 2, a efectos de que las partes tengan claridad sobre el cronograma del Contrato, incluyendo los desembolsos y las utilizaciones, es de la mayor importancia que se modifique la cláusula sexta del Contrato de tal manera que se refleje el desplazamiento en los tiempos de las metas ejecutadas, las que están (Sic) ejecución y las que se encuentran por ejecutarse."

Pese a que en su argumentación el apoderado del contratista hace referencia específica a la escritura pública No. 4.385, este Despacho considera conveniente aclarar que ninguna de las tres escrituras referenciadas permite evidenciar el cumplimiento de las cláusulas cuya infracción se ha endilgado al contratista en este expediente. De tal suerte que la protocolización de las solicitudes formuladas a la interventoría y comunicadas a la supervisión, junto con la respectiva declaración jurada de no haberle sido notificada al contratista la decisión dentro del término legalmente previsto y que se surtió a través de las escrituras públicas No. 4.384, 4.386 y 4.385, en manera alguna está supliendo el cumplimiento oportuno de la meta 12 del cronograma de ejecución del contrato (relacionada con el Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 que contaba con un plazo máximo de entrega el 31 de mayo de 2022).

Así mismo, es pertinente precisar que este Despacho no se pronunciará respecto de las escrituras públicas No. 4.384 y 4.386 por cuanto, como ya se vio, hacen referencia a hechos ajenos a los que originaron este procedimiento administrativo sancionatorio, al hacer referencia a circunstancias distintas al cumplimiento de la meta 12 del Grupo 3 del cronograma de ejecución. Tampoco se emitirá pronunciamiento sobre el contenido de la escritura pública No. 4.385 en lo que refiera a metas y grupos distintos a los incumplimientos que han sido objeto de señalamiento en el presente procedimiento. Esta consideración guarda coherencia con lo que ya se ha expuesto en otros apartados del presente acto administrativo sobre esta postura.

Ahora bien, centrándonos en la documentación protocolizada mediante la escritura pública No. 4.385 que sí hace referencia a la meta 12 del Grupo 3, de su lectura se extrae que en este caso la solicitud del contratista tuvo como finalidad obtener de la interventoría la emisión de un concepto favorable en relación con la modificación del cronograma de ejecución del contrato, incluyendo los desembolsos y las utilizaciones, que en últimas reflejen el desplazamiento en los tiempos de las metas a raíz de la consideración eventos de fuerza mayor.

Sobre este asunto puntual, a primera vista este Despacho no observa reflejados la totalidad de los requisitos desarrollados por la jurisprudencia contencioso administrativo para que se entienda configurado el silencio administrativo positivo en materia contractual. Lo anterior, por cuanto tratándose la solicitud del contratista de la modificación de la Cláusula Sexta – PLAZO DE EJECUCIÓN del Contrato de Aporte No. 1042 de 2020 sustentada en un reconocimiento previo de eventos de fuerza mayor, queda en duda que tal modificación corresponda a un derecho subjetivo preexistente del que pueda ser titular el contratista Comcel S.A.

Tal y como lo enseña el Consejo de Estado, una modificación del plazo de ejecución del contrato debe cumplir con las formalidades propias que tal negocio jurídico conlleva, debiendo constar por escrito y resultar del acuerdo convencional entre las partes en tal sentido. De forma adicional, como quiera que la solicitud se dirige igualmente a la modificación del cronograma de desembolsos y utilizaciones, ello comportaría igualmente una serie de ajustes de orden presupuestal y de planificación de recursos que tampoco constituyen un derecho en

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

cabeza del contratista. Al respecto, se recuerda que conforme la postura clara y recurrente del Consejo de Estado, el silencio positivo no puede usarse para entender resueltas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial y tampoco puede ser fuente de obligaciones.

