



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 04326 DE 2022

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. 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,

1. ANTECEDENTES

1.1. COMPETENCIA PARA ADELANTAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL¹

Este Despacho es competente para decidir sobre las actuaciones administrativas, debido a la Delegación conferida por la entonces Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mediante resolución número 03778 del 26 de octubre de 2022, en desarrollo de lo previsto en los artículos 12 de la Ley 80 de 1993, 21 de la Ley 1150 de 2007 y 37 del Decreto ley 2150 de 1995.

Esta delegación permite adelantar el proceso de incumplimiento del contratista reglado fundamentalmente por los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

1.2. ANTECEDENTES DEL CONTRATO 1042 DE 2020.

Mediante Resolución No. 1138 del 9 de diciembre de 2020 se adjudicó la Región A de la Licitación Pública No. FTIC-LP-038-2020 al oferente Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en adelante “Comcel” y producto de ello, se suscribió el contrato de aporte N.º 1042 de 2020 “contrato de aporte”, entre el Fondo Único de TIC en adelante “FUTIC” y Comcel, cuyo objeto es: *“Ejecutar el proyecto Centros Digitales en la Región A adjudicada obligándose a realizar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura para prestar el servicio de Internet bajo las condiciones establecidas en el Anexo Técnico”*.

El contrato de aporte inició su ejecución el 28 de diciembre de 2020¹.

1.2.1. Interventoría del contrato de aporte 1042 de 2020.

Hasta el 31/07/2022 ejerció la vigilancia del contrato la interventoría Consorcio PE2020 C Digitales mediante el contrato N.º 1045 de 2020 y desde el 01/08/2022 está a cargo del Consorcio Superdigitales 2022 a través del contrato N.º 756 de 2022.

¹ Fuente: Acta de Inicio.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

2. DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO Y LAS OBLIGACIONES POSIBLEMENTE INCUMPLIDAS

Con informe² de presunto incumplimiento presentado por los entonces Director de Infraestructura (E) y Subdirector de Operaciones, designados como supervisores del contrato de aporte 1042 de 2020 apoyado en las recomendaciones de la interventoría³ designada para la vigilancia del cumplimiento del contrato de aporte 1042 de 2020, se indicaron los hechos⁴ sobre los cuales se sustenta el presunto incumplimiento de las obligaciones durante la ejecución del contrato, de la siguiente manera:

La primera obligación presuntamente incumplida de Comcel está vinculada al reporte de la instalación y puesta en servicio del grupo 3, correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los centros digitales, esto es que según el cronograma de ejecución contractual el contratista debió para el día 31 de mayo de 2022 reportar 3.034 CD para dar cumplimiento de la Meta 12.

En tal sentido, dicho reporte debe cumplir con los requisitos establecidos en el anexo técnico del contrato de aporte, en especial, el numeral 2.2.2.1.

La segunda obligación a cargo del contratista posiblemente incumplida, está relacionada con la apertura y el funcionamiento de los centros digitales, dado que indica, que la prestación del servicio de internet en los centros digitales inicia desde el reporte de instalación y puesta en servicio de cada uno de los grupos, esto es, que el canal debe estar habilitado para que la comunidad pueda hacer uso del internet durante 24 horas del día, los 7 días de la semana.

Lo anterior, resulta del presunto incumplimiento de las siguientes obligaciones:

Cláusula sexta del contrato de aporte - plazo de ejecución.

“CLÁUSULA SEXTA – PLAZO DE EJECUCIÓN - El plazo de ejecución del contrato iniciará desde la suscripción del acta de inicio y hasta el 30 de junio de 2031, durante el cual el CONTRATISTA está obligado a desarrollar las fases del Proyecto, a continuación, se relacionan las metas asociadas a cada una de las fases del proyecto, así como su plazo máximo.

Meta No.	Fase	Descripción de las obligaciones relacionadas con cada una de las metas	Plazo Máximo de Entrega
6	Instalación y Puesta en Servicio	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
7		Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 1B correspondiente a dieciséis coma veinticinco por ciento (16,25%) de los Centros Digitales.	31 de mayo del 2021

² Radicado N.º 222062269 del 22/06/2022

³ Comunicado con radicado 221044681 del 6/06/2022, suscrito por el Consorcio PE2020 C Digitales.

⁴ Los hechos que sustentan el presunto incumplimiento se encuentran registrados detalladamente en el memorando radicado bajo el número 222062269 del 22/06/2022.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A . Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.° 1042 de 2020. Expediente N.° 19 de 2022”

8	Instalación y Puesta en Servicio	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.
9		Aprobación por parte de la Interventoría de la instalación y puesta en servicio del Grupo 1B correspondiente a dieciséis coma veinticinco por ciento (16.25%) de los Centros Digitales.	Un (1) mes contado a partir de la entrega por parte del contratista del Grupo 1B.
10		Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 2 correspondiente a treinta y dos coma cinco por ciento (32.5%) de los Centros Digitales.	29 de octubre de 2021
11		Aprobación por parte de la Interventoría de la instalación y puesta en servicio del Grupo 2 correspondiente a treinta y dos coma cinco por ciento (32.5%) de los Centros Digitales.	Dos (2) meses contados a partir de la entrega por parte del contratista.
12		Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales.	31 de mayo de 2022

Inciso 4 del numeral 3 del anexo técnico - cronograma de ejecución.

“3 CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN

“(…)

“El contratista se obliga a la apertura y funcionamiento de los Centros Digitales desde el reporte de cada uno de los grupos de instalación de los Centros Digitales y a permitir el uso del servicio de conectividad a Internet por parte de la comunidad; es decir el canal para acceder al servicio a Internet deberá estar habilitado para que la comunidad pueda hacer uso del servicio durante las 24 horas del día, los 7 días de la semana (…)”

3. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA CONTENIDA EN EL EXPEDIENTE N. 19 DE 2022

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Actuaciones Administrativas Contractuales, en adelante (Coordinación de AA Contractuales) mediante oficio⁵ número 222064937 del 30/06/2022⁶, citó a la representante legal de Comcel Dra Hilda María Pardo Hasche

⁵ El banco BBVA Colombia, se le informó de la citación remitida a Comcel mediante oficio con radicado N.° 222064943 del 30/06/2022.

⁶ Comcel, a través de correo electrónico del 3/07/2022, (radicado en el MinTIC con el N.° 221052741 del mismo día) el cual también le correspondió el radicado 221052841 del 6/07/2022, entre otras cosas, solicitó que se acumularan los expedientes números 15, 16, 17, 19 y 21 de 2022 dado que “*tienen todos igual procedimiento, y se encuentran en la misma instancia*”.

Este despacho dio respuesta con oficio 222066345 del 5/07/2022, indicando lo siguiente:

“Este Despacho atendiendo que dentro del documento enviado vía correo electrónico, indica entre otras cosas que dio cumplimiento a algunas de las obligaciones, a través del presente se corre traslado a la interventoría y supervisión del contrato 1042 de 2020, con el fin de conocer su concepto definitivo, respecto de las situaciones planteadas por la contratista, razón por la cual, no se instalarán las audiencias

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

a la instalación de la audiencia programada inicialmente para el día 6/07/2022⁷, con el fin de que rindiera las explicaciones relacionadas con los presuntos incumplimientos endilgados en la citación.

La audiencia se adelantó con sometimiento a lo previsto en el artículo 86 Ley 1474 de 2011, todo lo cual consta en el expediente digital N.º 19 de 2022 y las grabaciones que constituyen un anexo del acta que dan cuenta de cada una de las nueve (9) sesiones de audiencia que se adelantaron de manera virtual a través de la plataforma Teams en las siguientes fechas:

Instalación:

El día 16/08/2022⁸, donde se reconoció la personería jurídica al apoderado de Comcel Dr. Carlos Alberto Carvajal Moreno. Del banco BBVA, Dr. Juan Manuel Suarez Murillo, para actuar dentro del procedimiento administrativo.

programadas para los expedientes n. 15, 16 17, 19, 21, hasta tanto se conozca el pronunciamiento señalado. Ahora, en cuanto a la solicitud de acumulación, este Despacho se pronunciará en documento aparte, atendiendo lo dispuesto en la Ley 1755 de 2015”

Documento que fue trasladado a la entonces interventoría Consorcio PE2020 C Digitales y supervisión, a través de correo electrónico del 5/07/2022 para que realizaran su pronunciamiento respecto a las manifestaciones de Comcel, en relación con el cumplimiento de las obligaciones.

A través de radicado con N.º 222068911 del 12/07/2022, se dio respuesta a Comcel, en lo referente a la acumulación de los procedimientos contenidos en los expedientes números 15, 16, 17, 19 y 20, negando la petición instaurada.

El día 14/07/2022, mediante comunicado con número 221056385, la interventoría se pronunció frente a lo señalado por Comcel el 3/07/2022, indicando sobre este expediente que continuaba vigente el presunto incumplimiento.

⁷ Teniendo en cuenta la respuesta dada a Comcel por el despacho el 5/07/2022, se postergó la fecha de instalación de la audiencia, en espera del pronunciamiento tanto de la interventoría y la supervisión a los radicados N.º 221052741 y 221052841, ambos del 2022.

Con radicado 221060700 del 29/07/2022, Comcel radicó ante el despacho, solicitud de corrección de irregularidades procedimentales del comunicado 222068911 con el cual se negó la acumulación de expedientes.

A través de oficio 222076552 del 01/08/2022, se convocó a Comcel a la instalación de la audiencia para el día 08/08/2022. El banco BBVA fue informado mediante oficio con radicado N.º 222076554, también del mismo día.

Por medio del radicado 222077035 del 2/08/2022, se dio respuesta a Comcel respecto de la solicitud de corrección de irregularidades procedimentales.

El 5/08/2022, a través de oficio 222078682, se informó a Comcel que se reprogramaba la instalación de la audiencia para el día 16/08/2022. De igual forma, con oficio 222078699 del mismo día, se le comunicó al banco BBVA de la nueva fecha y hora de instalación de la audiencia.

A través de comunicación remitida mediante correo electrónico del 12/08/2022 y radicada bajo el N.º 221065396 del 16/08/2022, Comcel, solicitó lo siguiente:

- 1) *“Remitimos el enlace actualizado de los documentos que obran el expediente 19 de 2022.*
- 2) *Conceder una prórroga razonable de por lo menos 10 días hábiles para la realización de la audiencia de descargos del expediente 19 de 2022 que le permita al supervisor y al nuevo interventor del Contrato revisar la información que ha sido radicada de por Comcel S.A. en relación el cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida, los hechos ocurridos durante la ejecución del Contrato y las propuestas de arreglo directo que han sido remitidas por Comcel S.A.”*

⁸Con posterioridad a esta sesión de audiencia se realizaron los siguientes trámites

Mediante correo electrónico del 16/08/2022, fue remitido al apoderado del banco BBVA, para su conocimiento, los descargos con sus anexos, aportados por el apoderado de Comcel.

Con oficio 222081668 del 16/08/2022, se remitió a Comcel la respuesta a la solicitud del radicado 221065396 de 2022, la cual fue concordante con lo indicado en sesión de audiencia del 16/08/2022.

Por correo electrónico del día 17/08/2022 y radicado N.º 221066016, Comcel solicitó tanto a la Viceministra de Conectividad como a esta Coordinación, la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, con fundamento en la propuesta de arreglo directo que se encontraba vigente y en curso entre la entidad y el contratista. Sobre el particular, el despacho mediante memorando 222082155 del 17/08/2022, trasladó tal solicitud a la señora Ministra encargada y adicionalmente le solicitó informar cuál era la decisión que adoptaba

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Se dio respuesta a la solicitud efectuada por el contratista previo a la instalación, respecto de la remisión del enlace del expediente 19 de 2022 y el aplazamiento de la audiencia, así mismo se recibieron los descargos del contratista en el que aportaron documentos con el fin de que fueran incorporados en el expediente y se decretaron pruebas.

Continuación:

Sesión del 24/08/2022⁹: En su desarrollo, se dio respuesta a la solicitud efectuada por Comcel el 23/08/2022 (7:36am) mediante memorando N.º 221067856. Se recibió el pronunciamiento de la interventoría frente a los descargos presentados por los apoderados de Comcel. De dichos pronunciamientos, se dio traslado al contratista y se recibió intervención del apoderado de Comcel en la que realizó alcance a los descargos solicitando el decreto y práctica de pruebas documentales y testimoniales.

frente a la suspensión de los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales.

El 18/08/2022, con radicado N.º 222082714, la señora Ministra encargada informó a esta Coordinación que la solicitud efectuada ese día 17/08/2022, había sido remitida a la supervisión a través del memorando 222082661 para que, en el marco de sus competencias, se conceptuara lo correspondiente.

A través de radicado N.º 222082654 del 18/08/2022, este despacho remitió a la señora Ministra encargada y a la supervisión, memorando con el que se dio alcance al radicado N.º 222082155 del 17/08/2022, indicando que la Coordinación de AA Contractuales no encontraba sustento jurídico para suspender las actuaciones adelantadas en contra de Comcel y que atendiendo la información recibida por el equipo de la señora Ministra esto era, que la mesa de negociación había sido levantada, era necesario conocer el resultado de las mesas, con el fin de establecer los trámites a seguir en las actuaciones administrativas que se adelantan.

Por medio del memorando 222082774 del 18/08/2022, la señora Ministra encargada, dio respuesta reiterando que había dado traslado a la supervisión de la solicitud efectuada por este despacho, por lo que estaba atenta al concepto técnico de la supervisión sobre la solicitud de suspensión de las actuaciones administrativas sancionatorias.

Con radicado 222083224 del 19/08/2022, se dio respuesta a Comcel de la solicitud N.º 221066016 del 17/08/2022, indicando que de acuerdo con la información recibida de la señora Ministra encargada, con los memorandos 222082714 y 22082774, ambos del 18/08/2022, las mesas de trabajo mencionadas en la solicitud, iniciaron el 6/07/2022 y finalizaron el 26 de ese mes, lo cual dejaba en evidencia que para la fecha en que Comcel solicita la suspensión de las audiencias, ya la negociación se encontraba ampliamente fenecida, dejando sin sustento jurídico tal solicitud. Finalmente, se le informó la fecha en que se continuaría la sesión de audiencia.

Posteriormente, a través de memorando con radicado 222083913 del 22/08/2022, la supervisión dio respuesta a la señora Ministra encargada respecto de la solicitud de suspensión de las actuaciones sancionatorias contractuales efectuadas por Comcel.

El 22/08/2022 con memorando 222083924, la supervisión se pronunció frente a la solicitud del radicado 222078154 de 2022, informando entre otras cosas que, a la fecha no había concepto técnico favorable brindado por la interventoría sobre la viabilidad de la propuesta remitida por Comcel en torno a la transacción y/o arreglo directo.

El 23/08/2022 (7:36am), mediante memorando N.º 221067856, se recibió de parte de Comcel documento en donde básicamente tuvo como petición insistir en la suspensión de las actuaciones administrativas sancionatorias, dado que se estaba a la espera de la respuesta de la supervisión e interventoría frente a dicho tema.

⁹ Una vez finalizada la audiencia el día 24/08/2022, se recibe mediante correo electrónico el pronunciamiento y los anexos efectuado por Comcel, el cual, se remitió a la interventoría y a la supervisión para que realizaran su pronunciamiento.

Ese mismo 24 de agosto, a través de correo electrónico se solicitó a la interventoría con copia a la supervisión, informar su concepto frente a los puntos 1,3,4,5,6 y 7 de los descargos presentados por Comcel, teniendo en cuenta que en el comunicado 21067811 no se había dado un pronunciamiento.

El día 25/08/2022, a través de correo electrónico el despacho dio traslado a los apoderados de Comcel del pronunciamiento efectuado por la interventoría en sesión del 24/08/2022.

A través de memorando 222086876 del 30/08/2022, la supervisión remitió el concepto dado por la interventoría con comunicado 221069135 del 26/08/2022, frente a los puntos 1,3,4,5,6 y 7 de los descargos presentados por Comcel que estaban pendientes de su concepto, así como del pronunciamiento del alcance de los descargos efectuados por Comcel en sesión del 24/08/2022.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Sesión del 31/08/2022¹⁰: Se recibió de la interventoría un breve resumen del concepto efectuado con el comunicado 221069135 del 26 de agosto del 2022, respecto a los puntos 1¹¹, 3¹², 4¹³, 5¹⁴, 6¹⁵ y 7¹⁶ de los descargos presentados por Comcel, el cual se trasladó al contratista presuntamente incumplido.

Sesión del 16/09/2022¹⁷: La interventoría efectuó una breve descripción del contenido del comunicado n.º CDIG-

¹⁰ Trámites efectuados con posterioridad a la sesión de audiencia.

El 31/08/2022, de conformidad con lo acordado en sesión de audiencia de ese día, a través de correo electrónico, el despacho trasladó a Comcel el pronunciamiento efectuado por la interventoría con comunicado 221069135.

El 9/09/2022, previo a la instalación de la audiencia, el despacho a través de correo electrónico y radicado 221072874, recibió comunicación de Comcel, con la cual realizó las siguientes solicitudes:

- 1) Conceder plazo adicional para analizar el comunicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00247-2022, trasladado por la interventoría a las 7:34pm, el día 8/09/2022.
- 2) Incluir en el expediente 19 de 2022 el comunicado con radicado 222073841 de fecha 26/07/2022
- 3) Otorgar una prórroga a la continuación de la audiencia para que la supervisión realice su análisis del conceto técnico requerido por la entonces señora Ministra (E) con el radicado 222087902 del 1/09/2022.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante la plataforma Teams, el mismo 9/09/2022, se reprogramó la continuación de la audiencia para el día 16/09/2022, con el fin de permitirle al contratista presuntamente incumplido analizar el documento CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00247-2022 que le fue traslado por la interventoría.

Con memorando 222091640 del 9/09/2022, la supervisión radicó ante este despacho su pronunciamiento frente a los descargos.

A través de oficio con N.º 222093668 del 15/09/2022, entre otras cosas, se solicitó a la interventoría remitir copia del documento CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00247-2022, para que hiciera parte del procedimiento. Del cual se recibió respuesta el 16/09/2022 con radicado 221074862.

Con oficio 222093865 del 15/09/2022, se dio respuesta a las solicitudes efectuadas por Comcel, el pasado 9 de septiembre, a través de correo electrónico y radicado 221072874.

A través de correo electrónico del día 16/09/2022 (8:40am), se recibió de Comcel, comunicación en la que solicitó conceder un plazo razonable para la revisión detallada del documento radicado por el supervisor frente a los descargos, el cual no había sido presentado en audiencia. Al respecto, el despacho dio respuesta en sesión de audiencia de ese día. Esta solicitud fue radicada nuevamente por Comcel el 21/09/2022 con el radicado 221075967, a la cual se le dio respuesta el 22/09/2022 con oficio N.º 222096334, haciendo un breve recuento de la respuesta dada en sesión de audiencia del 16/09/2022.

¹¹ “Las multas indicadas en el documento de citación a descargos no son aplicables”

¹² “El carácter conminatorio de la Cláusula Décima Tercera del Contrato”

¹³ “Sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la multa proyectada”

¹⁴ “La facultad para Imponer Sanciones no implica la Obligación de Hacerlo”.

¹⁵ “Solicitudes”

¹⁶ “Pruebas”

¹⁷ Luego de la sesión de audiencia del 16/09/2022 se efectuaron los siguientes trámites.

Terminada la sesión de audiencia del 16/09/2022, a través de correo electrónico, el Despacho remitió a Comcel, el escrito del pronunciamiento realizado por la supervisión, sobre los descargos.

El 20/09/2022, se recibió mediante correo electrónico (8:47am) con radicado 221075527, comunicación remitida por Comcel, solicitando la suspensión de la sesión de audiencia prevista para ese mismo día, con fundamento en las mesas técnicas de trabajo que se venían adelantando desde el 19/09/2022 con la interventoría, la supervisión y el contratista, tendientes a garantizar la ejecución del contrato 1042 de 2020. Teniendo en cuenta lo anterior, se reprogramó la continuación de la audiencia para el día 26/09/2022, con el fin que el Despacho solicitara a la Supervisión y la interventoría su pronunciamiento al respecto.

A través de radicados números 222095141 y 22095417 del 20/09/2022, se solicitó a la supervisión y la interventoría informar la veracidad de las manifestaciones señaladas por el contratista con el radicado 221075527 y el estado en que se encuentran las presuntas mesas de trabajo.

Por correo electrónico y radicado 221077137 del 26/09/2022, la interventoría dio respuesta a la solicitud realizada con radicado 22095417, en el que entre otras cosas, indicó que estaban acompañado las mesas de trabajo técnicas, adelantadas los días 19 y 20 de septiembre de 2022, en las cuales se ha presentado el estado de avance del reporte de instalación de los centros digitales del grupo 3.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

INTERV2-DIRINFRA-00247-2022¹⁸ y la supervisión realizó su pronunciamiento respecto a los descargos presentados por Comcel, dándole traslado al contratista.

