

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ENTIDAD PÚBLICA / CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / DERECHO A LA IGUALDAD DE CONDICIONES / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / ENTIDAD ESTATAL / ENTIDAD PÚBLICA / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / PRECIO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / ETAPA CONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTA / ACUERDO MARCO DE PRECIOS / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO

En lo relativo a la naturaleza del acuerdo, se observa que en la celebración del AMP la entidad encargada adelantó un procedimiento de selección de contratistas en el cual los proponentes participaron en igualdad de condiciones, en un escenario de competencia. En este sentido (aunque los contratos interadministrativos, en los términos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pueden estar precedidos de un procedimiento concursal), en el acuerdo de voluntades en estudio se evidencia la presencia de dos extremos contractuales bien definidos, una parte contratante (CCE) y otra parte contratista (los distintos proveedores, ejecutores del contrato). (...) El que uno de los proveedores haya sido una entidad estatal (por ser una empresa de servicios públicos con capital mixto) no desvirtúa la naturaleza del acuerdo marco de precios celebrado, en el que, con fundamento en las facultades legales concedidas por los artículos arriba referidos, se pactó la posibilidad de declarar el incumplimiento parcial o total, de hacer efectiva la cláusula penal e, incluso, de compensar su valor con las sumas que las entidades compradoras le adeudaran al proveedor (cláusula 16). (...) En este caso, la (...) actuaba como un competidor en el mercado, esto es, como un proveedor que debía cumplir con las órdenes de compra que le presentaran las entidades interesadas. En atención a lo anterior, la calificación de contrato interadministrativo (que no convenio) que pretendió la parte actora, para negar facultades en cabeza de la administración contratante, resultaría en un trato desigual e injusto para la (...) frente al resto de proveedores, al lado de los cuales, esta entidad actuaba como uno más. (...) El contrato celebrado a través del AMP no muta su naturaleza por el hecho de encontrar en el otro extremo de la relación contractual a una entidad ejecutora como la (...) quien se presentó, en una lógica de competencia en el mercado, a un procedimiento de selección para convertirse en un proveedor más de la administración. (...) La naturaleza del acuerdo que celebraron y calificaron las propias partes no puede variar con el vaivén del deseo de uno de los extremos de la relación contractual. En especial si, con la mutación que pretendió una de ellas, se buscaba un tratamiento diferente para resguardarse frente a las consecuencias del incumplimiento contractual. (...) La (...) participó en el procedimiento de selección del (...) y se sometió a sus condiciones, a pesar de lo cual, una vez resultó adjudicataria y se convirtió en uno más de los proveedores, pretendió acudir a su naturaleza de entidad pública para blindarse frente a las facultades propias que tenía la entidad contratante en la etapa de ejecución contractual, entidad última que se regía por el Estatuto Contractual, en particular, por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011. En consecuencia, los argumentos de la parte actora no resultan de recibo para excluir la competencia de CCE para la adopción de los actos administrativos demandados.

FUENTE FORMAL: LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 86 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 14 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 7 / LEY 1150 DE 2007 –

ARTÍCULO 2 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32 / DECRETO 222 DE 1983 –
ARTÍCULO 42 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 17

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 26 de julio de 2016, exp. 2257, C.P. Álvaro Namén Vargas