No obstante, más allá de este análisis preliminar, un pronunciamiento más profundo desborda la competencia y ámbito funcional de este Despacho en lo atinente a la definición, límite o alcance de las obligaciones del Fondo Único de TIC y de Comcel S.A. propias de la etapa de ejecución del Contrato de Aporte No. 1042 de 2020. Contrario a ello, en este preciso asunto, la facultad de este Despacho queda restringida a la valoración de los medios de prueba que pretenda hacer valer el contratista en ejercicio del derecho al debido proceso y, del derecho de defensa y contradicción inmerso en el primero.

Por lo anterior, considerando que: i) la solicitud protocolizada mediante la escritura pública No. 4.385 fue formulada a la interventoría contratada por el Fondo Único de TIC para adelantar el seguimiento y verificación de las obligaciones técnicas, jurídicas, financieras y administrativas a cargo de Comcel S.A. en virtud del Contrato de Aporte No. 1042 de 2020 y; ii) tal solicitud debía acompañarse de las pruebas que le permitieran á la interventoría emitir un aval para la modificación; este Despacho reconocerá como eximentes de responsabilidad únicamente los eventos de fuerza mayor plenamente reconocidos por la interventoría, según se detalla en pronunciamiento específico de este acto administrativo frente a la fuerza mayor acreditada.

2.4. *“Otros hechos ajenos al contratista que han afectado la ejecución de la meta 12 del Contrato”.*

2.4.1. *“La interdependencia de las metas contractuales”.*

El recurrente titula el acápite 3.2.4.1 de su escrito como: “la interdependencia de las metas contractuales”. Al respecto, el Diccionario de la Lengua Española define *interdependencia* como: dependencia recíproca⁶². Es decir que, para el caso puntual, esta expresión puede entenderse como la existencia una meta que requiere o exige de otra, que a su vez sólo será posible si se halla presente la primera, lo cual dictamina una dependencia mutua. En particular, de la argumentación que formula el apoderado, se observa que quiere dar a entender la existencia entre las metas de una relación de precedencia funcional que conecta a la previa con la subsiguiente y vincula a ésta última con la primera, lo cual supondría que las metas entre sí han sido formuladas unas en función de las otras.

Sobre este particular, dentro del acto administrativo que se impugna, ya se había pronunciado este Despacho en el sentido de indicar que el contrato de aporte No. 1042 de 2020 no establece dependencia entre cada uno de los grupos, diferente a ello, lo que sí se observa es la dependencia de algunas metas del mismo grupo, las cuales sólo pueden ejecutarse una vez se termine una meta precedente, por el mismo sentido lógico constituido en el plazo máximo de entrega. Piénsese, por ejemplo, en las metas 1, 2, 6 y 8, respecto de las cuales sí se observa una relación de interdependencia por pertenecer a un mismo grupo:

Meta No.	Descripción de las obligaciones relacionadas con cada una de las metas	Plazo Máximo de Entrega
1	Informe Detallado de Ingeniería y Operación Plan de Instalación y Puesta en Servicio Plan de Mantenimiento Plan de Calidad	Un (1) mes contado a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato
2	Entrega de los Estudios de Campo del Grupo 1A correspondiente a dieciséis coma veinticinco por	1 de febrero de 2021

⁶² Real Academia Española. 2022. Interdependencia. En el Diccionario de la Lengua Española. En <https://dle.rae.es/interdependencia>.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

	ciento (16.25%) de los Centros Digitales.	
6	Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 1A correspondiente a dieciséis coma veinticinco por ciento (16,25%) de los Centros Digitales.	30 de abril del 2021
8	Aprobación por parte de la Interventoría de la instalación y puesta en servicio del Grupo 1A correspondiente a dieciséis coma veinticinco por ciento (16,25%) de los Centros Digitales.	Dos (2) meses contados a partir de la entrega por parte del contratista del Grupo 1A.

Del ejemplo citado se observa con nitidez que no es posible la realización de la meta 8 si antes no se ha culminado la meta 6 y, a su vez, la meta 6 no es posible si no se ha completado 2 y lo mismo ocurre entre las metas 2 y 1.