Sesión del 1/11/2022: En esta sesión, el despacho se pronunció de la solicitud efectuada por Comcel, minutos antes de continuar la audiencia, en la que por una parte indicó que a la fecha no se había incluido en el expediente el reporte indicado en el memorando de la supervisión con radicado número 222097269 y por otra, solicitó se aplazara la continuación de la audiencia. Este Despacho negó la solicitud.

Seguidamente, el apoderado de Comcel previo a realizar el pronunciamiento de las manifestaciones efectuadas tanto por la interventoría como por la supervisión de los descargos, indicó que en razón a la causal que dio lugar a que se aplazara la audiencia de conformidad con la solicitud efectuada por la entonces supervisión, era necesario el pronunciamiento del interventor frente al cumplimiento que había desarrollado el contratista en las mesas técnicas de trabajo que se estaban adelantando con corte al 31 de octubre de 2022, en tal sentido, manifestó el apoderado que en el expediente no constaba ese reporte, por lo que solicitó la suspensión de la audiencia hasta tanto la interventoría se pronunciara.

En virtud de lo anterior, este despacho, decidió suspender la continuación de la audiencia para continuarla el día 9 de noviembre de 2022, con el fin de tener un concepto de la interventoría y de la supervisión, atendiendo lo presentado por Comcel.

Sesión del 9/11/2022¹⁹: La interventoría efectuó su pronunciamiento respecto a la verificación efectuada de los planes de acción que se acordaron durante las mesas de trabajo realizadas con Comcel y la supervisión, a partir del 19/09/2022 con corte al 31 de octubre de 2022. Esta información fue trasladada al contratista presuntamente incumplido. De igual forma se advirtió que no se recibiría el pronunciamiento de la supervisión teniendo en cuenta que a la fecha no se contaba con designación de supervisión del contrato de aporte 1042 de 2020. Finalmente se suspendió la audiencia para continuarla el 16/11/2022.

Sesión del 16/11/2022: En desarrollo de esta diligencia en la lectura de las actuaciones realizadas con

Con radicado N.º 222097269 del 26 de septiembre de 2022 la supervisión dio respuesta al radicado 222095141, señalando que efectivamente se encontraban en curso mesas de trabajo de carácter técnico, llevadas a cabo entre Comcel, la interventoría Consorcio Superdigitales 2022 y la supervisión.

Finalmente señaló que *“de acuerdo con lo anterior referente a lo relacionado con el expediente No 19 – Grupo 3 se encuentran en proceso planes de acción con compromisos previstos hasta el 15 de octubre de 2022, los cuales una vez presentados los soportes por parte del Contratista se verificará lo pactado por parte de la Interventoría para continuar y determinar el estado de cumplimiento de la obligación fecha prevista de finalización de revisión de la información 31 de octubre de 2022”*.

Así las cosas, en razón a la solicitud efectuada por la supervisión, el despacho a través de la plataforma Teams reprogramó la continuación de la audiencia para el 01 de noviembre de 2022, con el fin de otorgar el tiempo requerido por quienes ejercen la vigilancia del contrato.

El día 01 de noviembre de 2022 a la 1:23 de la tarde, se recibió un correo electrónico desde el buzón de correo del Dr. Juan Pablo Vinueza, suscrito por el apoderado de COMCEL, radicado con el número 221088692, en donde por una parte, indicó que a la fecha no se había incluido en el expediente el reporte mencionado en el memorando de la supervisión con radicado número 222097269 y por otra, solicitó se aplazara la continuación de la audiencia. De esta solicitud se dio respuesta en la sesión de audiencia del 1-11-2022 y también con oficio N.º 222113699 del 3 de noviembre de 2022, reiterando lo dicho en la sesión de audiencia.

¹⁸ Actualización del informe de presunto incumplimiento del 06/06/2022

¹⁹ Actuaciones surtidas después de la sesión de audiencia del 9/11/2022

A través de comunicado con radicado 221090731 del 9/11/2022, se recibió de la interventoría el pronunciamiento efectuado en sesión de audiencia del 9/11/2022, información que fue trasladada a Comcel mediante correo electrónico del mismo día.

Con correo electrónico y radicado 221092759 del 16/11/2022 (9:45AM), Comcel solicitó el aplazamiento de la continuación de audiencia prevista para ese 16/11/2022, con fundamento en que era necesario analizar la información radicada por la interventoría a la supervisión el día 16/11/2022 a las 8:41 am con radicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022. Sobre el particular se dio respuesta en la sesión de audiencia programada para ese día, esto es el 16/11/2022.

A través de memorando 222117757 del 16/11/2022, la supervisión radicó el pronunciamiento respecto del estado de cumplimiento del contrato 1042 de 2022 como resultado de las mesas técnicas de trabajo adelantadas con la interventoría y Comcel, con corte al 31/10/2022

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

posterioridad a la sesión del 9/11/2022 se dio respuesta a la solicitud hecha por Comcel a las 9:45AM del 16/11/2022, relacionada con el aplazamiento de esa continuación de audiencia, con fundamento en que era necesario analizar la información radicada por la interventoría a la supervisión el día 16/11/2022 a las 8:41 am con radicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022. En tal sentido, luego de que la interventoría manifestara que en dicho comunicado había un punto adicional a lo ya dicho en sesión del 9/11/2022, la delegada decidió que Comcel efectuara su pronunciamiento integral en la próxima sesión de audiencia, con el fin de concederle tiempo para su revisión.

De igual forma, se recibió la intervención de la supervisión del estado de cumplimiento de las obligaciones presuntamente incumplidas y tasación de la multa, como resultado de las mesas técnicas de trabajo adelantadas con corte al 31/10/2022, información de la que se le corrió traslado a Comcel.

Finalmente se suspendió la audiencia fijando su continuación el día 18/11/2022.

Sesión del 18/11/2022: En esta fecha se recibió de manera integral la intervención de Comcel, esto es, lo dicho tanto por la interventoría como por la supervisión, sobre los descargos, así como de las mesas técnicas de trabajo, aportando anexos documentales.

Finalmente se suspendió la audiencia fijando su continuación el 25 de noviembre de 2022.

Sesión del 25/11/2022²⁰: La sesión de audiencia tuvo por objeto el pronunciamiento del Despacho frente a las pruebas solicitadas en desarrollo del procedimiento de las cuales se negaron la totalidad de los testimonios, así como algunos documentos solicitados y se incorporaron al expediente otros.

A continuación se hace una reseña de las pruebas solicitadas, decretadas y rechazadas en desarrollo del procedimiento.

Pruebas solicitadas

Comcel, en uso del derecho a la defensa solicitó que fueran decretadas las siguientes pruebas:

1. Sesión del 16/08/2022:

Se incorporarán en el expediente las pruebas documentales aportadas con los descargos, que corresponde a los siguientes documentos.

1. Comunicación CD-INTV-DIRINFRA-0142-21 de 16/07/2021
2. Comunicación con radicado MinTIC No. 211088261 del 28/10/2021
3. Documento remitido por la entidad contratante el 9/05/2022 mediante el cual citó a descargos por presunto incumplimiento de la Meta 10.
4. Ejemplar del formato de compromiso de los rectores asumido cuando se realizaron los estudios de campo de los sitios elegibles para la instalación de los centros digitales en los que los rectores asumieron el compromiso de “permitir el Acceso de los técnicos del contratista del proyecto, para realizar la instalación del Centro Digital”.
5. Comunicaciones remitidas en noviembre de 2021 a 1979 rectores de instituciones educativas.
6. Comunicaciones remitidas el 8/12/2021 a 2303 rectores de instituciones educativa.
7. Acta de la reunión de 3/12/2021, sostenida entre los equipos de Comcel S.A. y el Ministerio de Educación Nacional.
8. Comunicación con radicado CD-COMCEL-INTV-0434-22 del 25/01/2022.
9. Comunicaciones remitidas por Comcel S.A. al interventor y al supervisor del Contrato en las que remitió los

²⁰ El 29 de noviembre de 2022, se recibió de Comcel solicitud de aplazamiento por el término de 15 días de la continuación de la audiencia prevista para el día 30 de noviembre de 2022, con fundamento al acuerdo de transacción radicado ante la entidad. Sobre el particular el despacho se pronunció con radicado 222123630, aplazando la

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

soportes por el aliado encargado de hacer las instalaciones de los centros digitales que se encuentran en inmediaciones de La Mojana (Sucre), lo cuales incluyen imágenes, videos.

10. Comunicación con radicado No. 201078666 de 29/12/2020.
11. Comunicación con radicado No. 2120054549 del 30/01/2021.
12. Comunicación del día 12/11/2021 con radicado CD-COMCEL-INFRA-00229-21.
13. Comunicación con radicado No. CD-INTV-DIRINFRA-0401-22 de 5/01/2022.
14. Comunicación con radicado No. CDIG-DIRINFRA-INTERV-212-22 del 1/04/2022.
15. Comunicación con radicado MinTIC No. 221017299 de 28/02/2022.
16. Comunicación con radicado CD-INTV-COMCEL-0088-21 de 24/06/2021.

2. Sesión del 24/08/2022:

i) Incorporar en el expediente cinco pruebas documentales que corresponden a:

- 1) Comunicación de 23/08/2022 remitida por el proveedor Meltec en la que precisa las circunstancias que le han impedido proceder con la entrega de los equipos y señala las fechas de entrega.
- 2) Comunicación de 21/08/2022 remitida por el proveedor Ceragon en la que precisa las circunstancias que le han impedido proceder con la entrega de los equipos y señala las nuevas fechas de entrega.
- 3) Orden de Compra remitida a Meltec No. 4500487072.
- 4) Orden de Compra remitida a Ceragon No. 4500486749.
- 5) Contrato suscrito entre Comcel S.A. y Ceragon en el que se muestra el cronograma previsto para las entregas.

ii) Decretar y practicar los testimonios del señor Adolfo Acero Representante Legal de la sucursal en Colombia de Ceragon América Latina Ltda, la señora Adriana Marcela Correa Gutiérrez de Piñeres Gerente General MELTEC Comunicaciones S.A. representante de Meltec y el señor Pablo Trujillo Director de Compras de Comcel S.A.

3. Sesión del 18/11/2022:

En uso del derecho de contradicción, Comcel aportó documentos en 47 anexos para que fueran tenidas como pruebas documentales. De igual forma el apoderado reiteró las pruebas testimoniales solicitadas en sesión del 24/08/2022 y adicionalmente, solicitó los testimonios de la señora Lorena del Pilar Albarracín Sánchez jefe de logística de la sucursal en Colombia de Ceragon América Latina Ltda, el señor Jaime Orlando Galvis Forigua Director de Proyectos Especiales de MELTEC Comunicaciones S.A, el señor Humberto Enrique Cañon Mercado Director de Compras de Comcel S.A, el señor Álvaro Miguel Otero Dumar, Director de Implementación de COMCEL S.A, el Coronel Darío Díaz gerente de seguridad de Comcel S.A.

Las pruebas documentales son las siguientes, las cuales se identifican de acuerdo con el número de anexo que corresponde a cada una de ellas:

1. Comunicado CD-COMCEL-INTV-0284-21 de 12 de octubre de 2021 (radicado 211083374) remitido a la entidad contratante para solicitar la suspensión y/o modificación del cronograma del contrato, en el sentido de dividir la Meta 10 correspondiente a la instalación del grupo 2.
2. Comunicado CD-COMCEL-INTV-0288-21 de 27 de octubre de 2021 (radicado 211087769), dirigido a la interventoría, sobre la solicitud de modificación del cronograma del contrato, en el sentido de dividir la Meta 10 correspondiente a la instalación del grupo 2.
3. Comunicado CD-COMCEL-INTV-0310-21 de 11 de noviembre de 2021 (radicado 211092977) con destino a

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

la entidad, relativo a la solicitud de suspensión de las metas 7, 8 y 10.

4. Radicado 211095811 de 22 de noviembre de 2021, dirigido a la entidad, relativo al reitere de la solicitud de modificación de los plazos establecidos en la cláusula sexta a partir de la meta 7, incluyendo las metas 8, 10 y 12.

5. Comunicado CD-COMCEL-INTV-0372-21 de 21 de diciembre de 2021, remitido a la interventoría donde se actualizan los hechos en relación con la solicitud de división de la Meta 10 del grupo 2.

6. Comunicado CD-COMCEL-INTV-0434-22 de 25 de enero de 2022 (radicado 221005593), dirigido a la interventoría, solicitando por una parte, concepto en relación sobre la modificación de la cláusula sexta del contrato y por otra, los soportes para extender la entrega de la Meta 10.

7. Comunicado CD-COMCEL-INTV-0451-22 de 1 de febrero de 2022 (radicado 221007513) remitido a la interventoría, dando alcance al radicado 221005593.

8. Comunicado CD-COMCEL-INTV-0528-22 de 28 de febrero de 2022 (radicado 221017299), pronunciamiento de Comcel respecto al concepto de la interventoría sobre la modificación del cronograma establecido en la cláusula sexta.

9. Comunicado CD-COMCEL-INTV-0586-22 de 4 de abril de 2022 (radicado 221026944), con destino a la interventoría, sobre las circunstancias de fuerza mayor y de hechos de terceros que han dificultado la instalación de la Meta 10 del grupo 2.

10. Comunicado CD-COMCEL-INFRA-0287-22 de 27 de mayo de 2022, dirigido a la entidad y la interventoría, en donde se da respuesta al radicado No. CD-COMCEL-INTV-0523-22, en el que la interventoría manifestó que *“NO hay lugar al movimiento o desplazamiento del cronograma que pretende el Contratista”*. Se señalaron los hechos que afectaron la instalación del grupo 2 y los hechos ocurridos durante la instalación del grupo 3 respecto a la cadena de suministro de los equipos.

11. Contrato del suministro de equipos suscrito entre Meltec Comunicaciones S.A. y Comcel S.A, el 3 de marzo de 2021 y su anexo del cronograma de entregas.

12. Plan de instalaciones y puesta en servicio

13. Orden de Compra N.º 4500487072 remitida por Comcel S.A. a Meltec el día 14 de octubre de 2021.

14. Comunicación remitida por Meltec a Comcel el 8 febrero de 2022, en la que informó sobre el estado del envío del pedido.

15. Comunicación remitida por Meltec a Comcel el 16 de mayo de 2022, comunicación del fabricante Cambium Networks del 18 mayo de 2022, Comunicaciones de 6 y 19 de mayo de 2022, del operador logístico Magnum Logistics.

16. Comunicación de Meltec a Comcel del 26 de agosto de 2022, comunicación de 25 de agosto del operador logístico Magnum Logistics.

17. Contrato suscrito entre Ceragon America Latina Ltda Sucursal Colombia y Comcel S.A, suscrito el 3 de marzo de 2021, con el anexo correspondiente a su cronograma.

18. Orden de compra No. 4500486749 del 13/10/2022, remitida por Comcel S.A. a Ceragon y las OC 4500510868 del 31/01/2022 y 4500510869 del 31/01/2022 que la sustituyeron.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

19. 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.
20. Correo electrónico del 14/10/2021, mediante el cual Comcel S.A remitió a Ceragon la orden de compra No. 4500486749.
21. Orden de compra No. 20210710 remitida por Ceragon al fabricante Cambium Networks el 8 de octubre de 2022.
22. Orden de venta SCB02426 remitida por Cambium Networks el 15 de octubre de 2022
23. Carta del 8 de febrero de 2022, en la que el proveedor Ceragon manifestó a Comcel que en relación con los equipos ODU C050910A121A EPMP 3000L CBNWAI hubo demoras en la fabricación y el transporte, e indicó que la mayoría de estos equipos serían entregados entre abril y junio de 2022.
24. Comunicación de 27 de abril de 2022, en la que Ceragon informó a Comcel 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.
25. Comunicación de 27 de abril de 2022 remitida por el fabricante Cambium Networks a Comcel, en la que manifestó que los equipos ODUS Force 300y ePMP 3000L correspondientes a la orden 20210710, presentaban retrasos en su proceso de fabricación.
26. 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.
27. Ceragon remitió un reporte actualizado 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.
28. Comunicado de Ceragon del 21 de agosto de 2022 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.
29. Comunicación con radicado de 29 de agosto de 2022, en la que notificamos los eventos de fuerza mayor asociados con los problemas de orden público.
30. Documento en formato Excel que muestra el resumen de las afectaciones a la cadena de suministro.
31. Orden de Compra remitida por Meltec a Cambium Networks número SSB56284 de 5 de octubre de 2021.
32. Carta de embarque CEBVT22246668V en la que se incluyeron 18 unidades de equipos EPMP 3000L remitidas por el proveedor Meltec.
33. Comprobantes de recibo de las 18 unidades de equipos EPMP 3000L recibidas por Comcel S.A., el 21 de mayo de 2022.
34. Reporte del interventor con radicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 de 16 de noviembre de 2022 en el que indicó que 159 centros digitales tienen concepto favorable de afectación por fuerza mayor.
35. Carta remitida por Meltec el pasado 5 de septiembre de 2022, en la que hizo un recuento de las vicisitudes

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

asociadas a la orden de compra 4500487072 e indicó el estado de la misma.

36. Evaluación realizada por Comcel S.A. de los proveedores interesados en suministrar equipos para la ejecución del Contrato, en el marco del proceso de contratación desarrollado para tales fines.

37. Plan de ingeniería remitido por Comcel S.A. radicado mediante comunicado con radicado MinTIC No. 211021647 del 17 de marzo de 2021.

38. Concepto de aprobación del plan de ingeniería remitido por el interventor del contrato a Comcel mediante radicado CD-INTV-COMCEL-0035-21 del 24 de marzo de 2021.

39. 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.

40. Comunicación remitida por CAMBIUM de fecha 13 de septiembre de 2022 en la que manifestó la incompatibilidad de los equipos Cambium Networks

41. Documento PDF que contiene las reglas de participación del proceso de subasta convocado por Comcel del proyecto: BPM010634 - MinTIC 10k - enlaces no licenciados, del 21 de diciembre de 2021.

42. Comunicaciones del Consorcio Superdigitales 2022 con radicado CDIG-INTERV2-COMCEL-00363-2022 del 23 de septiembre de 2022 y CDIG-INTERV2-COMCEL-00473-2022 del 12 de octubre de 2022.

43. Tabla en Excel que muestra en detalle los centros digitales del grupo 3 que tienen pendiente la programación de visitas, por razones no atribuibles al contratista.

44. Evidencias de que 52 sitios adicionales a los reportados por el interventor se encuentran en funcionamiento.

45. Documentos con radicado N.º CD-COMCEL-INTV2-1476-22 de 16 de noviembre de 2022 y radicado CD-COMCEL-INTV2-1499-22 del 18 de noviembre de 2022, mediante el cual, Comcel procedió a subsanar las observaciones a la interventoría en relación con los hechos de fuerza mayor que aún permanecen y que imposibilitan la instalación en ciertos CD.

46. Comunicaciones con radicado CD-COMCEL-INTV2-1493-22 y CD-COMCEL-INTV2-1494-22 de 18 de noviembre de 2022 con el reporte de 13 centros digitales adicionales afectados con fuerza mayor.

47. 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 indicamos al interventor que se encuentra 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.

Pruebas decretadas

Este despacho por considerarlas pertinentes, útiles y conducentes para identificar las circunstancias que rodean los presuntos incumplimientos del contratista decretó las siguientes pruebas:

1. Sesión del 16/08/2022:

Se incorporaron en el expediente las pruebas documentales aportadas con los descargos por Comcel.

Se decretó prueba de oficio para que la supervisión y la interventoría se pronunciaran frente a todo lo señalado

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

en los descargos presentados por Comcel, así como de los documentos aportados.

2. Sesión del 25/11/2022:

Se incorporaron al expediente las siguientes comunicaciones que se identifican con el número de anexo aportado por el apoderado.

34. Reporte del interventor con radicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 de 16 de noviembre de 2022.

44. Evidencias relativas a que 52 sitios adicionales a los reportados por el interventor se encuentran en funcionamiento.

45. Documentos con radicado N.º CD-COMCEL-INTV2-1476-22 de 15 de noviembre de 2022 y radicado CD-COMCEL-INTV2-1499-22 del 18 de noviembre de 2022.

46. Comunicaciones con radicado CD-COMCEL-INTV2-1493-22 y CD-COMCEL-INTV2-1494-22 de 18 de noviembre de 2022 con el reporte de 13 centros digitales adicionales afectados con fuerza mayor

De igual forma, el Despacho incorporó al expediente los pronunciamientos efectuados por la interventoría y supervisión del estado de cumplimiento de las obligaciones presuntamente incumplidas, como resultado de la revisión realizada frente a las mesas técnicas de trabajo con corte al 31/10/2022.