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / MULTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / ACTO ADMINISTRATIVO / CONTRATISTA / DERECHO A LA DEFENSA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, principio rector de las actuaciones administrativas (artículo 3 del CPACA), tiene una materialización singular y significativa frente a las actuaciones de la administración durante su actividad contractual. La desaparición, en la redacción original de la Ley 80 de 1993, de la posibilidad de pactar y hacer efectivas las multas y la cláusula penal, dio origen a un número importante de providencias que se pronunciaron sobre el debido proceso administrativo, y a la adopción de las disposiciones del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sobre las actuaciones administrativas sancionatorias en materia contractual. (...) En vigencia de la Ley 1474 de 2011, hoy resulta claro que para la declaratoria de incumplimiento, y para hacer efectiva la cláusula penal (como ocurrió en los actos administrativos demandados), la administración debe cumplir con el procedimiento legal establecido, en el cual se requiere una citación previa al contratista para que asista a una audiencia, en desarrollo de la cual la administración debe dar a conocer las razones que motivaron su actuación y las normas violadas, para que el contratista pueda, a su vez, ejercer su derecho de defensa. (...) En la actuación administrativa sancionatoria contractual adelantada por CCE, que dio origen a las Resoluciones (...) la Sala observa que se respetó el debido proceso de la parte demandante. Los propios actos administrativos en cuestión dan cuenta de la corrección del yerro en el que había incurrido la administración cuando, en la primera citación al contratista, omitió acompañar el informe del supervisor del contrato. Esta situación fue superada a petición de la parte actora, quien, una vez recibió la citación y advirtió la omisión, le solicitó a CCE corregir la irregularidad que consideró configurada, atendiendo, entre otras consideraciones, a las disposiciones del CPACA sobre la materia (...) Para el momento en el que se adelantó la audiencia y se adoptó la decisión (...) la parte demandante había tenido la oportunidad de conocer las razones que sustentaban la citación a la audiencia de incumplimiento (...) situación que le permitió estar enterada de los motivos de la administración y ejercer, sin limitación alguna y de manera plena, su derecho de defensa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / C.P.A.C.A –
ARTÍCULO 3 / LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 86 / LEY 1150 DE 2011 –
ARTÍCULO 15

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el asunto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 1997, exp. 12669, C.P. Juan Ángel Palacio; sentencia de 16 de noviembre de 1994, exp. 8449, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 15 de agosto de 1996, exp.

8358, C.P. Jesús Carrillo y sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14279, C.P. María Inés Ortiz

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / PLAZO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO

[En el caso concreto] [F]rente a la declaratoria de incumplimiento adoptada, se debe tener en cuenta que, en realidad, no existió la señalada diferencia en el entendimiento del plazo contractual (días hábiles o calendario), habida cuenta de que la propia entidad demandada reconoció que, en efecto, los días eran hábiles, tanto como que la declaratoria de incumplimiento no se produjo hasta que se agotó el plazo contractual previsto (...) Sobre este plazo se debe retener que, cuando finalmente llegó, la parte demandante no había dado cumplimiento total a sus obligaciones contractuales, como ella misma lo reconoció en el transcurso del presente proceso. Consideración en la que se basó CCE para declarar el incumplimiento parcial del contrato, y que resultaba ser una motivación adecuada para la adopción de los actos demandados.

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL

[En el caso concreto sobre la solicitud de reducción proporcional de la cláusula penal que fue impuesta por la entidad demandada, la Sala menciona que.] En atención a lo estipulado en el contrato, y a lo consagrado por el propio Código Civil, las partes pactaron el 10% del valor de las órdenes de compra como cláusula penal frente a incumplimientos totales o parciales, (...) Por lo anterior, la administración, al hacer efectiva dicha cláusula, lo hizo en los propios términos del acuerdo, para lo cual debe (...) [aplicarse] (...) el Código Civil (...) artículo 1599

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1599

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-36-000-2015-01918-01(59325)

Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: controversias contractuales – facultades excepcionales – incumplimiento contractual – procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

Síntesis del caso: el actor solicitó la nulidad del acto de declaratoria parcial de incumplimiento, en el cual se hizo exigible la cláusula penal, por considerar que la administración no tenía competencia para su expedición y que se había violado su derecho al debido proceso durante el procedimiento administrativo adelantado para su adopción.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 5 de octubre de 2016, que negó las pretensiones de la demanda¹.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia recurrida – 1.4. Recurso de apelación

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 11 de agosto de 2015 la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (ETB)², a través de apoderado judicial, presentó **demanda**, en ejercicio del **medio de control de controversias contractuales**, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente (CCE), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

“PRETENSIONES PRINCIPALES:

2.1.1 Se declare la NULIDAD de las Resoluciones N 675 del 13 de febrero de 2015 y 677 de 16 de febrero de 2015, expedidas por la doctora MARÍA MARGARITA ZULETA GONZÁLEZ, en su calidad de Directora General de COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, mediante las cuales declaró que la ETB incumplió parcialmente el Acuerdo Marco de Precios CCE-134-1-AMP-2014 y la Orden de Compra N 781 de 2014 e hizo exigible la cláusula penal contenida en la