Sin embargo, ello no puede compararse con la distribución de los grupos 1, 2 y 3, los cuales, conforme a la definición incluida en el Anexo Técnico del contrato, hacen referencia a la cantidad de Centros Digitales que deberá entregar el contratista instalados y puestos en servicio en los tiempos determinados en el Cronograma del proyecto. Tiempos que, adicionalmente, corresponden a *plazos máximos de entrega*.

El apoderado del contratista sostiene en el recurso que en ningún apartado de la cláusula sexta se indica que en el cronograma de instalación y puesta en servicio NO haya interdependencia entre los grupos, lo que conlleva a la oscuridad de la cláusula. No obstante, como se explicó, al comparar algunas metas del cronograma de ejecución resulta que algunas de ellas encuentran interdependencia entre sí, mientras que, respecto de otras, ello no ocurre.

En este sentido, al revisar el contenido de la totalidad de las cláusulas pactadas en el contrato de aporte No. 1042 de 2020, así como el Anexo Técnico que lo integra, se observa que en ninguna parte de su contenido se hace referencia siquiera a la expresión *interdependencia* o *interdependencia entre las metas*, por lo que puede deducirse que al momento de la celebración del contrato las partes no consideraron relevante su inclusión. Tampoco se observa que se halla empleado tal término o definición en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 038-20202, que dio origen al contrato de aporte en mención, ni en los demás documentos de este proceso público de selección, que permita entender la existencia de subordinación entre los grupos 3, 2 y 1 del proyecto. Por su parte, la ausencia de referencia al término *interdependencia de las metas* no puede interpretarse necesariamente como una omisión, vacío u oscuridad en la cláusula del contrato y a la luz del material probatorio que obra en el procedimiento, no se avizoran motivos evidentes que lleven a concluir esta afirmación.

Nótese que la oscuridad o ambigüedad de una cláusula está referida a su falta de claridad, la cual puede derivar en diversas interpretaciones de carácter ambiguo. No obstante, en el presente caso, la Cláusula Sexta del Contrato 1042 de 2020 referida al plazo de ejecución, sustancialmente incluye el momento que condiciona el inicio y el fin de la ejecución y, la definición de metas asociadas a cada una de las fases del proyecto, así como su plazo máximo de entrega. Razón por la cual no se observa en qué radica la oscuridad o ambigüedad de la esta cláusula que haga necesario interpretarla en aras de indagar hondamente sobre la común y real intención de las partes del contrato, como lo ha enseñado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶³. Porque en el hipotético caso de la existencia de una cláusula oscura o ambigua, su interpretación no corresponde a la que una de las dos partes prefiera o escoja, sino a la que ambas partes conjunta y voluntariamente le hayan asignado.

Bajo este contexto, aun cuando la división de la ejecución del proyecto por grupos tiene un sentido práctico de programación/orden operativo y presupuestal, coherente con la experiencia de la entidad en la contratación y

⁶³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de junio de 2018. Radicado: 13001233100020030168101 (40353).

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

ejecución de proyectos anteriores, ello no permite entender que se haya pactado una ejecución exclusiva y secuencial de las metas con carácter absoluto conforme a su enumeración ascendente. Menos aún, que el impacto en la ejecución de uno de los grupos debido a la presentación de eventos de fuerza mayor, permita al contratista desconocer los plazos máximos de entrega y cumplimiento de los demás. Sobre este punto, la defensa del contratista argumenta que su entendimiento de la cláusula sexta es el que permite darle un sentido a la división entre grupos (por cuanto en caso contrario todas las metas deberían cumplirse en un solo momento - de forma simultánea - y el cronograma de desembolsos y utilizaciones no indicaría un desembolso de recursos en función del cumplimiento de las metas contractuales). Empero, lo cierto es que, si las partes hubieran acordado un desplazamiento automático de las metas asociadas a los distintos grupos, con ocasión del reconocimiento de eventos de fuerza mayor en los grupos iniciales, ello llevaría al traste la estructura que se ha querido asignar al proyecto en términos de tiempos y recursos, en consonancia con la planeación formulada ante el DNP. Lo mismo que a un desconocimiento pleno del principio de anualidad del presupuesto, en la medida en que los tiempos se irían ampliando de forma indefinida y sin control, con desmedro de las derechos y expectativas de los ciudadanos a los que está destinado el servicio de acceso a la internet. (Subrayado propio del texto).