Pruebas Practicadas

En desarrollo del procedimiento se practicaron las siguientes pruebas.

1. Sesión del 24/08/2022:

Se recibió el pronunciamiento de la interventoría de los descargos presentados por Comcel.

2. Sesión del 31/08/2022:

La interventoría realizó un breve resumen del concepto efectuado con el comunicado 221069135 del 26/08/2022, respecto a los puntos 1,3,4,5,6 y 7 de los descargos presentados por Comcel.

3. Sesión del 16/09/2022:

Se recibió el pronunciamiento de la supervisión de los descargos presentados por Comcel.

4. Sesión del 9/11/2022

La interventoría efectuó su intervención respecto del estado de cumplimiento de las obligaciones presuntamente incumplidas, como resultado de la revisión realizada frente a las mesas técnicas de trabajo con corte al 31/10/2022.

5. Sesión del 16/11/2022

La supervisión, realizó su pronunciamiento en relación con el estado de cumplimiento de las obligaciones presuntamente incumplidas, como resultado de la revisión hecha frente a las mesas técnicas de trabajo con corte al 31/10/2022.

Pruebas rechazadas

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

El despacho rechazó por impertinentes, inconducentes e inútiles en sesión de audiencia del 25/11/2022 las siguientes pruebas:

Respecto de las pruebas documentales aportadas por el apoderado de Comcel en sesiones del 24 de agosto y 18 de noviembre, de esta anualidad, el Despacho negó los documentos que se identifican con los anexos números 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43 y 47.

En cuanto a los testimonios solicitados que ya fueron referenciados líneas atrás, el Despacho negó su totalidad.

4. DESCARGOS PRESENTADOS.

4.1. De la cláusula décima tercera del contrato de aporte N.º 1042 de 2020 – multas.

El apoderado se refirió sobre la cláusula de multas y la tasación señalada en la citación como se explica a continuación:

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

El apoderado trae a colación lo señalado en la cláusula décima tercera del contrato, así como el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, para indicar que era contrario a derecho que la entidad pretendiera imponer multas respecto de obligaciones que no resultan exigibles o cuyo cumplimiento no ha sido posible y menos aun cuando los tiempos de la ejecución difieren de los establecidos en el contrato dados los desplazamientos en el cronograma, por razones ajenas a Comcel.

De la multa prevista en el numeral 2²¹ de la cláusula décima tercera.

Manifiesta Comcel que dicha multa no es procedente, resultando equivocada la interpretación que realiza la Entidad al pretender endilgarle a Comcel, una obligación que le corresponde cumplir al interventor, debido a que depende de la aprobación del interventor según la meta 13, para poder hacerse efectiva la meta 12.

Lo anterior teniendo en cuenta que, la obligación presuntamente incumplida es la correspondiente a la meta 12, es decir la de presentar el reporte de instalación de los centros digitales correspondientes al grupo 3, por lo que en el evento de que existiera mora en el cumplimiento de dicha obligación, de ninguna manera ello podría tener como consecuencia la aplicación de la multa prevista en el numeral 2 de la cláusula décima tercera, en tanto la misma no se refiere a la eventual mora en el reporte de instalación, sino a que la instalación no haya sido aprobada por el interventor en los términos establecidos en el contrato.

Se refirió a la importancia de la valoración de la conducta con la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, para el efecto indicó que no puede aplicarse una multa por una circunstancia ajena al control de Comcel, como es la aprobación de la instalación de los centros digitales por la interventoría, circunstancia que aún no es exigible de acuerdo con lo establecido en el contrato, por lo que, ante la ausencia de coincidencia entre la obligación presuntamente incumplida y la multa, no resultaba procedente su aplicación.

Finalmente señaló que de acuerdo con el artículo 1624 del Código Civil las disposiciones ambiguas deben interpretarse en favor del deudor y en contra de quien las redactó, para el efecto trajo a colación lo señalado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 18762 de 2011, refiriéndose en que para el caso en concreto, al no existir reglas especiales de interpretación, por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, debería darse aplicabilidad al artículo 1624, siendo que el contenido del contrato debía ser interpretado a favor de Comcel.

En sesión de audiencia del 18 de noviembre de 2022, el apoderado insistió en que dicha cláusula no permitía la aplicación de la multa, en razón a que como estaba redactada, la multa se tasaba en función de los sitios no

²¹ “2. FASE DE INSTALACIÓN Y PUESTA EN SERVICIO: 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”.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

aprobados por la interventoría y en tal sentido, era una Meta de cumplimiento del interventor y no del contratista presuntamente incumplido.

Adicionalmente indicó el apoderado, que Comcel ha estado en disposición de contribuir con la interventoría para el logro del cumplimiento de Meta 13 y para el efecto, aportaba como prueba un Excel que contenía los sitios del grupo 3 que tenían pendiente la programación de visitas.

De la multa prevista en el numeral 3²² de la cláusula décima tercera.

Comcel aduce que la obligación de mantener los sitios en funcionamiento era a partir del reporte de instalación de cada uno de los grupos, que para el caso en concreto correspondía al grupo 3, y no de cada centro digital como lo indicaba el interventor y el supervisor del contrato.

Al respecto trajo a colación lo señalado en el anexo técnico:

“El contratista se obliga a la apertura y funcionamiento de los Centros Digitales desde el reporte de cada uno de los grupos de instalación de los Centros Digitales y a permitir el uso del servicio de conectividad a Internet por parte de la comunidad; es decir el canal para acceder al servicio a Internet deberá estar habilitado para que la comunidad pueda hacer uso del servicio durante las 24 horas del día, los 7 días de la semana(…)”

En consecuencia, no consideraba aceptable que la Entidad le pretenda imponer una obligación que no se encuentra pactada contractualmente al exigírsele la apertura y funcionamiento de cada CD desde la fecha de cada reporte de instalación, cuando el contrato se refiere a que la obligación es exigible desde el reporte de instalación de cada grupo.

Frente a este descargo, el apoderado en su derecho de contradicción llevado a cabo en sesión de audiencia del 18 de noviembre de 2022 reiteró lo ya dicho en sus descargos e indicó que imponer una multa de la obligación prevista en el numeral 3 del anexo técnico, además de ser contrario a los principios de legalidad y tipicidad, trasgredía el derecho fundamental del debido proceso.

Indicó también que en el evento de llegarse a interponer una sanción se desconocería el principio de non bis in idem, en el entendido que de un solo presunto incumplimiento, esto es, el reporte de la instalación del grupo 3, la entidad pretendía imponer dos multas diferentes, es decir la multa establecida en el numeral 2 y 3 de la cláusula décima tercera.

Análisis de la Entidad.

Con miras a resolver los argumentos esbozados en torno a la cláusula décima tercera de multas, se hace necesario hacer una breve conceptualización de lo pactado en el contrato y de su alcance a la luz de la jurisprudencia.

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

²² “3. OTRAS OBLIGACIONES: Si el CONTRATISTA no diere cumplimiento en la oportunidad, calidad o pertinencia a obligaciones pactadas en el contrato y los documentos que hacen parte integral de este y que no se encuentren clasificadas dentro de las etapas de planeación e instalación, de acuerdo con la especificidad incluida en los numerales anteriores, el Fondo Único de TIC podrá imponerle multa desde 11 hasta 28 SMMLV por cada mes o fracción de incumplimiento. (...)”

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

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 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 jurisprudencia²³ 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. La 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

²³ 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 procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

previsto para el 31 de mayo de 2022, razón por la cual, tiene plena aplicación en esta investigación que se adelanta.

A partir de estas afirmaciones, este Despacho señala que en cuanto a lo relacionado con la improcedencia del numeral 2 de la cláusula décima tercera, que en los términos del apoderado es una obligación que le corresponde cumplir a la interventoría y no a Comcel, se aclara que en ningún momento la entidad ha realizado una interpretación equivocada frente a la tasación de la multa pues desde la sola lectura de la descripción de cada una de estas obligaciones señaladas en la cláusula sexta del contrato, se evidencia la responsabilidad del contratista y de la interventoría sin ningún tipo de equivocación.

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.

Igualmente, no puede 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 metas, 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.”*

De este mismo modo, si damos lectura a lo que se pactó el numeral 2 de la cláusula décima tercera, vemos que establece:

*“2. **FASE DE INSTALACIÓN Y PUESTA EN SERVICIO:** 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.”*

A partir de esto, resulta necesario indicarle a Comcel que para que se efectué el cumplimiento de la meta 12, el contratista a partir de la notificación a la interventoría de la instalación de los CD conforme a los requisitos del numeral 2.2.2.1 del anexo técnico, el interventor debe proceder a efectuar la verificación de estos soportes, a fin de poder emitir concepto favorable para que se considere que los centros digitales reportados como instalados y puestos en servicio, cumplieron con los lineamientos definidos en el anexo técnico del contrato de aporte. Pero es necesario y obligatorio que para que el interventor pueda hacer su trabajo, el contratista cumpla con los plazos de entrega.

Así las cosas, el referido numeral 2.2.2.1 indica:

2.2.2.1 NOTIFICACIÓN DE LA INSTALACIÓN DE LOS CENTROS DIGITALES POR PARTE DEL CONTRATISTA.

Una vez el contratista haya finalizado la instalación y puesta en servicio de los Centros Digitales, mediante comunicación escrita y en formato digital, cumpliendo los tiempos establecidos en el cronograma definido en el presente documento, informará a la Interventoría y a la Entidad Contratante lo siguiente:

1. Listado de los Centros Digitales que fueron instalados y puestos en servicio, con la información que los permita identificar como código DANE departamento, código DANE municipio, centro poblado, coordenadas (mínimo 5 decimales) y dirección o referencias para llegar al sitio, Nombre sede educativa, DANE sede educativa, datos del rector (para el caso de los Centros Digitales instalados en Sedes Educativas), entre otros.

2. Soporte de las pruebas de la Instalación, como mínimo deberá entregar los siguientes soportes:

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

- Al menos una (1) fotografía de las coordenadas geográficas de la ubicación del Centro Digital, arrojadas por el GPS;
- Al menos dos (2) fotografías que demuestre que los equipos del Centro Digital están instalados, tanto los del punto de acceso inalámbrico Wifi interior como exterior.
- Al menos una (1) fotografía en la cual los equipos de cómputo de la sede educativa estén conectados al punto de acceso inalámbrico Wifi interior del Centro Digital y que puedan acceder a Internet como por ejemplo fotografías de PING, fotografías de navegación (por ejemplo, página de un diario digital nacional, donde se evidencie la fecha), entre otras.
- Al menos una (1) fotografía en la cual un dispositivo móvil se vea conectado al punto de acceso inalámbrico exterior del Centro Digital.
- Al menos un (1) video omnidireccional (360 grados) del área cubierta por el punto de acceso inalámbrico Wifi interior del Centro Digital identificando el lugar donde está el AP. El video deberá tener una duración mínima de 30 segundos para mostrar la instalación por solución de acceso WiFi.
- Al menos un (1) video omnidireccional (360 grados) del área cubierta por el punto de acceso inalámbrico Wifi exterior del Centro Digital identificando el lugar donde están los AP, los lugares de importancia del sector y lugares de posibles interferencias. El video deberá tener una duración mínima de 30 segundos para mostrar la instalación por solución de acceso WiFi.
- Soportes donde se evidencie la socialización del proyecto a los Encargados de la Institución Pública y la comunidad aledaña a donde se instalará el Centro Digital.

3. Acta de instalación de los Centros Digitales, en instituciones educativas deberá estar suscrita por el técnico instalador y el rector o por un docente que se encuentre responsable de la sede educativa y para los Centros Digitales instalados en casos especiales establecidos en el listado de sitios a beneficiar, por el técnico instalador y la autoridad competente donde se encuentra instalado el Centro Digital. Dentro del acta se debe establecer el cargo de la persona que firma, número de teléfono de contacto y/o correo electrónico y fotocopia del documento de identificación. (...)

En tal sentido a la interventoría a partir de este reporte que efectúe el contratista, le corresponde realizar la revisión documental, que en todo caso, no garantiza que los centros digitales cumplan con los requisitos del contrato antes señalados.

Recordemos que uno de los hechos por los que se inició este procedimiento, correspondió a que del proceso de revisión y verificación de los reportes de instalación y puesta en servicio de los CD entregados por Comcel a la entonces interventoría, se constató que algunos de ellos se encontraban incompletos conforme lo previsto en el numeral 2.2.2.1 del anexo técnico y es así que la aplicación de la multa del numeral 2 se realiza a partir de este contexto, por lo que de ninguna manera prosperan los argumentos del apoderado, más aún cuando la misma cláusula es clara al expresar **“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”**. Ahora, el cálculo de la multa corresponde a la cantidad de centros digitales cuya instalación no haya sido aprobada por la interventoría del reporte efectuado por el contratista, es así que en la citación a descargos, se desarrolló el paso a paso del cálculo de la multa obteniendo como resultado la suma de \$ 2.299.000.000, valor que para la firma de este acto administrativo se actualizará en razón a los meses o fracción del retardo del cumplimiento de la meta. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En definitiva, la interpretación de Comcel carece de sustento debido a 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. En suma, puede observarse cómo la defensa del contratista presuntamente incumplido es a toda luz contraria a lo pactado contractualmente, pues en sesión del 18 de noviembre de 2022 el apoderado aportó como prueba un Excel contentivo de los sitios del grupo 3 que tenían pendiente la programación de **visitas**, correspondiendo dichas visitas a otra meta del proceso que en estos

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

momentos no se investiga, situación que conllevó al rechazo de plano de tal solicitud de prueba documental. (Negrilla y subrayado fuera de texto). Es que este tipo de conductas son las que reprocha este Despacho, pues se advierte un ánimo dilatorio y poco serio al presentar documentos que nada tienen que ver con el proceso.

Por otra parte, respecto a la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales que según el apoderado en este caso no se tuvieron en cuenta, este Despacho manifiesta lo siguiente:

Frente a estos principios en el derecho administrativo sancionatorio la Corte Constitucional²⁴ ha señalado:

“Por su parte, el principio de tipicidad, que se desprende del principio de legalidad, “hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión” (...). Así, el principio de tipicidad se predica tanto de la conducta que se reprocha como de las consecuencias de incurrir en ella (...).”

Atendiendo los parámetros establecidos por la citada jurisprudencia, para el caso específico se tiene que en la citación que dio origen al presente procedimiento, este Despacho:

- i) Señaló los hechos directamente vinculados con los presuntos incumplimientos.
- ii) Relacionó las obligaciones contractuales presuntamente incumplidas.
- iii) Indicó las consecuencias que daría origen a los presuntos incumplimientos, con la respectiva tasación de la multa.
- iv) Mencionó y adjuntó cada uno de los documentos que se pretenden hacer valer como material probatorio para los presuntos incumplimientos.
- v) Remitió la citación al contratista el día 30 de junio de 2022 e instaló la audiencia el día 16 de agosto de 2022, por lo que Comcel dispuso de suficiente tiempo para conocer con anterioridad los cargos que se endilgan y preparar su defensa.

Así las cosas, en desarrollo de las motivaciones expuestas anteriormente sin duda alguna la entidad, efectuó una debida aplicabilidad de los principios de legalidad y tipicidad, por lo que no es dable lo que afirma el apoderado, que existe una ausencia de coincidencia entre la obligación presuntamente incumplida y la multa, pues como ya se explicó, las metas son de ejecución plena del contrato de aporte y su contratista y no hay actividad alguna en el reporte de la instalación del grupo 3 que se vea afectada por ser de ejecución de la interventoría, siempre que Comcel, hubiere cumplido con sus obligaciones suscritas en los términos definidos para ello.

Vinculado a esto, para pasar a pronunciarme de la supuesta indebida aplicabilidad del numeral 3 de la referida cláusula décima primera, es pertinente traer a colación lo que establece así:

“3. OTRAS OBLIGACIONES: Si el CONTRATISTA no diere cumplimiento en la oportunidad, calidad o pertinencia a obligaciones pactadas en el contrato y los documentos que hacen parte integral de este y que no se encuentren clasificadas dentro de las etapas de planeación e instalación, de acuerdo con la especificidad incluida en los numerales anteriores, el Fondo Único de TIC podrá imponerle multa desde 11 hasta 28 SMMLV por cada mes o fracción de incumplimiento. (...).”

Dentro de este marco, lo primero que hay que decir es que desde el 31 de mayo de 2022, el contratista no está cumpliendo con la prestación del servicio de internet a la comunidad, en atención a que tal y como fue indicado en los hechos de la citación que dio origen a esta investigación, el Sistema de Gestión de Comcel, evidenció 301

²⁴ Sentencia C- 094/21. Referencia: Expediente D-13709, Magistrada Ponente: Paola Andrea Meneses Mosquera. Fecha: 15 de abril de 2021.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

CD en estado “OFFLINE”, en síntesis, esto significa que a la fecha 31 de mayo de 2022 Comcel debió entregar la instalación de 3.034 CD y solo se presentaron 735, en donde a fecha 03 de junio de 2022 únicamente la interventoría había aprobado 693 CD. Así las cosas, 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.

A la firma de este acto administrativo y de acuerdo con la actualización efectuada por la interventoría en sesión de audiencia del 9 de noviembre de 2022, avalada por la supervisión en sesión del 16 de noviembre de esta vigencia, respecto a la apertura y funcionamiento de los 301 centros digitales que se encontraban fuera de servicio, 156 CD se encuentran en servicio y el restante esto es, 145 están fuera de servicio. En dicho pronunciamiento también señaló la interventoría que *“frente a esta obligación pues no hemos recibido reportes como tal del contratista para la subsanación o para el justificar o argumentar eventos de fuerza mayor que impidan que los centros digitales estén fuera de servicio”(SIC).*

Ante todo se reitera que era obligación de Comcel S.A, entregar a 31 de mayo de 2022 la totalidad de los CD, equivalentes a 3.034, empero, al entregar solo una fracción aprobada por la interventoría²⁵ esto es 2.384 CD, para efectos de dar aplicabilidad del citado numeral 3 de la cláusula décimo tercera del contrato, el interventor constató que existía 145 CD fuera de servicio. Es así como estos 145 CD, al no encontrarse en funcionamiento como lo estipula la obligación, persiste el presunto incumplimiento a razón de que, el contratista debe tener habilitado el centro digital para que la comunidad pueda hacer uso del servicio durante las 24 horas del día, los 7 días a la semana. Efectuadas estas explicaciones, se deja en evidencia que se sigue equivocando el apoderado con la interpretación errónea que le está efectuando a las cláusulas contractuales.

Aunado a lo anterior, señala este Despacho que contrario a las manifestaciones del apoderado que fueron reiteradas en sesión de audiencia del 18 de noviembre de 2022, este ministerio en nada quebrantó los principios de legalidad y tipicidad como ya fue explicado en líneas anteriores, lo que implica que tampoco se le ha trasgredido el derecho fundamental del debido proceso y aquí se hace necesario hacer una breve conceptualización de su contenido y alcance a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

Como punto de partida, es patente para este Despacho que la garantía al debido proceso, consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, orienta todas las actuaciones administrativas, siendo así, en tanto la potestad sancionadora en un Estado de Derecho se encuentra necesariamente sometida al principio de legalidad. Es por ello que el debido proceso se enmarca dentro del contexto que en últimas busca garantizar la correcta expedición de los actos administrativos, razón por la cual comprende: *“todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”*²⁶

De esta manera, en virtud del debido proceso administrativo, el contratista contra quien se adelanta esta clase de procedimiento cuenta con las siguientes garantías:

²⁵ De conformidad con el pronunciamiento efectuado en sesión de audiencia del 9 de noviembre de 2022.

²⁶ Corte constitucional, T-957 del 16 de diciembre de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

“[...] el debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [vii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas”²⁷.

Bajo estos lineamientos se concluye que i) en este trámite se han cumplido cada uno de los requisitos y etapas definidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es así que desde la citación remitida al contratista el día 30 de junio de 2022 se indicaron en detalle los hechos, obligaciones presuntamente incumplidas, las consecuencias y la tasación de la multa, así como las pruebas y ii) el procedimiento se ha surtido en función de la garantía del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de contradicción y en virtud de lo mismo se han adelantado 9 sesiones de audiencia los días 16/08/2022, 24/08/2022, 31/08/2022, 16/09/2022, 01/11/2022, 09/11/2022, 16/11/2022, 18/11/2022 y 25/11/2022, por lo que, en nada este procedimiento infringió los principios de legalidad, tipicidad y mucho menos el del debido proceso.