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² Esta Corporación y la Corte Constitucional han determinado que las empresas de servicios domiciliarios mixtas, independientemente de su conformación accionaria, son entidades descentralizadas. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 2 de marzo de 2006, exp. 29.703 y Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007.

cláusula 17 del Acuerdo Marco de Precios CCE-134-1-AMP-2014, la cual ascendió a la suma de [...] \$670.588.813 y que conforme al acto administrativo puede ser compensada.

2.1.2 Sean retrotraídos los efectos patrimoniales que hayan afectado o lleguen a afectar a ETB, con ocasión a las resoluciones antes referenciadas.

2.1.3 En caso de efectuarse pagos en el transcurso del presente trámite o en el evento que se compense el valor de la cláusula penal impuesta a ETB, con los valores que por servicios prestados a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN deba a ETB en virtud del Acuerdo Marco de Precios CCE-134-1-AMP 2014 y la Orden de Compra N 781 de 2014, tales valores sean reembolsados a la empresa que represento junto con sus intereses a la tasa máxima legalmente establecida.

2.1.4 Se restablezca el derecho de ETB, por los siguientes conceptos:

a. La afectación a la empresa en los procesos de selección de contratistas de la entidades públicas y privadas, en los cuales se llegue a ver afectada por disminución de puntaje con ocasión del incumplimiento declarado y la imposición de cláusula penal en las resoluciones cuya nulidad se solicita.

b. La afectación a la empresa en los procesos de selección de contratistas de la entidades públicas y privadas, en los cuales no pueda siquiera participar por ser exigencia no contar con declaratorias de incumplimiento, imposición de multas o exigibilidad de cláusulas penales.

c. La eventual afectación al buen nombre de ETB generada con ocasión de la declaratoria de incumplimiento y exigibilidad de cláusula penal, contenida en las resoluciones cuya nulidad se solicita.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:

2.2.1 En caso de no declararse la nulidad de las resoluciones N 675 y 677 de 2015, se disponga que la cláusula penal impuesta por COLOMBIA COMPRA EFICIENTE contra ETB, sea calculada de manera parcial y proporcional al supuesto incumplimiento parcial endilgado a ETB y no por el 10% del valor total de la Orden de Compra, tal como fue calculada de manera desproporcional y exagerada por COLOMBIA COMPRA EFICIENTE”.

2. En la **demanda**³ la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes que fundamentaron sus pretensiones:

3. 1) CCE suscribió el Acuerdo Marco de Precios CCE-134-1-AMP-2014 (AMP), “para la adquisición de servicios de conectividad y centro de datos/nube privada por parte de las Entidades compradoras”, con varios proveedores, dentro de los cuales se encontraba la ETB.

4. 2) En ejecución del AMP, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y la ETB suscribieron la orden de compra 781 de noviembre de 2017, “cuyo objeto fue contratar el servicio de telecomunicaciones, incluyendo la infraestructura y dotación requeridos para la correcta prestación del mismo”. La

³ Folios 52-102 del cuaderno principal.

orden de compra tenía acta de inicio de 1 de diciembre de 2014, y su valor ascendió a \$6.705'888.136.

5. 3) El proceso contemplaba la instalación y configuración de los equipos necesarios para más de 100 enlaces de comunicación por los que circularían servicios de voz y de datos. De conformidad con lo dispuesto en el anexo técnico 4, *“la ETB contaba con un plazo de 40 días hábiles para instalar los enlaces dedicados de internet de nivel platino y 45 días hábiles para instalar los enlaces dedicados de nivel oro, plata y bronce contratados por la DIAN”*.

6. 4) Señaló el demandante que la DIAN, el supervisor del contrato y CCE, *“de manera equivocada y desconociendo la aclaración que la misma COLOMBIA COMPRA EFICIENTE llevó a cabo durante el proceso de selección, entendieron que el plazo con que ETB contaba para cumplir con la instalación de los enlaces”* era de 40 y 45 días calendario y no de 40 y 45 días hábiles, lo que condujo a que, de manera errada, consideraran que el plazo para el cumplimiento de las obligaciones vencía el 10 y el 14 de enero de 2015.