De otro lado, el contrato establece una serie de disposiciones que no apoyan la teoría del recurrente. V. gr. el parágrafo segundo de la cláusula décima tercera, que dispone:

"CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. MULTAS: (...)

PARÁGRAFO SEGUNDO: comoquiera que las etapas del contrato de aporte pueden cumplirse de manera concomitante por las condiciones de ejecución del proyecto, si EL CONTRATISTA debe ejecutar obligaciones de etapas ya surtidas y no le diere cumplimiento en la oportunidad, calidad y pertinencia a dichas obligaciones, el Fondo Único de TIC podrá imponerle las multas correspondientes a la etapa que pertenece la obligación, en los términos planteados en esta cláusula." Subrayado fuera de texto.

Parágrafo que contrario a dar una idea de una "ejecución exclusiva y secuencial", hace referencia a una "concomitancia" más cercana a los adjetivos de concurrencia o simultaneidad.

De otra parte, este parágrafo insiste en el cumplimiento de las obligaciones en la oportunidad pactada, so pena de la imposición de multa al contratista.

Otro ejemplo puede ser el último inciso del numeral 2.2.2.1 NOTIFICACIÓN DE LA INSTALACIÓN DE LOS CENTROS DIGITALES POR PARTE DEL CONTRATISTA, del Anexo Técnico, que indica:

"(...) El Contratista podrá realizar entregas parciales para revisión por parte de la Interventoría de la instalación de los Centros Digitales, antes de la fecha del reporte de la meta indicada en el cronograma del proyecto establecido en el numeral 3 del presente documento."

Especificación que se reitera en el numeral 3. CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN del mismo Anexo Técnico y que otorga cierta libertad al contratista para "adelantar" o "anticipar", antes de la fecha límite o máxima de entrega, su tarea de instalación de los Centros Digitales. Lo anterior en la medida en que corresponde al contratista formular dentro del Plan de Instalación y Puesta en Servicio para aprobación, la programación de ejecución mensual con indicación del número de Centros Digitales, guardando consistencia con las metas de instalación establecidas en el cronograma de ejecución.

En consecuencia, se puede concluir que en ninguna parte del contrato de aporte No. 1042 de 2020, ni dentro de los documentos que lo conforman, se puede evidenciar que se haya querido establecer un carácter absoluto de ejecución exclusiva y secuencial de la relación ascendente de metas del proyecto o, una relación de interdependencia entre metas de grupos diferentes y, tampoco, que las partes hayan pactado un desplazamiento automático de metas con ocasión de la acreditación de eventos de fuerza mayor que impacten los hitos de entrega de Centros Digitales instalados. Se recalca que toda modificación de plazos máximos de entrega de metas supondría una modificación al contrato para realizar cambios en el programa de ejecución pactado inicialmente. Es decir, la celebración de un otrosí con las formalidades propias aplicables a los contratos estatales, lo cual no se acredita por el contratista ni se verifica en el expediente del contrato. Por todo lo anteriormente expuesto, este argumento no está llamado a prosperar.

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

2.4.3. “La inobservancia de los compromisos de los rectores”

Pese a que el apoderado del contratista insiste en que no puede atribuírsele a Comcel S.A. la conducta de un tercero, como los rectores de las instituciones educativas, quienes se habían comprometido a la atención de éstas en el periodo de vacaciones. Así como tampoco adjudicársele que planeó desarrollar labores de instalación durante los periodos de vacaciones, cuando, según su propio decir, lo que ocurrió fue que al verse afectado por circunstancias de fuerza mayor fuera de su control, procedió a adelantar actividades de diligencia para mitigar su impacto y lograr finalizar la meta contractual en el menor plazo posible. Se considera pertinente que este Despacho reitere lo siguiente:

- Explicado, como está, que el contrato de aporte No. 1042 de 2020 no contempló una relación de interdependencia entre metas de grupos diferentes (grupos 1, 2 y 3) dentro del cronograma de ejecución del proyecto; se deduce que el reconocimiento de eventos de fuerza mayor por parte de la interventoría frente a las metas asociadas a los grupos 1 y 2, no justificaría la falta de cumplimiento oportuno de la meta 12, que tenía como plazo máximo de entrega la fecha del 31 de mayo de 2022. En tal sentido, se reitera que las metas diferentes a la No. 12 del Grupo 3 no hacen parte de los hechos que se estudian en el procedimiento identificado bajo este expediente 19 de 2022.
- Las dificultades para la instalación o incluso la comunicación con los rectores o representantes legales de las instituciones educativas durante el periodo de vacaciones no puede reconocerse como un hecho de un tercero. Lo anterior, en la medida en que han sido las circunstancias de la ejecución del proyecto a cargo de la contratista y algunas de las decisiones por ella adoptadas para el cumplimiento de las metas, las que han propiciado forzar a los funcionarios de las instituciones educativas a atender actividades fuera de su horario laboral y, específicamente, durante el periodo de vacaciones. Respecto de lo cual, según lo referencia el apoderado del contratista, incluso el Ministerio de Educación expresó que *obtener apoyo de los rectores en periodo de vacaciones era complicado por tratarse de derechos laborales adquiridos*.
- En consecuencia, en el momento en el que Comcel S.A. planea la instalación de los Centros Digitales u otro tipo de actividades propias de la etapa de instalación durante el periodo de vacaciones escolares, de público conocimiento en el país, en absoluto puede considerarse como súbito o intempestivo y tampoco como un evento externo al contratista imposible de resistir. Bajo esta consideración, no se verifica el elemento de: ausencia de relación entre la voluntad del agente y el resultado, propio de la fuerza mayor. Por el contrario, se recuerda al recurrente la expresión latina *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* según la cual se enseña que no debe ser escuchado a quien alega su propia torpeza o culpa con el ánimo de exonerarse de responsabilidad. Ello, por cuanto el contratista pudo tener conocimiento que el programar actividades en las instituciones educativas durante el periodo de vacaciones podría en gran medida no ser efectivo.
- Sobre este argumento, la interventoría Consorcio Superdigitales 2022 sostuvo en su comunicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-01259-2023 de 18 de enero de 2023, que:

“(…) COMCEL toma como soporte de sus pretensiones, las diferentes manifestaciones del personal educativo, tratando de conjugarlo con otras situaciones no demostradas, a sabiendas que tal y como se ha manifestado, el contratista en el marco de los términos contractuales debía haber agotado sus obligaciones de instalación y puesta en funcionamiento desde el 31 de mayo de 2022 y, por ende, debió iniciar operación el 01 de agosto de 2022., invocando en esta instancia la negativa de un tercero a sabiendas que esta fecha del año los docentes y personal administrativo finalizan sus actividades.

Ahora bien y entendiendo que ante la ocurrencia de un evento constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito los mismos deben analizarse de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, retomando en esta

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

instancia nuevamente y para los efectos alegados, lo expuesto en el aparte de este documental denominado 2.1 MARCO JURÍDICO GENERAL DE LOS EVENTOS DE FUERZA MAYOR, concordantes (Sic) en con los lineamientos desplegados por la jurisprudencia relacionada, en análisis del hecho planteado, esta interventoría evidencia que, si bien en principio la finalización de actividades escolares, constituye un hecho externo, al ser este ajeno a la actividad del contratista, no ocurre lo mismo con que este sea un hecho imprevisible e irresistible para el contratista, pues es evidente que en el marco de ejecución del contrato de aporte, el periodo de vacaciones configura un hecho totalmente previsible que pudo haber sido plenamente advertido por el Contratista en condiciones normales de ejecución, estando este en posición de agotar lo correspondiente para que este tiempo no le afectase y con ello de evitar el "impacto" alegado y con ello las consecuencias aludidas."