Por último, en cuanto a los argumentos del apoderado relativos a que al hacer efectiva la cláusula de multas se desconocería el principio de non bis in idem, en razón a que de un solo presunto incumplimiento, esto es, el reporte de la instalación del grupo 3, la entidad pretendía imponer dos multas diferentes, llama la atención de este Despacho tal situación ajena a la realidad, pues en el pliego de cargos la entidad fue clara en señalar las obligaciones presuntamente incumplidas así:

2. De las cláusulas presuntamente incumplidas

De acuerdo con el informe de presunto incumplimiento presentado por la interventoría, lo establecido en el contrato de aporte y los documentos que hacen parte integral del mismo, Comcel estaría presuntamente infringiendo las siguientes cláusulas:

2.1. Cláusula sexta (plazo de ejecución) del contrato de aporte.

2.2. Inciso 4 del numeral 3 (cronograma de ejecución) del anexo técnico del contrato de aporte.

Así las cosas, respecto al principio non bis in idem el artículo 29 de la Constitución Política establece:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, **y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.***

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En consecuencia, de acuerdo con la norma citada, este principio constituye la aplicación de la cosa juzgada,

²⁷ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Ob. cit. Pp. 80 a 82.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

aplicable a los campos de las sanciones penales y administrativas. La jurisprudencia ha señalado que la finalidad de este principio es *“La finalidad última de este principio consiste en evitar que los mismos hechos o conductas disciplinables, que han sido objeto de controversia y decisión en un proceso de esta naturaleza, posteriormente vuelvan a serlo en otro de igual carácter”*²⁸.

En desarrollo de este derecho fundamental al debido proceso materializado en no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, el cual es desarrollo de otros principios constitucionales de tipo procesal y sustancial como la cosa juzgada y la seguridad jurídica, la Corte Constitucional en su Sentencia C870 de 2002, MP Manuel José Cepeda ha señalado:

“En concordancia con lo anterior, la aplicación del principio non bis in ídem no está restringida al derecho penal, sino, como lo ha dicho esta Corporación, “se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)”. En resumen, el principio analizado hace parte de las garantías a las que tiene derecho el sindicado, en sentido amplio, por procesos disciplinarios. Así, una persona no puede ser juzgada disciplinariamente dos veces por los mismos hechos contrarios al régimen disciplinario. Empero, la Corte ha considerado que una misma persona puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos cuando la jurisdicción es diferente dado que tales hechos son calificados como infracciones diversas por regímenes sancionadores distintos. Hasta la fecha, no ha declarado inexecutable una norma por permitir que ello ocurra. (...)”

La función de este derecho, conocido como el principio non bis in ídem, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, este principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada, sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea “juzgado dos veces por el mismo hecho. (...)”

El principio non bis in ídem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción”

Partiendo de lo precedente se observa que en materia sancionatoria contractual también es aplicable la figura del non bis in ídem, en pro del respeto de los derechos fundamentales, en especial al debido proceso. De acuerdo con lo anterior, en el presente caso, este ministerio no está en ningún momento desconociendo este principio, pues como ya se ilustró, 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.

Bajo este contexto el argumento de Comcel no está llamado a prosperar.

4.2. De las situaciones ajenas a Comcel que se han presentado durante la ejecución del contrato 1042 de 2020.

Aquí indicó el apoderado en sus descargos, que las multas no resultaban aplicables a Comcel con los cronogramas pactados en el contrato en razón a que no contemplaban los cambios necesarios por los eventos de fuerza mayor y los hechos de terceros ocurridos durante la ejecución del contrato que impedían el cumplimiento de las obligaciones. Todo lo anterior, para referenciar el apoderado sobre las solicitudes que remitió a la entidad y que

²⁸ Sentencia C – 1076/02, referencia: expedientes D-3954 y D-3955, Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

de conformidad con los numerales 5²⁹ y 6³⁰ de la cláusula vigésimo primera establecían las obligaciones a cargo del supervisor. Adicionalmente indicó que en tal sentido al supervisor le correspondía aprobar la suspensión de las metas contractuales.

En uso del derecho de contradicción, señaló el apoderado que de acuerdo con el numeral 1 de artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, era clara la presunción de inocencia de Comcel, teniendo en cuenta que en las actuaciones administrativas de carácter sancionatorio, la entidad debía demostrar por una parte, que el contratista era el titular de la obligación posiblemente incumplida y por otra, que la inejecución de esta es imputable al contratista, reiteró que de no ser así se estaría quebrantando el derecho del debido proceso.

Como complemento manifestó que en virtud de este principio de presunción de inocencia le atribuía al ministerio, la carga de acreditar *“los elementos de la responsabilidad, incluyendo el hecho generador (el incumplimiento de la obligación contractual), y la imputabilidad del mismo al contratista, a título de dolo o culpa”*. El apoderado como fundamento, trajo a colación algunas jurisprudencias³¹ de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Lo anterior, en palabras del apoderado, obedece a que ni en la citación, ni en los informes de presunto incumplimiento reportados por el supervisor y el interventor se había referenciado la imputabilidad de Comcel a título de dolo y culpa.

4.2.1. “Los eventos de fuerza mayor reconocidos por el interventor del Contrato”

Como fundamentos manifestó el apoderado lo siguiente:

- Que Comcel desde abril de 2021 había informado los eventos de fuerza mayor que han afectado la ejecución del contrato en cada una de sus metas, lo que generaría la afectación del cronograma, que en consecuencia, el anterior interventor mediante comunicación CD-INTV- DIRINFRA-0142-21 de 16 de julio de 2021, consideró procedente la suspensión de la Meta 7, no obstante, Comcel no había recibido información de la entidad sobre la forma en que se instrumentalizarían las consecuencias de los hechos de fuerza mayor para la ejecución de las metas restantes del contrato, ya sea a través de la suscripción de un acta de suspensión o una modificación del contrato.
- Aduce Comcel que existieron eventos de fuerza mayor dentro del grupo 2 que están debidamente soportados y acreditados ante la supervisión y la interventoría Consorcio PE2020 C Digitales, por lo anterior, existe un desplazamiento de las metas que debe tenerse en cuenta para el presente caso en específico.

Argumenta Comcel que en aplicación de los principios de buena fe y confianza legítima, ha entendido que las partes estaban de acuerdo con el desplazamiento de las metas en razón a los hechos de fuerza mayor, lo que impactaría tanto aquellas metas que se encontraban en ejecución como aquellas pendientes de ejecutarse.

En sesión del 18 de noviembre de 2022, el apoderado fue enfático en reiterar lo dicho en su defensa y en la obligación de la entidad en pronunciarse sobre la ocurrencia de los eventos de fuerza mayor conforme a lo establecido en la cláusula vigesimosexta del contrato de aporte. En este punto, el apoderado se refirió a las comunicaciones con las que ha solicitado a la entidad la suspensión o modificación del contrato, sin recibir respuesta por lo que según dice el apoderado, no se le puede atribuir las consecuencias de la no suscripción de los modificatorios del contrato a Comcel.

²⁹ “5. Solicitar la suscripción de prórrogas o modificaciones contractuales, previa la debida y detallada sustentación”.

³⁰ “6. Estudiar las situaciones particulares e imprevistas que se presenten en desarrollo del contrato, conceptualizando sobre su desarrollo general; (...)”

³¹ Corte Constitucional en Sentencia C-248 de 2013, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010), radicación: 25000232600019940022501 (16367), Sentencia 2001-02407 de 05 de diciembre de 2016.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Análisis de la entidad.

Para una mayor ilustración, a continuación se indican algunas manifestaciones que sobre los eventos de fuerza mayor ha dicho el Consejo de Estado³²:

“(…) lo que puede exonerarla es la demostración de una <<fuerza mayor>> entendida como una circunstancia ajena a la actividad de la entidad demandada a la cual pueda imputársele de manera exclusiva y determinante la causación del daño”

En línea con lo anterior, en sentencia del 30 de julio de 2021³³, el Consejo de Estado se refirió sobre los elementos para que se configure la fuerza mayor:

“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 demandada³⁴”.

Según el Consejo de Estado, es imprevisible *“aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que, no obstante, la diligencia y cuidado que ese tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”³⁵* Por su parte, *“la irresistibilidad consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o llevarla a cabo”³⁶*

Con el fin de enmarcar claramente la fuerza mayor y diferenciarla del caso fortuito, indica el Consejo de Estado que *“En lo relativo a la fuerza mayor “vis maior” o el caso fortuito “casus fortuitus” y conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil, subrogado a su vez por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, pueden ser definidos como todo suceso o acontecimiento extraño a las partes, imprevisible e inevitable que determina la imposibilidad de ejecutar las prestaciones a cargo del deudor en detrimento de la satisfacción de los intereses del acreedor”³⁷* así mismo establece que *“Ahora, si bien al interior de nuestro ordenamiento jurídico no se estableció una distinción entre uno y otro fenómeno, se ha entendido que cuando se hace referencia a la fuerza mayor “vis maior” el acontecimiento que constituye la causa extraña es totalmente ajeno a las actividades del deudor y que por el contrario cuando se hace referencia al caso fortuito “casus fortuitus” la ocurrencia del suceso se da dentro del ejercicio de las actividades de éste”³⁸*.

Téngase presente que los tratadistas han entendido en el mismo sentido la fuerza mayor al considerarla como un *“acontecimiento cognoscible, imprevisible, que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”³⁹*. Ello corresponde con la norma incluida en el Código Civil colombiano, la cual indica que *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el*

³² Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera subsección B, Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz, de fecha 11 de octubre de 2021.

³³ Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A, consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado número: 08001-23-33-004-2013-00208-01(59287).

³⁴ “Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2021, expediente 50.791, M.P. María Adriana Marín. y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente número 19.067, C.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

³⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2020, Expediente 16.530. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez

³⁶ Ibidem

³⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2017. Expediente No. 54614. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁸ Ibidem

³⁹ Rodríguez, J.L.C. (1999) Derecho de Daños, editorial bosch, 2a. edición 1999, p. 85

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.

De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, se deduce claramente 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. En otras palabras, 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.)

Bajo este contexto jurisprudencial, este Despacho indica que en cuanto a las afirmaciones realizadas por el apoderado respecto de los eventos de fuerza mayor reconocidos por la interventoría en diferentes circunstancias tales como las relacionadas con la Meta 7 y el grupo 2, aclara este Despacho 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”*.

Ahora bien, frente a las manifestaciones efectuadas por el apoderado en la sesión de audiencia del 18 de noviembre de 2022, concordante con la solicitud de prueba decretada en sesión del 25 de noviembre de esta vigencia, relativa al anexo N.º 34 identificado con comunicado N.º CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 y radicado 221092691 de 16 de noviembre de 2022, este Despacho señala que una vez llevada a cabo la revisión y valoración de dicho documento, se evidencia que corresponde al concepto favorable de reconocimiento de 159 CD por afectación de fuerza mayor. En dicho pronunciamiento, el Director General de la interventoría muestra el detalle de las circunstancias presentadas por el contratista que han dificultado el cumplimiento de las obligaciones y es así como en el marco de su deber de vigilancia del contrato de aporte especialmente de lo establecido en la cláusula Vigésima Sexta del contrato No. 1042 de 2020, el interventor emitió su concepto.

La precitada cláusula establece frente a los eventos de fuerza mayor lo siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO: La ejecución de las obligaciones a cargo del Contratista podrá suspenderse únicamente en los siguientes casos: (a) Ante la ocurrencia de un evento constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, y (b) Por mutuo acuerdo entre las partes.

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.

Para todos los efectos, en los casos del literal “a. fuerza mayor o caso fortuito”, el Fondo Único de TIC no podrá pronunciarse sin que exista una razón justificada y conceptuada previamente por la Interventoría. Para este caso, la suspensión se entenderá desde la fecha de acaecimiento del evento a que ésta se refiera.

Para todos los efectos, en los casos del literal “b. Mutuo acuerdo entre las partes”, se entenderá como fecha de inicio de la suspensión, la acordada entre las partes, en el documento que se suscriba.

En todo caso, las pruebas allegadas por el contratista en su solicitud deberán consultar las reglas previstas en la normatividad vigente, especialmente en lo que hace referencia a la conducencia, pertinencia y utilidad de estas.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A . Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.° 1042 de 2020. Expediente N.° 19 de 2022”

De igual forma, en el caso de que la (s) obligación (es) suspendida (s) afecten de alguna forma las condiciones para desembolsos y/o utilizaciones pactadas en el contrato, el Fondo Único de TIC podrá realizar los ajustes necesarios, de tal suerte que se puedan aprobar utilizaciones y/o desembolsos parciales o proporcionales según lo estime conveniente. Esa decisión y su regulación, deberá ser incluida, de manera justificada en el acta de suspensión que reconozca el evento.

De manera general, las condiciones de la suspensión serán definidas por el Fondo Único de TIC, en el Documento de aprobación de esta o en el acta de suspensión, según sea el caso”.

Bajo lo expuesto, este Despacho encuentra un eximente de responsabilidad por parte de Comcel, en cuanto a los sucesos de los eventos de fuerza mayor que han generado retraso en las actividades de instalación y puesta en servicio de 159 CD que conforman la meta 12, relativos a la ola invernal en los que hace parte el municipio de la Mojana en Sucre y orden público. A continuación, se detalla el consolidado de los eventos de fuerza mayor con concepto favorable emitido por la interventoría.

Grupo	Motivo EFM	Cantidad CD	Concepto interventor
3	Ola Invernal - Cesar	4	Favorable
3	Ola Invernal - Córdoba	3	Favorable
3	Ola Invernal - La Guajira	10	Favorable
3	Ola Invernal - Sucre	32	Favorable
3	Ola Invernal - Tolima	1	Favorable
3	Orden Público	80	Favorable
3	Remodelación	1	Favorable
3	Sede Cerrada	10	Favorable
3	Solicitud de cambio	18	Favorable
Total		159	

Por otra parte, respecto a lo señalado por el apoderado, en el sentido que era clara la presunción de inocencia de Comcel, pues ni en la citación, ni en los informes reportados por la interventoría y supervisión, se había referenciado la imputabilidad de Comcel a título de dolo y culpa. Este argumento no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

1. Sea lo primero advertir que dado que la actuación administrativa sancionatoria deviene justamente del ius puniendi, es claro que el punto de partida de esta corresponde al artículo 29 de la constitución política, según el cual, toda persona “se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable.” Lo anterior, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el numeral 1 del artículo 3 del C.P.A.C.A. Sobre la presunción de inocencia el Consejo de Estado, mediante sentencia 18394 del 17 de marzo de 2010 ha señalado:

“(…) 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

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

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).

Sobre el particular, en sentencia del Consejo de Estado N° 20279 del 25 de julio de 2011, también se dijo:

“(…) no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo, para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la preexistencia de la falta y la sanción, pero en las no sancionatorias carece de espacio. Lo mismo aplica para el derecho a la presunción de inocencia, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan de ellos.” (subrayado fuera de texto).

Marco normativo y jurisprudencial que conlleva necesariamente a afirmar sin lugar a discusión que en el desarrollo de la actuación administrativa sancionatoria en contra de Comcel S.A, la entidad ha garantizado los elementos propios de un proceso imparcial, poniendo de presente lo siguiente:

- i) El procedimiento se ha llevado a cabo bajo una disposición normativa existente con relación al posible incumplimiento contractual.
- ii) No ha sido juzgado, sino conforme con las sanciones consagradas previamente en la Ley
- iii) Se ha adelantado el proceso con apego al procedimiento y las formas propias para cada actuación señaladas en la ley y ante la autoridad administrativa competente.
- iv) Se presume la inocencia y buen fe del contratista respecto de los incumplimientos que se le atribuye.
- v) No se ha juzgado dos veces por el mismo hecho
- vi) Se le ha permitido controvertir las pruebas aducidas en su contra, no obstante la buena fe 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 decretado, pues tal solicitud en lugar de garantizar un derecho violaría los fines de la administración pública.

2. Por otro lado, el incumplimiento de obligaciones surgidas del contrato nos ubica en un típico caso de responsabilidad contractual, regido fundamentalmente por el derecho común. Al efecto debe recordarse que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido esencialmente en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, en lo relativo a la ejecución y desarrollo del contrato no efectuó una regulación completa sino que legisló sobre unas materias concretas y remitió al derecho común en lo pertinente. De ahí que el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, señale:

“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

2. El artículo 28 de la Ley 80 de 1993, expresamente enseña que el contrato estatal es conmutativo. Según el artículo 1498 C.C., el contrato oneroso⁴⁰, es conmutativo *“cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.*

La doctrina especializada explica las condiciones que con base en la norma citada, se exigen para predicar de una contrato su condición de conmutativo, a saber:

“a) que sea oneroso o útil para todas las partes que en él intervienen; b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto, y c) que produzca prestaciones que “se miren como equivalentes” entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del

⁴⁰ El artículo 1497 dice que es oneroso, y el estatal lo es, *“cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.*

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

contrato...”⁴¹

3. El Consejo de Estado, en la Sala de lo contencioso administrativo, en sentencia con radicado N. 36912 del 9 de mayo de 2011⁴² expresa que el contrato de aporte posee unas características esenciales:

“i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro”.

4. El contrato que ocupa nuestra atención, vale decir el número 1042 de 2020, es conmutativo por cuanto Comcel S.A asumió prestar el servicio de internet bajo las condiciones establecidas en el anexo técnico, a cambio de una remuneración por parte del ministerio en favor del contratista, es así como el beneficio mutuo para las dos partes es apreciada y evidente desde la celebración del contrato.

Al tratarse claramente de un contrato conmutativo, en el marco del postulado de diligencia que recoge el artículo 1604 del C.C., las partes del contrato, salvo pacto en contrario, responden, incluso, por la culpa leve. Tal disposición expone lo siguiente:

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

A su vez el artículo 63 de esa codificación define la culpa leve como un “descuido leve, descuido ligero” o sea la “falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

En cambio la culpa grave o culpa lata “es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”, consistiendo el dolo “en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Por su parte, el autor Claro Solar enseña sobre la culpa lo que se transcribe a continuación: “La prestación de la culpa exige del deudor el empleo de la diligencia y cuidado correspondiente; y como la obligación debe ser

⁴¹ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. TEMIS. 1987. Página 66.

⁴² Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

ejecutada en los términos indicados en el contrato. Si el deudor no le ha dado cumplimiento, debe suponerse culpable de no haber empleado esa diligencia y cuidado(...)

En general, desde que hay inejecución de su obligación, el deudor deberá reparar el perjuicio causado al acreedor, a menos que pueda demostrar que esa inejecución no procede de culpa suya...

(...)el deudor deberá, por lo mismo, probar que ha empleado en la ejecución del contrato la diligencia y cuidado a que estaba obligado... Según, esto 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: es a éste al que corresponde establecer que no ha tenido culpa en ello, o sea que ha empleado de su parte el cuidado y diligencia a que estaba obligado”⁴³.

Bajo esta óptica, al ser el contrato de aporte 1042 de 2020, conmutativo y no existir en su texto ni en el pliego de condiciones una estipulación en contrario, Comcel S.A como deudor de las obligaciones que surgen del contrato, incluyendo las que dan lugar al proceso de incumplimiento esto es el reporte de la instalación y puesta en servicio del grupo 3 de la meta 12 y la apertura y funcionamiento de estos CD, responde por la culpa leve. Lo anterior, da cuenta que no se está transgrediendo el principio de presunción de inocencia ni mucho menos el debido proceso, por no haber referenciado en la citación la imputabilidad de Comcel, pues tal y como se explicó en todo caso, del análisis efectuado queda demostrado la responsabilidad de Comcel a título de culpa leve.

Teniendo en cuenta lo expuesto los argumentos del apoderado son parcialmente de recibo.

4.2.2. “Otros hechos no atribuibles al contratista que no han sido reconocidos por el interventor del Contrato.”

“La falta de colaboración de los rectores”.

Como argumento Comcel se refirió a la comunicación del 27 de octubre de 2021 en la que el contratista solicitó a la entidad la división de la meta 10 y de la cual había recibido concepto de aprobación de la interventoría y del ministerio. Indicó que había informado *“que aunque desarrollaría todas las actividades de debida diligencia que estuvieran a su alcance para finalizar las instalaciones del grupo 2 el 30 de diciembre de 2021, el hecho de que se tuvieran que realizar instalaciones durante el periodo de vacaciones escolares podría generar traumatismos fuera del alcance de Comcel”.*

Situación que se había presentado toda vez que, los representantes de las instituciones educativas no permitieron el acceso a las mismas durante el periodo de vacaciones en diciembre de 2021 y parte de enero de 2022, lo cual no era atribuible al contratista, si no que se trataba de un incumplimiento de los rectores a los compromisos asumidos cuando se efectuaron los estudios de campo.