7. 5) La incorrecta interpretación, que desconocía la fuerza vinculante de las aclaraciones de la propia CCE durante el proceso de selección, llevó a que, *“habiendo transcurrido solamente 30 días hábiles contados desde la suscripción del acta de inicio, ya se estaba poniendo a ETB en una situación de incumplimiento”*. Lo anterior implicó que CCE diera inicio a una actuación administrativa en contra de la ETB basada en un error, comoquiera que, antes de que pasaran los 45 días hábiles, la empresa fue citada por CCE a una audiencia de incumplimiento, con el objeto de iniciar el procedimiento establecido en la Ley 1474 de 2011.

8. 6) Sostuvo el demandante que para la fecha en la que se inició la actuación administrativa para la declaratoria del incumplimiento, no existía el informe del supervisión del contrato, como lo exigía el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto se evidenciaba porque, con el oficio en el que programó la audiencia, CCE no remitió el informe de supervisión en el que se sustentaba la actuación, situación que se le hizo saber a la entidad, quien, en consecuencia, reprogramó la audiencia y envió una nueva comunicación con un informe de supervisión de 22 de enero de 2015, fecha posterior al inicio de la actuación administrativa (lo que había ocurrido el 16 de enero de 2015).

9. 7) En la audiencia, en la cual *“se notó un prejuizgamiento por parte de CCE”*, se declaró el incumplimiento parcial del AMP y de la orden de compra 781 de 2014, mediante Resolución 675 de 13 febrero de 2015, en la que se impuso la cláusula penal, que ascendió a \$670'588.813. En contra de la anterior Resolución se presentaron recursos de reposición por parte de la ETB y de la Aseguradora Nacional de Seguros S.A.; sin embargo, mediante Resolución 677 de 16 de febrero de 2015, se resolvió no revocar la Resolución 675 de 2015.

10. 8) Para la parte actora, CCE carecía de competencia para proferir las resoluciones mediante las cuales se declaró el incumplimiento, habida cuenta de

que el contrato celebrado se trataba de un convenio interadministrativo en los que no era procedente incluir cláusulas exorbitantes.

11. 9) Señaló que, incluso si se llegara a considerar que CCE era competente para expedir los actos demandados, era necesario revisar la proporcionalidad de la sanción, toda vez que, aunque la entidad demandada declaró el incumplimiento parcial, impuso el valor total de la cláusula penal, esto es, el 10% del total de la orden de compra.

12. Dentro de las normas violadas identificadas por la parte actora, se individualizó el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que establece el procedimiento para la imposición de multas y de declaratorias de incumplimiento.

13. El actor solicitó, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Resoluciones 675 y 677 de 2015. Esta solicitud fue denegada, pues no cumplía con los requisitos del artículo 231 del CPACA⁴.

1.2. Posición de la parte demandada

14. El 22 de enero de 2016 la entidad demandada **contestó la demanda** y se opuso a la prosperidad de las pretensiones⁵. CCE indicó que la evaluación del incumplimiento se había hecho con un plazo de días hábiles, a pesar de lo cual, la ETB había incumplido sus obligaciones.

15. CCE sostuvo que, aunque era verdad que la primera citación a la ETB no contenía el informe de supervisión, esta omisión fue saneada mediante la nueva citación, la cual se hizo con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Indicó que, en todo caso, no era cierto que se hubiera prejuzgado, comoquiera que, tanto a la ETB como a la aseguradora se le *“brindaron todas las garantías a fin de que pudie[ran] ejercer su derecho al debido proceso, a la defensa y a la contradicción”*.

16. La entidad demandada señaló que el AMP celebrado no era un convenio interadministrativo, pese a que la ETB fuera uno de los proveedores. Recordó que las partes del AMP eran CCE y los proveedores (públicos y privados), frente a lo cual sería reprochable darles un trato diferente a unos y a otros. Concluyó que el AMP estaba sujeto a las normas de contratación pública y que CCE, como entidad contratante, debía supervisar, vigilar y controlar su ejecución, para lo cual, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, contaba con la *“competencia y el deber funcional”* de aplicar las sanciones legales y contractuales.