Es decir que "la inobservancia de los compromisos de los rectores" no ha sido avalada por la interventoría como evento de fuerza mayor y un eximente de responsabilidad a su favor.

Por lo anterior, este argumento tampoco está llamado a prosperar.

2.4.4. "Los retrasos en el desembolso de las utilidades. El caso del anticipo"

El recurrente dentro de sus argumentos alude que si bien el contrato establecía las condiciones para la entrega del anticipo las mismas no constituyen un condicionamiento para la aprobación de la utilización del mismo, puesto que las condiciones contractuales eran otras, por lo cual, este Despacho le reitera que las estipulaciones contractuales asumidas por el contratista en el marco del contrato 1042 de 2020 son claras y de estricto cumplimiento, puesto que tal y como se detalla en la Cláusula Quinta en donde las partes estipularon lo siguiente:

(...) "

CLÁUSULA QUINTA. FORMA DE PAGO E IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL: (...) El cronograma de desembolsos de los recursos de aporte al patrimonio autónomo se presenta a continuación. **Debe entenderse que los desembolsos por parte del Fondo Único de TIC se efectuarán al patrimonio autónomo, siempre y cuando el Contratista cumpla las condiciones que se establecen a continuación** (...) (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

De lo anterior, se evidencia de manera vehemente que existían condiciones exigidas para el contratista a fin de que fuesen efectuados los desembolsos, ello previo concepto de la interventoría sobre el cumplimiento de las obligaciones a cargo y asumidas por el contratista.

Por lo tanto, al ser estipulaciones contractuales realizadas y aceptadas por las partes en el marco del contrato 1042 de 2020, este Despacho no podía dar una aplicación diferente a las pactadas por los sujetos contractuales, en razón que las mismas son claras, expresas y por lo tanto exigibles.

3. "La aplicación de los principios de legalidad y tipicidad".

3.1. "No hay coincidencia entre la obligación presuntamente incumplida y la multa".

Previo a realizar el análisis respectivo a la tesis planteada por el apoderado de Comcel, se hace preciso traer a colación los conceptos de los principios de legalidad y tipicidad en materia administrativa.

De acuerdo con el Concepto 059871 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública, el principio de legalidad obedece a la (...) **"expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta.**

.... fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que, en

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022"

ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad". (Subraya fuera de texto).

En igual sentido, han sido varios los pronunciamientos de la Corte Constitucional⁶⁴ en los cuales ha manifestado lo siguiente: *"El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados."*

Por su parte el principio de tipicidad que se resume en la exigencia de la predeterminación administrativa de las conductas y sus sanciones correspondientes, en palabras de la Corte Constitucional⁶⁵ (...) *"Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la "exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras."*

Ahora bien, en la Sentencia C – 699 de 2015, se expone como elementos de la tipicidad los siguientes:

(...)

"(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley; (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción;"

Así las cosas, se hace necesario señalar que este Despacho ha actuado conforme a la ley y dando estricto cumplimiento a los principios rectores de la actuación administrativa sancionatoria, se pone de presente que este procedimiento no se ha desarrollado en una única sesión de audiencia, antes por el contrario, se han realizado 11 sesiones de audiencia, en las cuales el contratista y su apoderado han hecho uso efectivo de su derecho de defensa y contradicción, desde la citación inicial a la audiencia de descargos se le colocó en conocimiento al recurrente cuales eran los hechos del presunto incumplimiento, las obligaciones presuntamente incumplidas y sus posibles consecuencias, todo ello, soportado con el contrato 1042 de 2020.