Manifiesta el apoderado que el incumplimiento de los rectores era un hecho imprevisible, que de ninguna manera Comcel podía anticipar los hechos que supuestamente le impidieron efectuar la instalación de los CD de los grupos 1 A , 1 B y 2, en los plazos establecidos contractualmente, por lo que se había visto obligado a efectuar instalaciones durante los meses de noviembre y diciembre de 2021.

Por último, se refirió en que había acudido al Ministerio de Educación para confirmar si se podía contar con los oficios de dicha entidad para lograr que los rectores dieran cumplimiento a los compromisos, situación de la cual se había recibido respuesta en reunión del 3 de diciembre de 2021, en el sentido de que obtener apoyo de los rectores en periodo de vacaciones era complicado toda vez que era un derecho adquirido.

En sesión del 18 de noviembre de 2022, el apoderado adicionó sus descargos indicando que si bien las vacaciones de los colegios podría examinarse como un hecho previsible, era importante tener en cuenta que la prolongación del tiempo de instalación hasta el periodo de vacaciones de fin de año 2021 e inicio del año 2022, correspondía a

⁴³ CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen V. De las Obligaciones. Editorial TEMIS. 1992. Páginas 523 a 525.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

circunstancias que habían sido aprobadas por la interventoría y la supervisión.

Análisis de la entidad.

En cuanto a las afirmaciones realizadas por el apoderado, este Despacho pasa a pronunciarse así:

1. 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 realizara una valoración sobre estas, habida cuenta que corresponden a circunstancias distintas a las que se investigan en este procedimiento sancionatorio.
2. 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.

Aquí se hace necesario traer a colación el numeral 2.1.1.4 Estudios de Campo del anexo técnico del contrato de aporte en el que se pactó el compromiso de dichas instituciones.

“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.”

3. 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 durante los meses de noviembre y diciembre de 2021, pues se le reitera al contratista que los grupos son totalmente independientes.
4. Respecto a las 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, si bien, demuestran el compromiso de Comcel, pero en nada esto puede catalogarse como un evento de fuerza mayor, habida consideración como ya se dijo, era de público conocimiento la entrada de vacaciones por parte de las instituciones educativas y por ende las múltiples consecuencias que esta coyuntura implicaba.
5. En cuanto al eximente de responsabilidad que aduce Comcel, se informa que no reposa en el expediente documento alguno en el que la interventoría en cumplimiento de la cláusula Vigésima Sexta del contrato No. 1042 de 2020, haya emitido concepto de viabilidad o razón justificada frente a estos eventos de fuerza mayor.

Por todo lo anterior, este Despacho desestima el descargo presentado por Comcel.

Respecto de **“Las situaciones ambientales que ha afectado las zonas aledañas al municipio de La Mojana en Sucre”**.

Manifestó Comcel, que desde el inicio de la instalación del grupo 2 incluso hasta la fecha se han venido presentado inundaciones en las zonas aledañas al municipio la Mojana y que mediante el Decreto 0037 de enero de 2022 se declaró la situación de calamidad pública durante 6 meses, para los municipios de las subregiones de la Mojana y San Jorge, debido a que continuaban las inundaciones por el punto conocido como Cara de Gato, situación que según el apoderado han afectado la instalación de varios CD.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

También indicó el apoderado de Comcel que el día 27 de agosto de 2021 ocurrió el rompimiento del jarillón del río Cauca en el sector de Cara de Gato lo cual ha generado permanentes inundaciones, situación que había sido diagnosticada por el IDEAM. Así como también, la alerta hidrológica del 4 de febrero donde se había informado que el sector la Mojana se encontraba en alerta roja por presentación de niveles en descenso en el río San Jorge, información que fue puesta en conocimiento de la interventoría y supervisor a través de imágenes videos y documentos.

Bajo estos fundamentos, recalca Comcel, que estas circunstancias se escapan de su control, por lo que no pueden ser atribuidas, resultando evidente la ocurrencia de fuerza mayor que excede los riesgos que asumió el contratista, impidieron acceder a algunos CD para su instalación.

En sesión del 18 de noviembre de 2022, el apoderado de Comcel en su derecho de contradicción reiteró que desde el año 2021 y durante la actual vigencia, se han venido presentando inundaciones que ha perjudicado la instalación de distintos CD tanto del grupo 2 como también del grupo 3.

Análisis de la entidad.

En este punto, este Despacho llama la atención del apoderado, pues su defensa, la centró en explicar las dificultades que había tenido en la instalación del grupo 2, soportadas en las inundaciones de las zonas aledañas al municipio la Mojana. Al respecto, se le recuerda que esta investigación se basa en el posible incumplimiento del reporte de instalación y puesta en servicio del grupo 3.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el apoderado manifestó que estas circunstancias se siguen aun presentado y que por tal razón Comcel no ha podido acceder a algunos CD para la instalación de la meta 12, este Despacho con fundamento en el concepto emitido por la interventoría en el marco de sus obligaciones establecidas en la cláusula Vigésima Sexta del contrato No. 1042 de 2020 en el que reconoció estas circunstancias como eventos de fuerza mayor a través del comunicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022, encuentra justificado el eximente de responsabilidad por Comcel respecto de 32 CD, que hacen parte del grupo 3 de la meta.

“Las situaciones de fuerza mayor que han impactado la instalación del grupo 3.”

Se refirió a los problemas en la cadena mundial de suministro de los equipos necesarios para las instalaciones de los CD del grupo 3, por los proveedores Meltec y Ceragon quienes son proveedores contratados para la adquisición de equipos para la ejecución del contrato y que en consecuencia habían afectado su instalación tal y como se había informado a la interventoría.⁴⁴

Al respecto, realizó el detalle del retraso, días de mora y fechas de entrega de los equipos, para indicar que desde el mes de marzo de 2021 se tenía presupuestada la fecha de entrega de los equipos y que desde esa fecha Comcel había dado a conocer a sus contratistas la cantidad de equipos requeridos. No obstante debido a la escasez de insumos a nivel mundial han generado retrasos en la entrega de los equipos necesarios para la instalación de los centros digitales de los grupos 2 y 3.

También se refirió a comunicaciones en las que Meltec y Ceragón informa a Comcel sobre los hechos que han generado demoras adicionales en la entrega de los equipos para la instalación y operación del grupo 3.

En sesión de audiencia del 24 de agosto de 2022, el apoderado de Comcel complementó sus descargos indicando que la entrega de varios de los equipos necesarios para la instalación del grupo 3 había sido afectada por hechos de fuerza mayor y que los proveedores Ceragon y Meltec le había informado al contratista que en muchos casos la entrega únicamente sería posible hasta los meses de julio, agosto y septiembre de 2022, lo generaría un impacto

⁴⁴ En particular las comunicaciones “del 28 de febrero de 2022, radicado interventoría No. CD-COMCEL-INTV-0528-22 y Radicado MinTIC No. 221017299; y comunicado del 4 de abril de 2022, radicado interventoría No. CD-COMCEL-INTV-0586-22 y radicado MinTIC No. 221026944 y el comunicado de fecha 27 de mayo de 2022 con radicado No. CD-COMCEL-INFRA-0287-22 y Radicado Mintic 221042630”.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

adicional en el proceso de instalación de estos CD. Para el efecto, indicó el apoderado que se adjuntaban las comunicaciones recientes de estos proveedores en donde indicaron las fechas de entrega aplicables, así como el contrato y las órdenes de compra afectadas.

Manifiesta el apoderado que los hechos no atribuibles al contratista seguían afectando la instalación de los CD, por lo que no podía la entidad imponer una sanción por una simple constatación de un eventual retraso, sino que debía también demostrarse el vínculo subjetivo del infractor con dicho incumplimiento y no podía perderse de vista que aplicando la potestad sancionatoria del Estado, está prohibida la responsabilidad objetiva, como dispone el artículo 12 de la Ley 599 del 2000, por lo que, indicó que se debe valorar el elemento subjetivo de la responsabilidad administrativa de Comcel, más aún cuando según el apoderado, el contratista ha demostrado que ha asumido importantes cargas para lograr el cumplimiento de sus obligaciones y ha tenido una conducta proactiva, diligente y cuidadosa.

Aquí es importante señalar que el apoderado en sesión de audiencia del 18 de noviembre de 2022 hizo un recuento de los trámites efectuados por el contratista y las circunstancias que le han impedido el cumplimiento del contrato, tales como i) La diligencia en la elección de los proveedores, ii) Los principales sucesos ocurridos durante el año 2022 (la invasión de Rusia a Ucrania, Meltec y Ceragon). El apoderado es insistente en indicar que no obstante que Comcel había sido diligente en solicitar los equipos con antelación, los hechos de fuerza mayor le han impedido acceder a los equipos que en sus palabras corresponden a los necesarios para la instalación de los CD del grupo 3, en razón a que los retrasos de la entrega de estos equipos superan los 6 meses.

Finalmente trae a colación el concepto dado por la interventoría en el comunicado CDIG-INTERV2-COMCEL-00363-2022, para pretender justificar que se trataba del mismo caso que se estaba investigando. Indicó el apoderado, que en tal documento, el interventor había realizado un análisis frente a las circunstancias que se habían presentado en el suministro de los repuestos requeridos para la operación del contrato y que dichos retrasos no se le podían endilgar al contratista.

Análisis de la entidad.

Las reglas generales de la responsabilidad civil han considerado el caso fortuito y la fuerza mayor como causales genéricas de exoneración de responsabilidad en los términos de los artículos 64 del Código Civil y primero de la Ley 95 de 1890, pues suponen la ruptura del nexo causal entre el sujeto y la conducta típica; que para el eximente alegado por el apoderado de COMCEL se encuentra en un hecho imprevisto e irresistible.

El apoderado de Comcel manifestó estar exento de responsabilidad en el cumplimiento de la meta 12 debido a los problemas en la “cadena de suministro” presentados por los proveedores Meltec y Ceragon que no permitieron que fuera abastecida de los equipos necesarios para instalar los CD del grupo 3, debido a la escasez de insumos a nivel mundial, lo cual fue informado a la interventoría.⁴⁵

Para el efecto, Comcel presentó en desarrollo de la audiencia una serie de documentos que pretendían justificar sus dificultades frente a la adquisición de equipos debido a los problemas de “cadena de suministro mundial”, los cuales fueron rechazados por este Despacho por: (i) innecesarios dado que tenían fecha posterior al plazo máximo para la entrega de la meta 12, que se encontraba estaba prevista según el cronograma establecido en la cláusula sexta del contrato de aporte para el día 31 de mayo de 2022, (ii) inútiles para realizar un análisis frente a los problemas en la cadena de suministro mundial, pues por una parte, los contratos suscritos con los diferentes proveedores contenían y demás documentos aportados describían una relación de elementos y cantidades, sin que se pudiera identificar que estos correspondían a los equipos necesarios para la instalación de la meta 12, grupo 3 y por otra, porqué el formato Excel que; aunque, relacionaba afectaciones a la cadena de suministro, no permitía tampoco establecer que se guardará relación con los demás documentos aportados, para acreditar los

⁴⁵ En particular las comunicaciones “del 28 de febrero de 2022, radicado interventoría No. CD-COMCEL-INTV-0528-22 y Radicado MinTIC No. 221017299; y comunicado del 4 de abril de 2022, radicado interventoría No. CD-COMCEL-INTV-0586-22 y radicado MinTIC No. 221026944 y el comunicado de fecha 27 de mayo de 2022 con radicado No. CD-COMCEL-INFRA-0287-22 y Radicado Mintic 221042630”.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

problemas relacionados con la tantas veces citada cadena de suministro y adquisición de bienes.

De lo expuesto se sigue que Comcel no probó los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad que justificarían que sus proveedores hubiesen incumplido con la entrega de los elementos y equipos adquiridos para la instalación y puesta en servicio del grupo 3 y su consecuente reporte, y por lo tanto no hay lugar a eximirlo de responsabilidad dentro del presente procedimiento.

Concordante con lo anterior, se observa que la interventoría Superdigitales 2022, a través de comunicación con radicado n.º 221067811 de 2022 se refirió a la fuerza mayor alegada por Comcel refiriéndose en principio al pronunciamiento realizado por el Consorcio PE2020 C DIGITALES, a través de comunicación CD-INTV-DIRINFRA-0845-22 del 13 de julio de 2022, del cual se destaca lo siguiente:

“1.1.1. Las situaciones de fuerza mayor que han impactado la instalación del grupo 3.

En la comunicación CD-COMCEL-DIRINFRA-0287-22 con radicado Mintic No. 221042630 del 27/05/20221 COMCEL S.A. elevó solicitud de suspensión 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.

Mediante comunicado con radicado Mintic No. 221045362 de junio 08 de 2022, consecutivo CD-INTV-COMCEL-0671-22, se dio respuesta por parte de la Interventoría.

De acuerdo con el Plan de Compras incluido en el Plan de Instalaciones y Mantenimiento aprobado, donde la generación de órdenes de compra para el Grupo3 estaba prevista entre el 13 y 21 de septiembre de 2021 y que en cuanto a la planeación del Grupo 3 COMCEL S.A. en su comunicación CD-COMCEL-INTV- 0586-22 de radicado Mintic No. 221026944 del 4 de abril de 2022 resalta:

“Así, es muy importante poner de presente que solo hasta la finalización de los estudios de campo del grupo 3 que ocurrió el 28 de febrero de 2022 (incluido el análisis de la información allí consignada) que permitiera por lo menos corroborar las premisas del pre-diseño de la solución tecnológica, era viable determinar con precisión la totalidad de los equipos necesarios para proceder con las instalaciones, así como su logística de distribución, en especial los equipos de última milla que son los que varían en la solución completa de la conectividad en los puntos, así como el análisis de la información necesaria para el acceso a los sitios y su organización logística.”

Se observa que frente a las órdenes de compra que resultaron de los análisis finales y posteriores al 28 de febrero de 2022 en relación con la última milla no se hace mención alguna con afectaciones de retraso, mientras que sí tuvieron retraso los pedidos realizados en 2021 afectando el proceso de instalación del Grupo 3 (pedido que a cuenta del contratista debió llegar en enero de 2022).

Razón por la cual en relación con las afectaciones de los proveedores se solicitó y aún no se ha recibido noticia:

1.1.1.1. Descripción de lo ocurrido con el proveedor Meltec

En relación con los pedidos realizados a Meltec y CERAGON, y una vez verificada la información aportada no es posible identificar que las órdenes de compra relacionadas correspondieran a la adquisición de equipos destinados a la instalación y puesta en servicio de los Centros Digitales pertenecientes al Grupo 3, por lo cual se encuentra pertinente que el COMCEL S.A. entregue la relación detallada en archivo Excel de las órdenes de compra diferenciando los elementos y cantidades del Grupo 1ª, 1B, 2 y 3, de manera tal que sea evidente las pertenecientes al Grupo 3 y concluyente que las órdenes de compra de los proveedores Meltec y CERAGON relacionadas en los anexos del comunicado que nos transmite el contratista corresponden a las que pretende sumar a su carga probatorio y que le hacen falta para culminar la instalación del Grupo 3.

1.1.1.2. Descripción de lo ocurrido con el proveedor Ceragon

En relación con los pedidos realizados a Meltec y CERAGON, y una vez verificada la información aportada no es posible identificar que las órdenes de compra relacionadas correspondieran a la adquisición de equipos destinados a la instalación y puesta en servicio de los Centros Digitales pertenecientes al Grupo 3, por lo cual se encuentra pertinente que el COMCEL S.A. entregue la relación detallada en archivo Excel de las órdenes de compra

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

diferenciando los elementos y cantidades del Grupo 1ª, 1B, 2 y 3, de manera tal que sea evidente las pertenecientes al Grupo 3 y concluyente que las órdenes de compra de los proveedores Meltec y CERAGON relacionadas en los anexos del comunicado que nos transmite El contratista corresponden a las que pretende sumar a su carga probatorio y que le hacen falta para culminar la instalación del Grupo 3.

Lo anterior, da cuenta que Comcel desde el reporte de fuerza mayor presentado al Consorcio PE 2020 C Digitales a la interventoría, el 13 de julio de 2022 no ha aportado pruebas que permitan identificar la adquisición de equipos destinados a la instalación y puesta en servicio de los centros digitales del grupo 3 que permitieran cotejarse con las órdenes de compra de sus proveedores Meltec y Ceragon.

La actual interventoría revisó la matriz de riesgos de la licitación pública y las respuestas dadas por la Entidad al tema de equipos concluyendo que pese *“a que la matriz de riesgos hace referencia en estricto sentido a tender a propender a evitar un desequilibrio contractual, se vislumbra que COMCEL S.A., conocía que las condiciones del negocio podrían tener reveses”*.

Por su parte, la supervisión reiteró a este Despacho, a través del memorando con n.º 222091640 de 2022 que frente a lo argumentado *“por el Contratista como evento de fuerza mayor, en diferentes circunstancias expuestas por el mismo, tal como lo indica la Interventoría en su pronunciamiento, no existe sustento jurídico de respaldo que indique que dichos eventos fueron aceptados y/o ratificados por la Entidad a modo de eximente de responsabilidad, de manera que no hay elementos que desplacen el cronograma a la fecha, y en ese sentido persiste el presunto incumplimiento referente al reporte de la instalación y puesta en servicio del que trata el presente expediente..”*

En conclusión, Comcel no presentó acervo probatorio alguno que permita respaldar que sus proveedores Meltec y Ceragón tuvieron problemas con la “cadena de suministro” y por ello no se encuentra justificado su incumplimiento frente al reporte e instalación de centro digitales exigidos para la meta 12, por lo que se desestima el argumento presentado por el apoderado del contratista.

“Los retrasos en el desembolso de las utilidades previstas en el contrato”

Comcel expresa que se ha visto obligado a obtener alternativas de financiación no previstas cuando presentó su oferta, lo cual ha impuesto cargas y costos que han impactado la ejecución del contrato.

Lo anterior, con fundamento en que desde la fase precontractual, el Fondo Único TIC reconoció la necesidad de desembolsar un anticipo del 6,46% redondeado del valor total de cada una de las regiones, para que los contratistas contaran con las condiciones de liquidez necesarias para apalancar el CAPEX del proyecto. Utilización del anticipo que debía efectuarse tentativamente el 15/enero/2021, sujeta al cumplimiento de 2 condiciones: (i) perfeccionamiento del contrato de aporte y (ii) aprobación del plan de inversión del anticipo.

Sin embargo, manifiesta el contratista que a pesar de que presentó el 29/diciembre/2020 el plan de inversión del anticipo, el cual fue aprobado por la supervisión el 30/enero/2021, ello no tuvo como consecuencia el desembolso de la utilización del anticipo. No obstante indicó Comcel que si bien el contrato establece que a inversión del anticipo debe justificarse mediante facturas o cuentas y comprobantes de los pagos, esto de ninguna manera podía entenderse como un condicionamiento para la aprobación de la utilización.

Finalmente señaló el apoderado que el 12 de noviembre de 2021, había solicitado un ajuste al plan de inversión del anticipo, frente a lo cual el anterior interventor después de varias observaciones dio concepto de aprobación el 5 de enero de 2022, no obstante, se sorprendía Comcel que después de esta fecha y de ya estar aprobado la entidad continuó realizando preguntas durante los meses de febrero y marzo de 2022 y que solo hasta el 1 de abril de 2022, la supervisión dio su concepto de aprobación.

Que con ocasión de todo lo anterior, Comcel no tuvo disponibilidad del anticipo por valor aproximado de \$26.000.000.000 entre el 19 de noviembre de 2021 y el 01 de abril de 2022, circunstancia que había afectado al contratista quien asumió el costo de unos recursos que durante el tiempo de mora en su desembolso reportaron intereses al patrimonio autónomo cercanos a los \$1.000.000.000 y que en ese sentido, la demora del Fondo TIC en el desembolso del anticipo, había afectado el esquema de financiación del contrato, lo cual consecuentemente impacta la ejecución de las actividades, en razón a que se ve obligado a encontrar otras alternativas de financiación

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

no previstas contractualmente para el cumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado, en sesión de audiencia del 18 de noviembre de 2022, el apoderado reiteró lo dicho en su defensa y concluyó que a la fecha se encontraba pendiente que se desembolsaran a Comcel el valor de \$4.821.000.000 y que por tal motivo el contratista no podía ser objeto de conminación de sus obligaciones, debido a que parte de las razones que según dice el apoderado, le han impedido la ejecución del contrato, obedecía a que no ha tenido acceso a los recursos en los términos pactados.

Análisis de la entidad.