17. Finalmente, frente a la proporcionalidad de la cláusula penal, indicó que había sido, justamente, bajo los criterios de razonabilidad y de proporcionalidad que

⁴ Auto de 17 de noviembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A. Folios 140-143 del cuaderno principal.

⁵ Folios 148-154 del cuaderno principal.

había decidido imponer el valor total de la cláusula penal pactada, pues el incumplimiento había afectado la labor de CCE y de la entidad compradora⁶.

1.3. Sentencia recurrida

18. El 5 de octubre 2016 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió, en la audiencia inicial⁷, **Sentencia de primera instancia** en la que se resolvió (se transcribe):

*“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.
SEGUNDO: Condenar a la parte actora al pago de agencias en derecho por valor de [...] \$6'700.000 a favor de la demandada.
TERCERO: La anterior decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de apelación el cual se debe interponer dentro de los 10 días hábiles siguientes [...]”⁸.*

19. Para el juzgador de primera instancia, si bien era verdad que en la citación inicial para la audiencia de incumplimiento la entidad demandada había omitido acompañar el informe del supervisor del AMP, esta situación se subsanó con la nueva citación que realizó la entidad, en la cual se cumplió con el requisito de poner en conocimiento de la convocada el informe que sustentaba la actuación, de manera previa a la realización de la referida audiencia.

20. En lo relativo a la citación a la audiencia, que fue considerada como “prematura” por la parte actora, el Tribunal concluyó que no se había configurado una violación al debido proceso, toda vez que, ante la no realización de la primera convocatoria, la diligencia se adelantó “después de vencido los 45 días hábiles estipulados en el Convenio”, fecha en la cual tan solo se había cumplido con el 83% del total de la orden de compra.

21. Para el fallador de primer grado, no se desconocieron los requisitos para la imposición de la sanción, comoquiera que, “desatendido el plazo, era procedente la declaratoria de incumplimiento parcial y por ende, la efectividad de la cláusula penal en el porcentaje equivalente”.

22. Asimismo, afirmó que el hecho de que uno de los proveedores del AMP fuera una entidad estatal no convertía el acuerdo en un “convenio interadministrativo a voluntad y conveniencia de las partes”. A lo que se debía sumar que la ley no prohibía que en este tipo de acuerdos de pactaran cláusulas que facultaran a las entidades a declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal.

23. Finalmente, indicó que la cláusula penal se había pactado en el 10% del valor total de la orden incumplida, “tanto para el incumplimiento total como parcial, por lo cual la imposición de la cláusula penal obedeció a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.

⁶ La entidad demandada no propuso excepciones.

⁷ De conformidad con lo establecido por el artículo 179 de CPACA, cuyo último inciso señala que, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no sea necesaria la práctica de pruebas, se procederá a dictar sentencia.

⁸ Folios 193-196 del cuaderno del Consejo de Estado.

1.4. Recurso de apelación

24. El 20 de octubre 2016 la parte demandante presentó **recurso de apelación**⁹, escrito donde reprodujo algunos argumentos de la demanda y en el cual insistió en que la entidad demandada había realizado, de manera anticipada, el inicio de la actuación administrativa.

25. Agregó que en la citación inicial, CCE había omitido acompañar el informe de supervisión que soportaba el inicio de la actuación. El recurrente afirmó que la omisión de la entidad resultaba insubsanable, dado que la Constitución Política, en su artículo 29, consagró como una de las garantías del debido proceso, la “*observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”.

26. Insistió en que la naturaleza del “*convenio interadministrativo*” que había sido celebrado por las partes impedía la imposición unilateral de la cláusula penal. Asimismo, reiteró que en la cláusula penal pecuniaria debió haberse producido una rebaja proporcional al cumplimiento.