En igual sentido, se reitera que no es dable afirmar que la entidad obró contrario a derecho al pretender imponer multas a Comcel que, según el apoderado, en ninguna medida resultaban exigibles, pues como puede observarse, la multa fue convencionalmente pactada en el contrato, y surgió por presuntos incumplimientos del contratista relacionados con la meta 12, y consecuentemente la meta 13 del cronograma de ejecución, como bien se señaló en la Resolución 4326 del 01 de diciembre de 2022, son obligaciones diferentes pero correlacionadas entres sí, puesto que para que se cumpla y se ejecute la meta 13 se debió cumplir previamente con la meta 12, ello tal como quedo estipulado en el cronograma de ejecución del contrato 1042 de 2020, y en el cual se señalaron las metas y los plazos de cumplimiento para los mismos.

No obstante, y como bien se ha detallado a lo largo del procedimiento, al contratista no se le indiligaba una obligación de ejecución de la interventoría⁶⁶ y ello se evidencia en la tasación realizada para la imposición de la multa en la cual se detalla que la misma obedece a la meta 12 del grupo 3., por lo tanto y de acuerdo al contrato al cual se obligaron las partes, este Despacho ha actuado en derecho y con riguroso cumplimiento de todos los principios rectores de la actuación administrativa sancionatoria.

⁶⁴ Sentencia T- 136 de 2019

⁶⁵ Sentencia C -343 de 2006

⁶⁶ Meta 13 – cronograma de ejecución

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Tasación de la multa por obligaciones	
Obligación Incumplida	Tasación de la multa
cláusula sexta, fase de instalación y puesta en servicio, meta 12, grupo 3	\$ 2.946.000.000,00
inciso 4 del numeral 3 (cronograma de ejecución) del anexo técnico del contrato	\$ 168.000.000,00
Total de la multa	\$ 3.114.000.000,00

3.3. “El desconocimiento del principio de Non Bis in Idem”

En relación con el principio de Non Bis in Ídem la Corte⁶⁷ ha manifestado que

(...)

“ el principio de non bis in idem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas... equivale en materia sancionatoria, a la prohibición de someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta, que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de non bis in idem” (...)

Como se observa en las distintas jurisprudencias traídas a colación en el marco de la presente actuación, en materia administrativa también es aplicable la figura del non bis in idem, en pro del respeto de los derechos fundamentales y al debido proceso, por lo tanto, y de acuerdo por lo expuesto por el recurrente, nuevamente este Despacho recalca su compromiso y respeto por el ordenamiento jurídico, por lo tanto, este ministerio no está en ningún momento desconociendo este principio, pues como ya se ilustró y evidencio⁶⁸ al contratista no se le estaba imponiendo una doble sanción por un mismo hecho, antes por el contrario se estaba dando y exigiendo el estricto cumplimiento del contrato objeto de la presente actuación.

4. “El principio de proporcionalidad y razonabilidad”.

Teniendo en cuenta la decisión que se va a adoptar en la presente Resolución, este Despacho no emitirá pronunciamiento sobre el particular.

5. “La transgresión del derecho fundamental al debido proceso”

Respecto a las manifestaciones del recurrente, tal y como fue explicado anteriormente, la entidad en ningún momento ha violentado los principios que rigen la presente actuación administrativa, puesto que en las diferentes sesiones de audiencia se ha llevado a cabo un proceso garantista que permita esclarecer los hechos y las circunstancias sustentadas por Comcel.

Al contratista se le ha permitido aportar y controvertir pruebas, no obstante, la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso no resulta ser el campo en donde cualquier solicitud de prueba que no conduzca a esclarecer los hechos motivo de investigación, deba ser decretada, pues tal solicitud en lugar de garantizar un derecho violaría los fines de la administración pública.

Ahora bien, en virtud del debido proceso administrativo, el contratista contra quien se adelanta esta clase de procedimiento cuenta con los siguientes derechos: a un procedimiento público, a la defensa y contradicción, a aportar pruebas y a contradecir las que se alleguen en su contra, que el procedimiento se adelante ante la

⁶⁷ En sentencia T-162 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz - Sentencia C-620 de 2001 Corte Constitucional

⁶⁸ Tasación de la multa por obligaciones

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

autoridad competente para conocer del asunto, a que se le otorgue un tratamiento igual que el dado a otros particulares, a que el procedimiento se adelante en un término razonable (sin dilaciones injustificadas), a que las decisiones sean motivadas y a impugnar las mismas⁶⁹, derechos que se le han salvaguardado y protegido a las partes inmersas en el mismo.