Los argumentos expuestos por el contratista no son de recibo por parte de esta Coordinación, lo anterior en razón a las estipulaciones contractuales asumidas por el contratista en el marco del Contrato 1042 de 2020, más específicamente 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 mencionado, se puede evidenciar que el contratista debía cumplir las condiciones exigidas para que fuesen efectuados los desembolsos, ello previo concepto de la interventoría sobre el cumplimiento de las obligaciones a cargo y asumidas por el contratista, se pone de presente una vez más que las estipulaciones contractuales realizadas por las partes en el marco del contrato 1042 de 2020 son de estricto cumplimiento, no es competencia de este Despacho dar una aplicación diferente a las pactadas por los sujetos contractuales, en ese sentido, son claras las exigencias requeridas para que se efectuaran los anticipos o desembolsos aludidos por el contratista Comcel S.A. en sus descargos, por lo tanto, el mismo, no puede traer a colación, la excepción del contrato no cumplido, pues quien ha incumplido las condiciones para el desembolso, es el contratista y no la entidad. En síntesis, está en cabeza del contratista recibir los desembolsos programadas de acuerdo y en la medida que cumpla con lo obligado y exigido, pues 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.

4.3. “La Asignación de Riesgos del Contrato.”

Como fundamento señala Comcel que, la asignación de riesgos en un contrato consiste en que una de las partes asuma los costos derivados de la ocurrencia del riesgo, no obstante, no impiden la configuración de un evento eximente de responsabilidad que dé lugar a la suspensión o modificación del contrato.

Reitera una vez más que la ejecución se ha visto afectada por una serie de circunstancias imposibles de prever o anticipar, que no corresponde a los riesgos asumidos por el contratista, tales como:

- i) La dificultad en la cadena de suministro durante el 2021 y que se mantiene en el 2022
- ii) El paro nacional en el puerto de Buenaventura y la consecuente imposibilidad de ingreso oportuno de los equipos.
- iii) Los bloqueos de vías a lo largo del territorio nacional que afectaron el proceso de instalación de la meta
- iv) La inobservancia de los compromisos de los representantes de las instituciones educativas (rectores).

Se refirió el apoderado a los riesgos estipulados en la matriz N 1, 10, 12, 13 y 25, haciendo una descripción de cómo las anteriores circunstancias excedían los riesgos asignados a Comcel.

Por último señaló el apoderado que estos hechos de fuerza mayor y de terceros además de afectar la instalación,

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

estabilización, ajuste y evaluación de los CD correspondientes a los grupos 1 A, 1 B, 2 y 3, también resultaban ser imprevisibles e irresistibles para Comcel, por lo que, en aplicación del principio de transparencia⁴⁶, *“no pueden entenderse que son asignados de forma ilimitada al contratista”*.

Finalmente, indicó que la entidad, al atribuirle a Comcel las consecuencias de los referidos hechos, podría transgredir el principio de transparencia⁴⁷, en razón a que *“equivaldría a la imposición de “condiciones o exigencias de imposible cumplimiento” (literal d), o que implique que su ofrecimiento tiene “extensión ilimitada”*.

Análisis de la entidad.

Como primera medida este Despacho le aclara al apoderado que en estos momentos donde a través del presente acto administrativo, la entidad pretende declarar el incumplimiento a Comcel S.A de las obligaciones establecidas en la cláusula sexta - plazo de ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020 y en el inciso 4 del numeral 3 - cronograma de ejecución del anexo técnico del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, no es la oportunidad para venir a controvertir la matriz de riesgos.

Así las cosas, la matriz de riesgos podría ser controvertida siempre y cuando el contratista demostrara que los eventos que llama Comcel de fuerza mayor superaron esos riesgos que fueron contemplados en la matriz y a la fecha, Comcel con las pruebas aportadas en desarrollo de las 9 sesiones de audiencia no de muestra que alguno de los hechos supera dicha matriz de riesgos.

Así pues, las circunstancias que alega el apoderado como constitutivas de fuerza mayor tales como i) los problemas de la cadena de suministro, ii) la inobservancia de los compromisos de los representantes de las instituciones educativas, iii) el paro nacional en el puerto de Buenaventura y la consecuente imposibilidad de ingreso oportuno de los equipos y iv) los bloqueos de vías a lo largo del territorio nacional que afectaron el proceso de instalación de la meta, no fueron acreditados como un riesgo que pudiese afectar la ejecución del proyecto. Es así como no puede Comcel exonerar su responsabilidad de cumplir con las obligaciones del contrato de aporte, indicando en su sentir que dichos sucesos motivaron el retardo e incumplimiento del reporte de instalación y puesta en servicio de los 3.034 CD.

Finalmente es pertinente indicar lo siguiente:

- i) Los riesgos en el presente contrato fueron asumidos por Comcel S.A. y en el presente caso, es deber del contratista demostrar que las circunstancias que alega y las cuales materializaron el riesgo, superaron los asignados en la matriz, pues de lo contrario, se reitera, COMCEL S.A., debe asumir dichos riesgos.
- ii) No todo hecho que se encuentre por fuera de la matriz, se configura el desequilibrio. Para que haya desequilibrio debe ser sobreviniente, anormal, con efectos imprevistos. Debe impactar de gran manera la economía del contrato.

Por lo inmediatamente señalado esta Coordinación desestima lo presentado por el contratista

4.4. Los efectos de los eventos no atribuibles al contratista. El Contrato establece que el contratista tiene derecho a ejecutar la instalación y puesta en marcha de cada grupo de manera exclusiva sin que se traslape con los otros grupos.”

Como fundamento de este descargo señaló el apoderado que en virtud con lo establecido en el contrato, el contratista tiene derecho a un plazo para llevar a cabo la ejecución de las obligaciones para cada uno de los grupos en que se encuentran divididos los centros digitales, siendo que la ocurrencia de un evento de fuerza mayor implicaba no solo la reducción del plazo para la ejecución de la meta contractual directamente afectada, sino

⁴⁶ Sobre este principio se refirió a lo señalado en numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, especialmente en los literales d) y e).

⁴⁷ Lítera d) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

también de las subsiguientes, así como también se postergaba el vencimiento del plazo pactado inicialmente por lo que las fechas previstas para el cumplimiento de las metas se desplazaban en el tiempo.

Para supuestamente evidenciar que la afectación de uno de los grupos necesariamente tiene un impacto en el grupo subsiguiente, se refirió al cronograma del contrato establecido en su cláusula sexta señalando que supuestamente la cláusula sexta establecía que *“salvo por la fase de operación de los centros digitales, las obligaciones relacionadas con la planeación, instalación y verificación de cada uno de los grupos en los que se divide el Contrato no son concomitantes”* y que, en consecuencia Comcel se había dedicado de manera exclusiva a realizar las actividades de cada uno de los grupos en los que se encuentran divididos los centros digitales, pues en su entender no le correspondía atender de manera simultánea a varios de los grupos de CD en los que se divide el contrato.

Concluyó el apoderado que, el cronograma no había determinado fechas máximas de cumplimiento, que lo que establecía para cada uno de los grupos de los CD era *“un plazo entre 1 y 2 meses para la presentación de los estudios de campo, de 3 meses para las instalaciones, y de 2 meses para las labores de verificación”*.

En este punto señaló el apoderado que, *“la interpretación integral del contrato es la única que permite identificar con claridad su funcionamiento, impone que claramente las dificultades ajenas al contratista y con impacto en metas parciales, afecten la ejecución programada de resultados”*. Para explicar las reglas y definiciones de la interpretación de los contratos se refirió al artículo 23 de la Ley 80 de 1993, el artículo 28 del estatuto de contratación, así como los dicho por la jurisprudencia en cuanto los criterios de interpretación, en este caso el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, julio 7 de 2011, radicado 47001-23-31-000-1994-03901-01(18762).

Todo esto para insistir en que, no puede endilgársele al contratista ninguna responsabilidad por hechos ajenos a su responsabilidad, bajo un cronograma que no tiene en cuenta los hechos ajenos al contratista reconocidos por el interventor y la entidad contratante.

En sesión del 18 de noviembre de 2022, el apoderado recalcó los fundamentos expresados en sus descargos, en el sentido de que si el cronograma de las metas contractuales se interpretaba de manera integral con el cronograma de utilidades, existía una interdependencia entre los grupos.

Análisis de la entidad.

Frente a estos argumentos este Despacho le indica al apoderado desde ya, que no están llamados a prosperar pues ciñéndonos a lo establecido en el contrato, es claro que las metas de cada uno de los grupos son independientes, como se explica a continuación.

La cláusula sexta del contrato de aporte establece:

“CLÁUSULA SEXTA – PLAZO DE EJECUCIÓN - El plazo de ejecución del contrato iniciará desde la suscripción del acta de inicio y hasta el 30 de junio de 2031, durante el cual el CONTRATISTA está obligado a desarrollar las fases del Proyecto, a continuación, se relacionan las metas asociadas a cada una de las fases del proyecto, así como su plazo máximo”

A simple vista, se observa que en dicha cláusula se establece que la ejecución del contrato de aporte fue acordada entre las partes con plazo máximo de entrega para cada una de las metas, situación que fue establecida en el cuadro que se muestra a continuación.

Meta No.	Fase	Descripción de las obligaciones relacionadas con cada una de las metas	Plazo Máximo de Entrega
----------	------	--	-------------------------

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

6	Instalación y Puesta en Servicio	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
7		Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 1B correspondiente a dieciséis coma veinticinco por ciento (16,25%) de los Centros Digitales.	31 de mayo 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.
9		Aprobación por parte de la Interventoría de la instalación y puesta en servicio del Grupo 1B correspondiente a dieciséis coma veinticinco por ciento (16.25%) de los Centros Digitales.	Un (1) mes contado a partir de la entrega por parte del contratista del Grupo 1B.
10		Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 2 correspondiente a treinta y dos coma cinco por ciento (32.5%) de los Centros Digitales.	29 de octubre de 2021
11		Aprobación por parte de la Interventoría de la instalación y puesta en servicio del Grupo 2 correspondiente a treinta y dos coma cinco por ciento (32.5%) de los Centros Digitales.	Dos (2) meses contados a partir de la entrega por parte del contratista.
12		Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales.	31 de mayo de 2022

De este cuadro se puede constatar que el contrato de aporte no establece dependencia entre cada uno de los grupos, lo que si permite es la dependencia solo para algunas de las metas del mismo grupo, las cuales pueden ejecutarse una vez se termine una meta precedente por el mismo sentido lógico constituido en el plazo máximo de entrega. En otras palabras, los grupos no tienen interdependencia entre sí, cada grupo tiene un cronograma de instalación y puesta en servicio independiente del otro y simultaneo, lo cual indica que no hay grupos supeditados al inicio o no de otros. Se resalta que a la fecha, el grupo 3 no depende en absoluto de los adelantos del grupo 1, ni del grupo 2.

Es así como, los argumentos reiterativos por el apoderado durante las 9 sesiones de audiencia no tienen fundamento jurídico a la luz de la cláusula sexta del contrato de aporte pactada entre el FUTIC y Comcel S.A, por lo que tampoco es aplicable el criterio del contratista de que un evento de fuerza mayor que afectó el cumplimiento de alguna obligación lleve implícita una afectación sobre otras de las obligaciones. Se enfatiza que las situaciones de fuerza mayor de las que tantas veces se refirió el apoderado y que según sus pronunciamientos han afectado el cumplimiento del contrato y por demás han sido reconocidas por la interventoría, caso de las metas 7 y 10, no hacen parte de los hechos que se estudian en este procedimiento.

Por último, lo relativo a la interpretación del contrato que alega Comcel, se insiste que la cláusula sexta del contrato de aporte es suficientemente ilustrativa, sin ningún tipo de indicio al error, dualidad u oscuridad, por lo que no

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

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.

Del anterior análisis concluye este Despacho que los argumentos del apoderado no son de recibo.

4.5. “Sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la multa proyectada”

Señala el apoderado que la posible multa indicada en la citación desconocía los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen la potestad sancionadora de la Administración. Como fundamento describió de estos principios, su definición⁴⁸, lo dicho por la jurisprudencia⁴⁹ y lo estipulado en el artículo 44⁵⁰ de la Ley 1437 de 2011.

Indica el apoderado que tanto la Ley como la jurisprudencia señalan que la administración puede evaluar la proporcionalidad de las medidas a adoptar en cada actuación administrativa, particularmente en aquellas de contenido sancionatorio, con el objeto de ponderar posibles multas conforme al porcentaje de obra o servicio ejecutado y que para el caso en concreto, la entidad no ha sufrido ningún tipo de daño o perjuicio con ocasión del presunto incumplimiento, por lo que en esa medida no resulta procedente la imposición de multas en contra de Comcel y que por el contrario el contratista ha acudido a todas las opciones a su alcance para garantizar el cumplimiento de los cronogramas.

Finalmente señaló el apoderado lo siguiente: *“es sumamente importante poner de presente que a pesar del desplazamiento del cronograma generado por los eventos de fuerza mayor ocurridos y verificados, Comcel continuó mitigando el impacto de los mismos, y en ese sentido a la fecha ya entregó y le fueron aprobados la totalidad de estudios de campo de los centros digitales correspondientes al grupo 3. Más aún, aunque no le resultan exigibles a la fecha cuenta con [1629] reportes de instalación de los centros digitales del grupo 3 y 1857 con pruebas remotas aprobadas, lo cual a las claras evidencia la diligencia con la que ha actuado el contratista durante la ejecución del Contrato, y cómo ha desarrollado todos los esfuerzos que se encuentran a su alcance para mitigar el impacto de las circunstancias que se encuentran fuera de sus control”*.

En el pronunciamiento efectuado por el apoderado en la sesión de audiencia del 18 de noviembre de 2022, insistió en que los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que solicitaba el contratista se fundamentan debido a que Comcel es el que ha soportado todos los efectos de los hechos de fuerza mayor y hechos de terceros que se han presentado durante la ejecución del contrato 1042 de 2020 y que por tal motivo no era dable la aplicación de una multa. Para finalizar, señaló el apoderado que la multa en evento de llegar a aplicarse debía reducirse al cumplimiento del contrato, más aún cuando el contratista había ejecutado más del 90% del grupo 3 relativo a la meta 12.

Análisis de la entidad.

En primer lugar, se precisa que la multa tasada en la citación con oficio N.º 222064937 de 2022 es consecuencia del presunto incumplimiento del Comcel en la entrega de la meta 12 que hace parte de la fase de instalación y puesta en servicio en lo que se refiere al porcentaje de centros digitales que debían estar instalados y en servicio dentro de las fechas establecidas en el cronograma, cláusula sexta, y por la falta de *“(…) apertura y funcionamiento*

⁴⁸ Autor OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob Cit. Pg. 465.

⁴⁹ Sentencia T-015 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-071 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Sentencia del 21 de octubre de 1994, Exp. 9288. C.P. Daniel Suárez Hernández

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

⁵⁰ **“Artículo 44. Decisiones discrecionales.** En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

de los centros digitales desde el reporte de cada uno de los grupos de instalación de los Centros Digitales y a permitir el uso de servicio de conectividad a Internet por parte de la comunicad (...), y está comprendida por el periodo contado desde el 01 de junio de 2022 hasta el 30 de junio de 2022, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula décima tercera del contrato de aporte n.º 1042 de 2020.

La obligación referente al reporte de la instalación y puesta en servicio del grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los centros digitales se encuentra en el siguiente estado:

Meta 12	Reportados por Comcel	Aprobados por la interventoría	Pendientes de entrega y aprobación
3.034	2.832	2.384	650

En segundo lugar, se enfatiza que la tasación es parte del contenido de la citación, con la que se inició el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y por lo tanto, la valoración realizada dentro de ella, no corresponde a una decisión frente a lo discutido en el presente procedimiento y por lo mismo no se ha desconocido los principios de razonabilidad y proporcionalidad establecidos en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que los mismos son valorados en la etapa decisoria del procedimiento que nos ocupa. Lo anterior, atendiendo, por una parte, lo estipulado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que autoriza las declaratorias de incumplimientos e imposición de multas y por otra, a los criterios de proporcionalidad establecidos en las disposiciones civiles y comerciales, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y eventualmente a los criterios establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011.

Realizadas las anteriores precisiones, a continuación se revisará si hay lugar a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del valor de la multa, la cual al 30 de noviembre de 2022 asciende a la suma total de **TRES MIL CIENTO CATORCE MILLONES DE PESOS (\$ 3.114.000.000.00) M/CTE⁵¹**, valor que tiene en cuenta los descuentos de fuerza mayor reconocidos por la interventoría, como a continuación se relacionan y que se justificaron de acuerdo con las obligaciones enunciadas como presuntamente incumplidas, así:

A continuación, se detalla el consolidado de los eventos de fuerza mayor con concepto favorable emitido por la interventoría.



Grupo	Motivo EFM	Cantidad CD	Concepto interventor
3	Ola Invernal – Cesar	4	Favorable
3	Ola Invernal – Córdoba	3	Favorable
3	Ola Invernal - La Guajira	10	Favorable
3	Ola Invernal – Sucre	32	Favorable
3	Ola Invernal – Tolima	1	Favorable
3	Orden Público	80	Favorable
3	Remodelación	1	Favorable
3	Sede Cerrada	10	Favorable
3	Solicitud de cambio	18	Favorable
Total		159	



⁵¹ En la citación se precisó que el valor total de la multa se actualizaría al momento de adoptarse la decisión por parte de la Entidad.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

Actualización de la tasación de la multa con eventos de fuerza mayor (EFM) reconocidos por la interventoría

• OBLIGACIÓN 1

“Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales”.

En razón a que persiste el incumplimiento a fecha 30 de noviembre de 2022 la tasación es la siguiente:

Noviembre: 491 CD

Por tanto, equivaldría a 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.

1 SMMLV = \$1.000.000

Meses = 01/06/2022 al 30/11/2022 = 6 meses

CD pendientes de aprobación = 650 – 159 EFM reconocidos por la interventoría = 491 CD no reportados por Comcel ni aprobados por la interventoría.

APLICACIÓN DE LA FÓRMULA

Sanción: 6 meses x 491 CD x \$1.000.000 = \$ 2.946.000.000.00

El Valor de la multa corresponde a DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$ 2.946.000.000) M/CTE.

• OBLIGACIÓN 2

“El contratista se obliga a la apertura y funcionamiento de los Centros Digitales desde el reporte de cada uno de los grupos de instalación de los Centros Digitales y a permitir el uso del servicio de conectividad a Internet por parte de la comunidad; es decir el canal para acceder al servicio a Internet deberá estar habilitado para que la comunidad pueda hacer uso del servicio durante las 24 horas del día, los 7 días de la semana. (...)”

En razón a que persiste el incumplimiento a fecha de 30 de noviembre de 2022 se encuentra lo siguiente:

Noviembre: 145/301 CD Fuera de servicio

Y en razón a lo indicado, “el Fondo Único de TIC podrá imponerle multa desde 11 hasta 28 SMMLV por cada mes o fracción de incumplimiento.”, el incumplimiento corresponde a:

Junio a noviembre de 2022 = 6 meses * 28 SMMLV = 168 SMMLV

TOTAL: 168 SMMLV= \$168.000.000.00

Valor de la multa corresponde a CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES M/CTE.”

La finalidad del presente procedimiento sancionatorio es conminar a Comcel a que cumpla con lo dispuesto en la cláusula sexta, meta 12, fase de planeación e instalación y con el inciso 4 del numeral 3 (Cronograma de ejecución) del anexo técnico del contrato de aporte, lo cual se realiza conforme al deber de control y vigilancia que le corresponde a la Entidad, según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

La doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado han coincidido en señalar que las multas en materia de contratación estatal tienen como finalidad conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones insatisfechas.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A . Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

La alta corte⁵² reflexionó sobre el tema, así

“En materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio “es actuar en forma compulsiva sobre este para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones”.

A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa “se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.”

Teniendo en cuenta que el incumplimiento de Comcel se encuentra demostrado en el presente acto, que no existe eximentes de responsabilidad que permitan exculparla de no haber presentado desde hace 6 meses los reportes de instalación exigidos contractualmente en lo que se refiere a la meta 12, así como tampoco de no haber efectuados en su totalidad la apertura y funcionamiento de los mismos -centros digitales- durante igual tiempo, resulta más que razonable adoptar una decisión encaminada a decretar el incumplimiento de las obligaciones citadas como presuntamente incumplidas: cláusula sexta, fase de instalación y puesta en servicio, meta 12, grupo 3 e inciso 4 del numeral 3 (cronograma de ejecución) del anexo técnico del contrato. Lo anterior, con miras a conminar su cumplimiento y con ello garantizar el desarrollo y debida ejecución del contrato de aporte 1042 de 2020.

Decretado el incumplimiento es consecuente imponerle una multa a Comcel por la suma de **TRES MIL CIENTO CATORCE MILLONES DE PESOS (\$ 3.114.000.000.00) M/CTE**, con corte al 30 de noviembre de 2022, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula décima tercera del contrato de aporte, la cual corresponde a la suma total de los valores tasados para cada obligación incumplida conforme se señaló en líneas anteriores, en el cual también se encuentra incluida o no la proporcionalidad o rebaja de la sanción como a continuación se explica:

La proporcionalidad aplicada respecto a la obligación de *“Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales”*⁵³ corresponde a que de los 650 centros digitales⁵⁴ solo se le aplicó la multa, establecida en el numeral 2 de la cláusula décimo tercera del contrato a 491 centros digitales en razón a que se le descontaron, del valor inicial, 159 centros digitales por motivos de fuerza mayor, que fueron reconocidos tal como se señaló en el presente acto.

Utilizando las variables de la multa establecidas para la fase de instalación y puesta en servicio y en el evento de **no** descontarse los 159 centros digitales a quienes se les ha reconocido motivos de fuerza mayor acreditados para no ser instalados por Comcel el valor de la sanción sería el siguiente:

Tiempo en meses o fracción de mes comprendido entre el 1.06.2022 al 30.11.2022	Centros digitales entregados y pendientes de aprobar	1 SMMLV	Total
6	650	\$ 1.000.000,00	\$ 3.900.000.000.00

El criterio de fuerza mayor es normativamente una causal eximente de responsabilidad muy distinto al de proporcionalidad que conlleva un incumplimiento sin causal de justificación. Bajo

⁵² Consejo de Estado. Sección Tercera. consejera ponente: Marta Nubia Velásquez. 24 de abril de 2020. Rad. 630012333000201800132 01 (64.154). Actor: Nacional de Seguros S.A. Demandado: INVÍAS. -

⁵³ Obligación 1

⁵⁴ que se presentaron por COMCEL con corte al 30 de noviembre de 2022 y que se encuentran pendiente de aprobación

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

ese entendido 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.

Para el caso en concreto si le restamos a los 650 centros digitales presentados por Comcel; los 150 que no debe instalar por ahora, por el reconocimiento de eventos fuerza mayor, el valor de la multa se reduce de \$ 3.900.000.000.00 a \$ 2.946.000.000.00., tal como se refleja a continuación:

Tiempo en meses o fracción de mes comprendido entre el 1.06.2022 al 30.11.2022	Centros Digitales entregados y pendientes de aprobar	1 SMMLV	Total
6	491	\$ 1.000.000,00	\$ 2.946.000.000,00

En resumen, una vez graduada la sanción que ocasionan de los hechos que generaron el incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula sexta, fase de instalación y puesta en servicio, meta 12, grupo 3, no se tuvo en cuenta los centros digitales cobijados por la fuerza mayor por lo que la tasación de la multa a imponer es la suma de DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES (\$ 2.946.000.000.00) M/CTE., según se señalará en la parte resolutive del presente acto.

Aquí es pertinente señalar, que en consideración al largo tiempo (6 meses) que Comcel se ha tomado para cumplir con la obligación antes citada no es dable entrar a considerar otros factores que reduzcan la pena, toda vez que, la conducta demorada del contratista está poniendo en peligro el proyecto de centros digitales en la región A, lo cual hace gravoso su proceder, pues sin mayor análisis, 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.

Por otro lado, estudiando la aplicación de la proporcionalidad, para el caso de la obligación contenida en el inciso 4 del numeral 3 (cronograma de ejecución) del anexo técnico del contrato de aporte⁵⁵, se observa que la multa a imponer esta formulada en función de meses de retraso de la obligación y de salarios mínimos para su tasación.

La variable para revisarse dentro de la ecuación establecida para la tasación de la multa es la referente a los salarios mínimos que podría estar entre los 11 hasta 28 SMMLV por cada mes o fracción de incumplimiento, toda vez que dentro de multa se está estableciendo el mayor número de SMMLV.

Pues bien, en consideración al largo tiempo (6 meses) que Comcel se ha tomado para cumplir 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.

Así las cosas, el valor de la multa por el incumplimiento de la obligación contenida en el inciso 4 del numeral 3 (cronograma de ejecución) del anexo técnico del contrato de aporte corresponde a la suma de CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES (\$ 168.000.000.00) M/CTE, valor que al sumarlo con la multa que se impondrá a Comcel por el incumplimiento de la cláusula sexta, fase de instalación y puesta en servicio, meta 12, grupo 3, esto es la suma de DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$ 2.946.000.000.00) M/CTE arroja un total de **TRES MIL CIENTO CATORCE MILLONES DE PESOS (\$ 3.114.000.000.00) M/CTE.**

⁵⁵ OBLIGACIÓN 2

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A . 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

En lo anteriores términos este ministerio aplicó los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.

4.6. “La facultad para Imponer Sanciones no implica la Obligación de Hacerlo”.

Al respecto señaló el apoderado que la Ley estableció la inclusión de multas en el contrato siendo una medida a favor de las entidades estatales para constreñir el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y que constituyen una herramienta de gestión y direccionamiento, mas no una imposición obligatoria que deba aplicarse de manera automática.

Para el caso objeto de análisis, argumenta el apoderado que la imposición de multas no tiene el efecto de direccionar la ejecución de los fines del contrato; por el contrario, tiene la potencialidad de poner en riesgo su ejecución, en razón a que pone en una situación aún más gravosa de la que le ha tocado enfrentar Comcel con ocasión de los hechos de fuerza mayor y hechos de terceros señalados en los descargos.

Manifiesta el apoderado que, dentro de las herramientas a disposición de las entidades para garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, se encuentra la establecida en el artículo 14, numeral 1º de la Ley 80 de 1993, la cual se traduce en un deber de la administración de asegurar a través de múltiples instrumentos la correcta ejecución del contrato, gestión que va más allá de las facultades sancionatorias.

Concluye el apoderado que la imposición de sanciones no es el único mecanismo para garantizar el cumplimiento del contrato, asegura que en el caso particular, la realización de mesas de trabajo, las diferentes actividades de coordinación realizadas con la interventoría y la supervisión han sido actividades de direccionamiento que han ayudado a que Comcel cumpla con sus obligaciones y que para continuar cumpliendo urge para las partes tener claridad de los plazos contractuales de tal manera que se incluyan las consecuencias de los hechos fuera del alcance del contratista que han afectado la ejecución del contrato.

En sesión del 18 de noviembre de 2022, el apoderado siguió insistiendo que Comcel no se encontraba incumpliendo las obligaciones al existir hechos de fuerza mayor y hechos de terceros que han impedido la instalación de la meta 12, que en tal sentido, la imposición de una multa en nada tenía el impacto de direccionar la ejecución al cumplimiento de los fines de la entidad, si no que por el contrario ponía en riesgo la ejecución *“puesto que pone al contratista en una situación aún más gravosa que la que se ha visto en obligación de enfrentar, puesto que además de asumir los sobrecostos del proyecto por causas que no son atribuibles, es objeto de una actuación administrativa en la que se le pretenden imponer considerables multas pecuniarias, que si la entidad contratante considera aplicables, dificultarán aún más la ejecución del proyecto”.*

Análisis de la entidad.

Como primera medida resalta este Despacho que en nada se equivoca el apoderado al afirmar que el fin de las

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

multas no es otro que inducir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones durante la ejecución del contrato, así lo ha considerado el Consejo de Estado al indicar que *“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”*⁵⁶

Por otro lado, no puede perderse de vista que el mismo contrato de aporte 1042 de 2020 en su estructuración estableció en la cláusula décima tercera, multas, como una medida de apremio a favor de la entidad en caso de que Comcel no diera cumplimiento a una o varias obligaciones a su cargo, es así como desde el mismo contrato las partes acordaron la facultad que el Fondo Único de TIC tiene de imponer al contratista las multas pactadas por cada incumplimiento.

El artículo 14, numeral 1º de la Ley 80 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 14.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley”.

Como se observa, dicha norma no impide que esta entidad inicie procesos sancionatorios, si no señala algunos medios que las entidades estatales podrían utilizar para el cumplimiento del contrato. En otras palabras, este Despacho tiene la facultad de iniciar investigaciones sin que sea necesario que las partes agoten estas herramientas. No obstante, puede advertirse que de conformidad con los hechos de los cargos, estos mecanismos ya fueron efectuados por la interventoría y supervisión, con forme a la trazabilidad de verificaciones, subsanaciones y aprobaciones de los reportes de instalación del grupo 3, realizadas a Comcel.

Ahora bien, no puede perderse de vista que tal y como se explicará en la valoración de las pruebas la entidad le dio la oportunidad a Comcel por más de un mes para que a través de las mesas técnicas de trabajo adelantadas con la supervisión y la interventoría lograra dar cumplimiento a la meta 12, no obstante, esto no ocurrió tal y como fue expresado por la interventoría en sesión de audiencia del 9 de noviembre de 2022 y la supervisión en sesión del 16 de noviembre de esta anualidad, es así que no puede decir el contratista que este ministerio no le ha dado las posibilidades para que se cumpla con sus obligaciones.

Por otra parte, recordemos que la Ley 80 de 1993, en sus artículos 3 y 4, disponen:

⁵⁶ Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00182-01(51519). Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN. Sección Tercera. Subsección A.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

“ARTÍCULO 3.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (...).”

“ARTÍCULO 4.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

(...)”

La precitada norma, da cuenta del deber de la supervisión de informar que el contratista no está cumpliendo con la correcta ejecución del contrato, situación que ocurrió mediante radicado N.º 222062269 del 22-06-2022, con el que esta -supervisión- reportó a la ordenadora del gasto de esta entidad, el informe de presunto incumplimiento, señalando los hechos, las obligaciones presuntamente incumplidas, las consecuencias y la tasación del valor de la multa. Junto con el escrito la supervisión también relacionó y allegó las pruebas que sustentaban el posible incumplimiento de Comcel.

Precisado lo anterior, la presente investigación administrativa tuvo su inicio en el referido informe y se adelanta con la potestad sancionatoria de esta Delegatura⁵⁷ que le permite adelantar las investigaciones correspondientes para verificar el cumplimiento del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. En efecto, tanto el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ordenan lo siguiente:

“ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. (...). Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. (...)”

“ARTÍCULO 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de 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. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida

⁵⁷ Otorgada por la señora Ministra con la Resolución 03778 del 26 de octubre de 2022.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

Adicionalmente, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Luis Camilo Osorio Isaza, Bogotá, D.C.⁵⁸, se refirió frente a la competencia de la administración en el cumplimiento de la ejecución contractual así:

*“(…) En la etapa contractual, o sea “durante la ejecución del contrato”, las competencias de la Administración son las más amplias. Por tanto, tienen lugar las que permiten la interpretación, modificación y terminación unilateral (arts. 15, 16 y 17, Ley 80/93), incluida la modalidad más importante, la caducidad (art. 18, Ibidem), **también son pertinentes los poderes sancionatorios de la llamada cláusula penal y las multas**, lo mismo el que le permite hacer efectivas las garantías.*

(…)

Respecto de la “potestad sancionatoria”, la Sentencia del Consejo⁵⁹ de Estado ha señalado, entre otras, lo que sigue a continuación:

“La Ley 80 de 1993 no consagró la competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento de los contratos una vez terminados, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, como tampoco estableció la obligatoriedad de pactar esta última en ellos, como no lo hizo tampoco con la antigua facultad de pactar e imponer multas unilateralmente, como medio para constreñir al contratista a la correcta ejecución del contrato.

Fue con la expedición de la Ley 1150 de 2007, como ya se advirtió en otro aparte de esta providencia, que el legislador incorporó nuevamente dichas potestades a favor de las entidades estatales, en su artículo 17, del siguiente tenor:

⁵⁸ De fecha diciembre catorce del año dos mil (2000). Radicación número: 129.

⁵⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero Ponente: María Adriana Marín. Expediente 36600. De fecha 28 de noviembre de 2019.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

(...)

De acuerdo con lo anterior, en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, (...). (Negrilla y subrayado fuera de texto).

También el Consejo de Estado ha sido enfático y ha reconocido estas facultades sancionatorias atribuidas a las entidades estatales ante un posible incumplimiento cuando a través de sentencia del 22 de julio de 2009 Expediente 17552 señaló:

“(...

En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas. (...)”

Así, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como entidad del Estado, debe observar y cumplir la ley, las normas, los manuales y procedimientos establecidos internamente y en ejercicio de sus facultades legales, puede iniciar investigaciones administrativas, a petición de parte, tendientes a establecer si hay lugar o no a la imposición de una sanción en aras de preservar el orden jurídico, que para el caso en concreto como ya se dijo, se dio inicio a esta actuación ante la información suministrada por la supervisión e interventoría.

En particular, este Despacho no puede abstenerse de iniciar el procedimiento, escudándose en la eventual responsabilidad que le pueda corresponder a la supervisión del contrato o, a algún funcionario por razón de las funciones que debía desempeñar. Al respecto se aclara, de forma adicional, que en la actualidad se surten actuaciones para definir la responsabilidad disciplinaria, fiscal, penal que pueda corresponder al Ministerio y/o a alguno de sus funcionarios, a cargo de distintos organismos de control y autoridades jurisdiccionales, sin que se conozca a la fecha, ni se haya allegado a este procedimiento, ningún medio probatorio mediante el que se declare algún tipo de responsabilidad de las anotadas - pronunciamiento emitido por autoridad competente en firme -. Menos aún puede pensarse en que este Despacho pueda pronunciarse sobre la responsabilidad que le pueda corresponder a este Ministerio, lo cual, a todas luces, desborda la correspondiente competencia funcional de esta instancia.

En línea con lo anterior, esta actuación administrativa se hizo cumpliendo a cabalidad el procedimiento legal aplicable a este tipo de investigaciones, sin incurrir en violación del debido proceso y del derecho de defensa o contradicción del contratista.

Teniendo en cuenta lo expuesto, este argumento no está llamado a prosperar.

5. DE LO PROBADO EN EL PROCEDIMIENTO

A continuación, el despacho procederá a efectuar la valoración de las pruebas decretadas en desarrollo de este procedimiento.

5.1. De los documentos aportados con los descargos.

De las pruebas mencionadas en el numeral 3 de este acto administrativo, este despacho valoró cada una de ellas,

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

encontrando que ninguna logró desvirtuar los incumplimientos endilgados en el expediente N.º 19 de 2022, por las siguientes razones:

1. Las comunicaciones señaladas en los anexos 1, 2, 3 y 16 hacen referencia a hechos de metas y grupos que no están siendo discutidos en este procedimiento, aquí se le reitera nuevamente a Comcel, que este procedimiento únicamente se estudia el posible incumplimiento de la meta 12 del grupo 3 que establece *“Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales”*, por lo que los argumentos e información relativa a las metas de otros grupos no están llamados a prosperar.
2. Los documentos que hacen parte de los anexos 4, 5 y 6, 7, 8 y 9 el contratista presenta las diferentes situaciones que considera fueron eventos de fuerza mayor que le han impedido dar cumplimiento a las obligaciones, por lo que, después de efectuar la valoración a cada uno de estos, este Despacho únicamente considera acreditados los documentos que respaldan los eventos de fuerza mayor que fueron reconocidos por la interventoría, relativos a la ola invernal en los que hace parte el municipio de la Mojana en Sucre, orden público etc.

Los demás documentos, en nada prueba los eventos de fuerza mayor que señala el apoderado pues ninguno de ellos se encuentra reconocido por la interventoría o por lo menos no obra en el expediente documento que lo soporte, tampoco avalan el cumplimiento de la meta 12.

3. Respecto a las comunicaciones aportadas en los anexos 10, 11, 12, 13 y 14 relacionadas con el plan de inversión del anticipo, son documentos que no logran demostrar una verdadera relación o nexo causal con las obligaciones presuntamente incumplidas que se investigan en este procedimiento.
4. En cuanto al comunicado del 28 de febrero de 2022 que hace parte del anexo 15, se evidencia por una parte, que corresponde a circunstancias presentadas en el grupo 2, que no es objeto de investigación, y por otra, las descripciones de las órdenes de compra presentan una relación de elementos, no obstante, no se puede identificar que estos ítems correspondan a los equipos necesarios para la instalación del grupo 3 esto es la meta 12, por lo que no podría realizarse un análisis sobre la coherencia de la situación manifestada por Comcel, referente a los problemas con la cadena de suministro mundial.

5.2. De la prueba de oficio

En relación con esta prueba decretada y practicada por este despacho, se indica que los pronunciamientos efectuados por la interventoría y supervisión dan cuenta que con los descargos presentados por Comcel y los documentos aportados no logró probar el cumplimiento de sus obligaciones es decir, 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 contrato de aporte N.º 1042 de 2020.

5.3. De las mesas técnicas de trabajo

En garantía del debido proceso se decretó, practicó e incorporó como prueba documental los pronunciamientos efectuados por la interventoría y supervisión del estado de cumplimiento de las obligaciones presuntamente incumplidas, como resultado de la revisión realizada frente a las mesas técnicas de trabajo adelantadas con Comcel, a corte al 31/10/2022.

Esta prueba, se concretó de la siguiente manera:

1. El 20 de septiembre de 2022, se recibió mediante correo electrónico y radicado 221075527, comunicación remitida por Comcel, solicitando la suspensión de la sesión de audiencia prevista para ese mismo día, esto es el 20/09/2022, con fundamento en las mesas técnicas de trabajo que se venían adelantando desde el 19 de septiembre de 2022 con la interventoría, la supervisión y el contratista, tendientes a garantizar la ejecución del contrato 1042 de 2020. Por lo que se reprogramó la continuación de la audiencia para el día 26 de

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

septiembre de 2022, con el fin que el despacho solicitara a la vigilancia del contrato su pronunciamiento al respecto.

2. En consecuencia, con los radicados números 222095141 y 22095417, ambos del 20/09/2022 fue solicitado por esta Coordinación tanto a la interventoría como la supervisión, informar la veracidad de las mesas de trabajo indicadas por Comcel y el estado en que se encontraban.
3. Con comunicado 221077137 del 26/09/2022 la interventoría radicó la respuesta frente a lo solicitado, señalando entre otras cosas, que se encontraban en curso mesas de trabajo de carácter técnico llevadas a cabo entre el contratista y la supervisión, las primeras de ellas adelantadas los días 19 y 20 de septiembre de 2022.
4. Por su parte, la supervisión con radicado 222097269 también del 26/09/2022, allegó a este despacho la respuesta respecto del estado de las mesas técnicas de trabajo, indicando en especial que efectivamente se estaban adelantando mesas de trabajo técnicas los días 19 y 20 de septiembre de 2022. Finalmente en su memorando coherente con la interventoría, solicitó lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior referente a lo relacionado con el expediente No 19 – Grupo 3 se encuentran en proceso planes de acción con compromisos previstos hasta el 15 de octubre de 2022, los cuales una vez presentados los soportes por parte del Contratista se verificará lo pactado por parte de la Interventoría para continuar y determinar el estado de cumplimiento de la obligación fecha prevista de finalización de revisión de la información 31 de octubre de 2022”.

5. Frente a esta solicitud, este despacho consideró procedente suspender el procedimiento administrativo sancionatorio, desde el día 26/09/2022 hasta el 01/11/2022, con el fin de otorgar el tiempo requerido por quienes ejercen la vigilancia del contrato, teniendo en cuenta la necesidad de estos, de seguir con las mesas técnicas de trabajo y que la continuidad del procedimiento no afectara el desarrollo de las decisiones de dichas mesas.
6. A partir de esto, en la continuación de audiencia del 1/11/2022, el apoderado de Comcel previo a llevar a cabo el pronunciamiento de las manifestaciones efectuadas tanto por la interventoría como por la supervisión de los descargos, manifestó que no se había incluido en el expediente los pronunciamientos de la interventoría y supervisión, respecto del reporte del estado de cumplimiento de las obligaciones endilgadas como resultado de las mesas técnicas de trabajo con corte al 31/10/2022, por ello, solicitó el aplazamiento de la audiencia hasta tanto fueron incorporados dichos conceptos.

De tal solicitud, este despacho, reprogramó la continuación de audiencia para el día 9/11/2022, con el objeto de obtener los conceptos tanto de la interventoría como de la supervisión respecto de las referidas mesas técnicas de trabajo.

7. Los días 9 y 16 de noviembre de 2022, tal y como consta en los audios y actas que hacen parte del expediente, la interventoría y supervisión concretaron su concepto relativo al estado de cumplimiento de las obligaciones en estudio como resultado de las tan mencionadas mesas técnicas de trabajo. Esta información fue decretada e incorporada en el expediente como prueba documental.