La esencia del derecho al debido proceso probatorio obedece según la Corte Constitucional, a: (i) el derecho para presentarlas y solicitarlas, (ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra, (iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción, (iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de este, (v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228) y (vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso⁷⁰. (Sentencia C-496 de 2015)⁷¹.

De lo anterior antes referenciado, este Despacho reitera la posición garantista que ha tenido con las partes, prueba de ello son las diferentes sesiones de audiencia en las cuales se desarrolló la actuación en procura de brindar todas las garantías jurídicas del procedimiento.

De conformidad con el análisis efectuado y las pruebas expuestas y soportadas en el recurso por el recurrente, así como los conceptos emitidos por la interventoría y supervisión en calidad de vigilantes del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, se concluye que es procedente para el efecto revocar la decisión adoptada en la Resolución N.º 04326 del 01 de diciembre de 2022 y en consecuencia archivar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, como en efecto se hará en la parte dispositiva de este acto administrativo, atendiendo al reconocimiento de la fuerza mayor hecha por el consorcio interventor, como por la supervisión.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Actuaciones Administrativas Contractuales del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. REVOCAR: en todas sus partes la Resolución N.º 04326 del 1 de diciembre de 2022, por la cual se decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual correspondiente al expediente N.º 19 de 2022 relacionado con el incumplimiento del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, suscrito entre el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A identificado con NIT 800.153.993-7, por las razones expuestas en este acto administrativo.

ARTÍCULO 2. ARCHIVAR: ordenar el archivo del expediente 19 de 2022 de conformidad con las consideraciones señaladas en este acto.

ARTÍCULO 3. NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución al representante y/o apoderado de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A identificado con NIT 800.153.993-7, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO 4. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

⁶⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-499 de 5 de agosto de 2015, expediente D-10626.

⁷⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-034 del 29 de enero de 2014, expediente D-9566. La cita es del texto original.

⁷¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-496 del 5 de agosto de 2015, expediente D-10451

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04326 del 01 de diciembre de 2022, que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los seis días (6) días del mes de febrero de 2023

(Firmado digitalmente)

ADRIANA VIVAS ROBLES

Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Actuaciones Administrativas Contractuales

Proyectó: Natalia Marcela Cortes Gutiérrez
Rosalba Zapata Rodríguez
Luz Mary Cañas Quiroga.

Revisó: Adriana Vivas Robles.

REGISTRO DE FIRMAS ELECTRONICAS

Resolución número 00569 de 2023

Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones
gestionado por: azsign.com.co

Id Acuerdo: 20230206-145112-1f2496-61798979

Creación: 2023-02-06 14:51:12

Estado: Finalizado

Finalización: 2023-02-06 14:55:36



Escanee el código
para verificación

Firma: Firmante del Acto Administrativo

Adriana Vivas Robles

52698300

avivas@mintic.gov.co

Coordinadora del GIT de Actuaciones Administrativas Contractuales

REPORTE DE TRAZABILIDAD			 Escanee el código para verificación
Resolución número 00569 de 2023			
Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones gestionado por: azsign.com.co			
Id Acuerdo:20230206-145112-1f2496-61798979		Creación:2023-02-06 14:51:12	
Estado:Finalizado		Finalización:2023-02-06 14:55:36	
TRAMITE	PARTICIPANTE	ESTADO	ENVIO, LECTURA Y RESPUESTA
Firma	Adriana Vivas Robles avivas@mintic.gov.co Coordinadora del GIT de Actuaciones Admi	Aprobado	Env.: 2023-02-06 14:51:12 Lec.: 2023-02-06 14:55:23 Res.: 2023-02-06 14:55:36 IP Res.: 190.71.137.3