Aquí es importante y necesario traer a colación lo dicho por los que ejercen la vigilancia del contrato, en razón a que fueron los que en cumplimiento de sus funciones verificaron la información reportada por Comcel de los planes de acción que se acordaron durante las mesas técnicas de trabajo realizadas a partir del 19/09/2022 con corte al 31/10/2022.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

En ese sentido, la interventoría en audiencia⁶⁰ presentó el estado de cumplimiento de dichos planes de acción, para lo cual, a continuación, se transcriben algunos apartes de lo indicado:

“(…) el contratista en las mesas de trabajo realizadas entre la interventoría y la supervisión, realizó o planteó la entrega de unos planes de acción en el que daba cumplimiento a la obligación presuntamente incumplida del reporte de instalación, en ese sentido el contratista realizó 15 reportes de instalación desde el 20 de septiembre que significan 763 instalaciones de centros digitales, como resultado de esas verificaciones y de los reportes que ya previamente había realizado el contratista tenemos el siguiente estado.

De la meta 12 que corresponde a 3.034 centros digitales reportados por el contratista tenemos 2.832 (...) Les comentaba del incumplimiento que radicó la interventoría saliente teníamos 2 obligaciones presuntamente incumplidas por el contratista la primera trata del reporte de instalación del grupo 3, esto es que al 31 de mayo el contratista debió reportar 3.034 centros digitales como instalados y que correspondería a la meta número 12, en ese sentido entonces de acuerdo a las mesas de trabajo realizadas por la supervisión y el contratista se acordaron que el contratista debía presentar unos planes de acción en el que daba cumplimiento pues a las entregas de la totalidad de los reportes, el 31 de octubre esta interventoría debía tener ya esa verificación y por lo tanto el estado de esa verificación.

(...) esta es la relación de las entregas de los de los reportes de instalación del contratista a partir del 20 de septiembre, fecha en el que se iniciaron esas mesas técnicas de trabajo, el contratista reportó a partir del 19 de septiembre 767 centros digitales como instalados en 15 entregas, el estado de esas 15 entregas y de las verificaciones previas es el siguiente.

De la meta 12 que corresponde a 3.034 centros digitales reportados como instalados para dar cumplimiento a la meta número 12 el contratista ha reportado 2.832 centros digitales, esta interventoría ha aprobado 2.384, esto es el corte del 8 de noviembre, en revisión tenemos 432 y rechazados tenemos 16, pendientes de entrega para completar los 3.034, 202.

Ya para aprobación de la interventoría tenemos 650 reportes de instalación pendientes de aprobación por esta interventoría, frente a este estado tenemos que hacer 2 precisiones, la primera precisión tiene que ver con el estado en revisión, del estado en revisión tenemos que el 04 de noviembre el pasado viernes el contratista mediante el comunicado 1433 radicó una entrega de 411 reportes de instalación, en una verificación preliminar realizada por la interventoría se encontró que el 78% de esos reportes venían con soportes incompletos y sólo el (21%) venían con soportes completos, eso como para dejar la aclaración de la entrega que se hizo por parte del contratista el pasado 04 de noviembre.

Y la segunda precisión tiene que ver con el estado de pendiente de entrega si bien el contratista tiene pendiente de entrega 202 reportes de instalación, también nos ha radicado 169 eventos de fuerza mayor de los cuales la interventoría en la verificación que realizado a conceptuado como favorable 159 y como no favorable 10 elementos de fuerza mayor eso para tenerlos en cuenta ahorita en la tasación de la multa, este sería el estado general del cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida por el contratista del reporte de instalación.

Para la segunda obligación que señala el interventor saliente en el informe presunto incumplimiento correspondiente a la apertura y funcionamiento de centros digitales se relacionan 301 centros digitales fuera de servicio de los cuales 156 al corte del 8 de noviembre se encuentran en servicio y fuera de servicio 145, frente a esta obligación pues no hemos recibido reportes como tal del contratista para la subsanación o para el justificar o argumentar eventos de fuerza mayor que impidan que los centros digitales estén fuera de servicio.

Ese sería el estado a la fecha de corte del 08 de noviembre de las 2 obligaciones presuntamente incumplidas, como podemos observar a la fecha de hoy el contratista sigue incumplido por lo tanto entonces esta

⁶⁰ Radicado también en la Entidad con el número 221090731 del 9/11/2022.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

interventoría ratifica la imposición de la multa (...).”

La supervisión en su intervención llevada a cabo en sesión⁶¹ del 16/11/2022, concluyó el estado de los presuntos incumplimientos con corte al 08/11/2022 de la siguiente manera:

Obligación relacionada con el reporte y puesta en servicio del grupo 3 esto es la meta 12, de conformidad con lo señalado en la cláusula sexta del contrato de aporte 1042 de 2020 plazo de ejecución.

Meta	Descripción	Cant.	Fecha
12	Reporte de la instalación y puesta en servicio del Grupo 3 correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) de los Centros Digitales.	3034	31 de mayo de 2022

Meta 12	Reportados	Aprobados	En revisión	Rechazados	Pendiente entrega	Reservados aprobación
3.034	2.832	2.384*	432	16	202	650

Obligación relativa a la apertura y funcionamiento de los centros digitales, con forme lo establece el inciso 4 del numeral 3 del anexo técnico - cronograma de ejecución.

301 CD Fuera de servicio	
Online	156
Offline	145
Total	301

De las evidencias anteriores, este despacho concluye que tal y como fue reiterado en las sesiones de audiencia, estas mesas técnicas de trabajo no se discuten al interior de este procedimiento por lo que en nada afectaba su desarrollo, no obstante, en aras de que se pudiera dar un eventual cumplimiento de las obligaciones por Comcel, este Despacho suspendió la audiencia por más de un mes, sin embargo, de lo manifestado por la interventoría y supervisión, se evidencia que con corte al 8 de noviembre de 2022, el contratista solo ha reportado 2.832 CD, de los cuales han sido aprobados por la interventoría 2.384, faltando 650 CD por aprobar y así dar cumplimiento a la Meta 12, así mismo, se observa que de los 301 centros digitales fuera de servicio 156 se encuentran en servicio y 145 fuera de servicio, por lo que aun con esta prueba decretada Comcel no logró cumplir con las obligaciones a su cargo.

5.4. De las pruebas documentales aportadas con el derecho de contradicción.

De la valoración efectuada a los documentos decretados por este Despacho en sesión de audiencia del 25 de noviembre de 2022, a continuación me referiré en los siguientes términos:

1. Frente al anexo 34 que corresponde al reporte del interventor con comunicado CDIG-INTERV2-DIRINFRA-00739-2022 y radicado 221092691 de 16 de noviembre de 2022, este Despacho tal y como fue explicado en el acápite 4 de este acto administrativo, encuentra probado un eximente de responsabilidad a favor de Comcel correspondiente a 159 CD que componen la meta 12. Lo anterior, 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.
2. Los comunicados que hacen parte de los anexos 44, 45 y 46, este Despacho informa que a partir de los documentos allegados al proceso no se logró efectuar una valoración óptima en razón a que se evidencia una ausencia de medios de comprobación, es decir, dichos comunicados no fueron presentados en debida forma por el contratista debido a que: i) los documentos no permiten acceder al Sistema de Gestión del

⁶¹ Radicado con el N.º 222117757 del 16/11/2022

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

contratista para verificar que efectivamente los 52 sitios adicionales que presenta el contratista se encuentran en funcionamiento ii) no se puede constatar la trazabilidad de las observaciones efectuadas por el interventor en razón a que estos documentos no hacen parte del expediente y Comcel no los aportó y iii) los nuevos reportes de los 13 CD no cuentan con los soportes que acreditan dichos eventos de fuerza mayor.

Sobre este punto, se pone de presente que la carga de la prueba le corresponde demostrarla al contratista y no a la entidad, pues este Despacho no goza de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados por Comcel y en todo caso, es al contratista al que le interesa aportar las pruebas que considere necesarias queden demostradas en el procedimiento, por lo que, este Despacho no puede tomar decisiones que no estén fundadas en las pruebas allegadas en el marco de la actuación administrativa.

En síntesis, sobre las pruebas, se resalta lo siguiente:

- Esta actuación administrativa se ha llevado a cabo 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 audiencia, ii) obtener decisiones fundadas y motivadas por parte de la entidad.
- Comcel participó activamente durante las 9 sesiones de audiencia en la etapa probatoria, haciendo uso del derecho de solicitar y controvertir pruebas.

Es importante mencionar que el apoderado ha solicitado la práctica de pruebas en las oportunidades procesales pertinentes, lo cual no significa que la entidad tenga la obligación de decretarlas, la administración ha valorado cada una de las pruebas solicitadas y ha justificado de manera clara y objetiva si es pertinente o no, respetando así las reglas procesales del actuar de la entidad, 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*”.

Es así como este despacho, siempre ha implementado con todo rigor y apego estricto las normas relativas a la etapa probatoria, en especial el Código General de Proceso aplicable al caso por expreso mandato del CPACA en cuanto a su práctica. No obstante, el contratista, además de rendir descargos, como ya se explicó, allegó las pruebas que consideró necesarias para advertir el supuesto cumplimiento de las obligaciones endilgadas y aquí debe resaltarse que el ejercicio de las facultades que otorgan esos derechos, son potestativas para cada interesado.

Adicionalmente, el expediente digital número 19 de 2022, en todo momento, y desde el inicio de este procedimiento, ha estado a disposición del contratista, para que sea consultado y se pronuncie sobre cualquier aspecto de este, situación que en reiteradas ocasiones fue asumida por este Despacho, pues en distintas veces se remitió la información solicitada por el apoderado frente a los documentos que conforman el proceso.

En conclusión, el contratista no logró recaudar o aportar las pruebas pertinentes, útiles y conducentes, por lo que a partir del examen conjunto del expediente, se encuentra que no se acreditó el cumplimiento de las obligaciones endilgadas, de modo que si los resultados de la actuación administrativa no son los deseados por Comcel, no es responsabilidad de esta entidad, si no que parten de la autonomía unilateral del contratista de aportar las pruebas que pretendía hacer valer.

Con fundamento en todo lo expuesto y de revisada la actuación administrativa sancionatoria contractual adelantada hasta la fecha y una vez efectuado en líneas precedentes el análisis de los descargos y del acervo probatorio que obra en el expediente, encuentra este despacho probados los siguientes incumplimientos.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

En primer lugar, el incumplimiento de la cláusula sexta - plazo de ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, en el entendido de que Comcel no acreditó que a 31 de mayo de 2021, hubiera efectuado el reporte de la instalación y puesta en servicio del grupo 3, correspondiente a treinta y cinco por ciento (35%) esto es a 3.034 centros digitales que componen la Meta 12.

Aquí se recalca que a pesar de las distintas oportunidades otorgadas por el ministerio y pese a los 159 eximentes de responsabilidad reconocidos por los eventos de fuerza mayor, Comcel no acreditó el cumplimiento de esta obligación, pues solo se encuentran aprobados 2.384 CD de los 3.034.

En segundo lugar, el incumplimiento del inciso 4 del numeral 3 - cronograma de ejecución del anexo técnico del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, en razón a que en desarrollo de las 9 sesiones de audiencia, el contratista no probó ante este despacho que efectivamente realizó a 31 de mayo de 2022 la *“apertura y funcionamiento de los Centros Digitales desde el reporte de cada uno de los grupos de instalación de los Centros Digitales y a permitir el uso del servicio de conectividad a Internet por parte de la comunidad; es decir el canal para acceder al servicio a Internet deberá estar habilitado para que la comunidad pueda hacer uso del servicio durante las 24 horas del día, los 7 días de la semana (...)”*. Siendo que a la firma del presente acto administrativo acreditó que se encuentran en servicio 156 CD de los 301 centros digitales.

6. DE LA EFECTIVIDAD DE LAS MULTAS

De acuerdo con lo explicado en el análisis hecho, líneas ut supra en cuanto al incumplimiento de Comunicación Celular Comcel S.A, la entidad hará efectiva la cláusula de multas pactada en la cláusula décima tercera del contrato de aporte N.º 1042 de 2022, que señala:

“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:

(...)

2. FASE DE INSTALACIÓN Y PUESTA EN SERVICIO: *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.*

3. OTRAS OBLIGACIONES: *Si el CONTRATISTA no diere cumplimiento en la oportunidad, calidad o pertinencia a obligaciones pactadas en el contrato y los documentos que hacen parte integral de este y que no se encuentren clasificadas dentro de las etapas de planeación e instalación, de acuerdo con la especificidad incluida en los numerales anteriores, el Fondo Único de TIC podrá imponerle multa desde 11 hasta 28 SMMLV por cada mes o fracción de incumplimiento.*

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

PARÁGRAFO PRIMERO: *Las partes acuerdan que la causación, imposición y pago de las sanciones no eximen al contratista de la debida ejecución de la respectiva obligación, por lo tanto, el pago de la sanción no extingue el cumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA.*

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”.*

Así las cosas, una vez expuestas las situaciones contractuales y jurídicas, el valor a pagar por Comunicación Celular Comcel S.A, con corte al 30 de noviembre de 2022, corresponde a la suma de **TRES MIL CIENTO CATORCE MILLONES DE PESOS (\$ 3.114.000.000.00) M/CTE.**

Para el efecto se transcribe la cláusula décima cuarta del contrato de aporte N.º 1042 de 2020 así:

“CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. PROCEDIMIENTO PARA SANCIONES: *De acuerdo con lo establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el procedimiento para la aplicación de las sanciones previstas en el presente contrato será el siguiente:*

- 1. El funcionario encargado de la supervisión y control de ejecución del contrato enviará a la dependencia competente, el informe escrito sobre los hechos que puedan constituir el fundamento para la aplicación de una sanción, con su concepto al respecto.*
- 2. Recibidos estos documentos, la dependencia competente estudiará si tales hechos constituyen incumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte del CONTRATISTA que ameriten la aplicación de las sanciones pactadas. Para el efecto, dicha Oficina citará a una audiencia al CONTRATISTA con el fin de debatir lo ocurrido.*
- 3. Si el Fondo Único de TIC considera que el incumplimiento amerita la imposición de una sanción, la determinará especificando si es del caso su monto, en cuyo caso lo podrá descontar del saldo a favor del CONTRATISTA, una vez se encuentre en firme el acto administrativo que imponga la sanción”.*

De acuerdo con lo anterior y el procedimiento establecido por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A – BBVA COLOMBIA, identificado con NIT 860.003.020-1, si a ello hubiere lugar, el MinTIC/FUTIC, reclamará el valor de la multa con cargo a la garantía única de cumplimiento N.º 401-0118122020.

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. Declarar 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 S.A. COMCEL S.A identificado con NIT 800.153.993-7, en particular, las obligaciones establecidas en la cláusula sexta del contrato de aporte - plazo de ejecución y el inciso 4 del numeral 3 del anexo técnico - cronograma de ejecución, conforme a lo expuesto en la parte considerativa del presente acto.

ARTÍCULO 2. Como consecuencia de lo anterior, se impone la multa establecida en el contrato de aporte N.º 1042 de 2020, por el incumplimiento COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A identificado con NIT 800.153.993-7, en la suma de **TRES MIL CIENTO CATORCE MILLONES DE PESOS (\$ 3.114.000.000.00)**

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

M/CTE. de conformidad con lo establecido en la parte motiva de este acto y en particular, en las cláusulas décima tercera y décima cuarta del contrato antes citado.

Parágrafo 1 De acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y con la autorización realizada por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A identificado con NIT 800.153.993-7, establecida en las cláusulas décima tercera y décima cuarta del contrato de aporte N.º 1042 de 2020, la Entidad descontará de los saldos a su favor el valor de la cláusula de multas impuesta en su contra por valor de **TRES MIL CIENTO CATORCE MILLONES DE PESOS (\$ 3.114.000.000.00) M/CTE**, así como reclamar el valor de la multa con cargo a la garantía única de cumplimiento N.º 401-0118122020, expedida por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A – BBVA COLOMBIA, identificado con NIT 860.003.020-1, si a ello hubiere lugar.

En el evento de que los saldos a su favor no sean suficientes o no existan, COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A identificado con NIT 800.153.993-7 se obliga a pagar estos dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación en audiencia del presente acto administrativo, a través de operaciones ACH o consignaciones por ventanilla, debiendo contener el formato los siguientes datos:

NOMBRE: FONDO UNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

NIT: 800.131.648-6

ENTIDAD: BANCO DAVIVIENDA

TIPO CUENTA: CUENTA DE AHORROS

NUMERO: 00018-500003-3

REF 1: Número de NIT del contratista (a quien se le debe legalizar la consignación)

REF 2: 16 (número para rendimientos financieros vigencia 2022)

17 (número para rendimientos financieros vigencia 2021 o anteriores)

15 (número para recursos no ejecutados)

24 (número para multas)

Para legalizar el reintegro de los recursos ante el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las operaciones efectuadas deben ser presentadas en la coordinación del grupo interno de trabajo de Tesorería de esta entidad, indicando claramente el concepto y el número del convenio y/o contrato al cual corresponden.

Deben notificar el día de la transferencia a los correos tesoreria@mintic.gov.co y carodriguez@mintic.gov.co la realización de la operación indicando detalladamente la razón de la operación.

Parágrafo 2. En caso de no pago de los valores dispuestos en este acto administrativo, el MinTIC/Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá hacer efectiva la garantía de cumplimiento en las sumas correspondientes a las no pagadas, sin necesidad de conciliación, requerimiento judicial, arbitral o de amigable composición y mediante la comunicación que, en este sentido, emita el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A – BBVA COLOMBIA, identificado con NIT 860.003.020-1, de conformidad con lo establecido en la garantía de cumplimiento número 401-0118122020, su condiciones, las renovaciones y modificaciones a la misma, y a lo señalado en el artículo 1080 del Código de Comercio.

Parágrafo 3. La efectividad de la cláusula de multas determinada en el presente acto administrativo no obsta para que el MinTIC/ Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, adelante posteriormente las actuaciones administrativas y/o judiciales que considere convenientes, a efecto de obtener la reparación integral de los perjuicios causados por el contratista que no sean cubiertos por el valor definido en esta cláusula.

ARTÍCULO 3. Notificar el contenido de la presente Resolución a la 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.

“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, en ejecución del contrato de aporte N.º 1042 de 2020. Expediente N.º 19 de 2022”

ARTÍCULO 4. Una vez en firme la presente Resolución se solicitará mediante memorando a la Subdirección de Gestión Contractual, la publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), así como en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio en el que se encuentre inscrito COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A identificado con NIT 800.153.993-7.

Parágrafo 1. De conformidad con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 en concordancia con el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015, la información sobre la sanción impuesta a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A identificado con NIT 800.153.993-7 deberá permanecer inscrita en el Registro Único de Proponentes, por el término de un (1) año.

ARTÍCULO 5. Una vez en firme la presente Resolución se comunicará la misma a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 19 de 2012.

ARTÍCULO 6. Una vez en firme la presente resolución la Coordinadora del GIT de Actuaciones Administrativas Contractuales, enviará copia del presente acto a la Secretaría General, en su calidad de ordenadora del gasto, a la supervisión del contrato, y a las Coordinaciones de los Grupos Internos de Trabajo de Contabilidad, Cartera y Cobro Coactivo, para que de acuerdo con las funciones a su cargo realice los actos necesarios para hacer efectiva la decisión adoptada respecto de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A identificado con NIT 800.153.993-7, de conformidad con el artículo segundo del presente acto administrativo.

ARTÍCULO 7. Contra el presente acto administrativo sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO 8. La presente resolución rige a partir de su expedición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., al primer (01) día del mes de diciembre de 2022.

(Firmado digitalmente)

ADRIANA VIVAS ROBLES

Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Actuaciones Administrativas Contractuales

Proyectó: Liliana Vergara Hincapié
Rosalba Zapata Rodríguez
Luz Mary Cañas Quiroga

Revisó: Adriana Vivas Robles

ⁱ Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

REGISTRO DE FIRMAS ELECTRONICAS

resolución 4326 del 1-12-2022

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

Id Acuerdo: 20221201-192606-0cba47-15900799

Creación: 2022-12-01 19:26:06

Estado: Finalizado

Finalización: 2022-12-01 19:26:31



Escanee el código
para verificación

Firma: Firma:

Adriana Vivas Robles

52698300

avivas@mintic.gov.co

Coordinadora del GIT de Actuaciones Administrativas Contractuales

REPORTE DE TRAZABILIDAD resolución 4326 del 1-12-2022 Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones gestionado por: azsign.com.co Id Acuerdo:20221201-192606-0cba47-15900799 Creación:2022-12-01 19:26:06 Estado:Finalizado Finalización:2022-12-01 19:26:31			 Escanee el código para verificación
TRAMITE	PARTICIPANTE	ESTADO	ENVIO, LECTURA Y RESPUESTA
Firma	Adriana Vivas Robles avivas@mintic.gov.co Coordinadora del GIT de Actuaciones Admi	Aprobado	Env.: 2022-12-01 19:26:06 Lec.: 2022-12-01 19:26:20 Res.: 2022-12-01 19:26:31 IP Res.: 191.95.58.44