27. En la oportunidad para **alegar de conclusión** el recurrente reprodujo los argumentos presentados durante el trámite del proceso. La entidad demandada¹⁰, por su parte, agregó que el objetivo de la citación a una audiencia, cuando se ha evidenciado un posible incumplimiento, no es, necesariamente, la sanción del contratista, sino que permite, de igual manera, “*estimular al contratista a que cumpla*”. En este sentido, cuando CCE citó al contratista evidenció que “*existía la amenaza cierta de que la ETB incumpliera*”, de modo que la citación también cumplía con el carácter preventivo. A lo que añadió que, en todo caso, previo al inicio de la audiencia (con la que empieza la actuación administrativa contractual sancionatoria), se había cumplido con los requisitos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

28. La entidad demanda señaló que la ETB no había probado haber sufrido ningún perjuicio durante el desarrollo del proceso, comoquiera que no había aportado prueba del pago de la cláusula penal impuesta, de donde se podía inferir que ello no había ocurrido, situación que desvirtuaba la configuración del daño emergente.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Objeto del litigio – 2.2. Análisis sustantivo – 2.2. Sobre la condena en costas

2.1. Objeto del litigio

29. En consideración a los hechos probados y a los motivos de la apelación, la Sala deberá establecer si se configuraban las razones alegadas sobre la nulidad

⁹ Folios 198-226 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁰ Folios 280-285 del cuaderno del Consejo de Estado.

de los actos administrativos demandados. Para estos efectos se observa que la controversia sometida a consideración de la Sala se circunscribe a determinar si: 1) la entidad demandada tenía las facultades necesarias para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, en atención al tipo de acuerdo celebrado; 2) si la actuación administrativa sancionatoria adelantada por la entidad trasgredió el debido proceso del recurrente y 3) si procedía una reducción de la cláusula penal en atención al cumplimiento parcial de las obligaciones.

30. De conformidad con las razones que se exponen a continuación, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, habida consideración de la naturaleza jurídica y del contenido del acuerdo que fue celebrado por las partes, y de la observancia del debido proceso durante el procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

2.2. Análisis sustantivo

31. Se aportó copia del contenido del acuerdo marco de precios para la adquisición de servicios de conectividad y centro de datos/nube privada por parte de las entidades compradoras, celebrado entre Colombia Compra Eficiente y varios proveedores¹¹.

32. De conformidad con la cláusula 16 del AMP (se transcribe):

“En caso de incumplimiento a las obligaciones del Proveedor derivadas del presente Acuerdo Marco de Precios, Colombia Compra Eficiente, en representación de las Entidades Compradoras afectadas adelantará el procedimiento establecido en la ley para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento”.

33. En el proceso obra copia de las preguntas y las respuestas a los comentarios que tuvieron lugar durante el procedimiento de selección, en las cuales se aclaró que la unidad de tiempo de “días” correspondía a “días hábiles”¹².

34. Se aportó copia de la Resolución 675 de 2015, “por la cual se declara un incumplimiento”¹³ y de la Resolución 677 de 2015, “por la cual se resuelven unos recursos de reposición”¹⁴.

35. Obra copia de la citación a la audiencia de incumplimiento¹⁵, de la solicitud de remisión del informe de supervisión elevada por la ETB¹⁶ y de la respuesta de CCE en la que hizo llegar el referido informe de supervisión¹⁷.

36. Para la Sala, de manera previa a determinar si durante el procedimiento administrativo contractual sancionatorio se violó el debido proceso de la parte

¹¹ Folios 1-18 del cuaderno 3 de pruebas.

¹² Folios 19 y 20 del cuaderno 3 de pruebas.

¹³ Folios 38-41 del cuaderno 3 de pruebas.

¹⁴ Folios 42-46 del cuaderno 3 de pruebas.

¹⁵ Folios 21 y 22 del cuaderno 3 de pruebas.

¹⁶ Folios 23 y 24 del cuaderno 3 de pruebas.

¹⁷ Folios 25 y 26 del cuaderno 3 de pruebas.

actora, se debe analizar si, de conformidad con el tipo de acuerdo celebrado y las potestades normativas en cabeza de la entidad contratante, CCE tenía la facultad para adoptar los actos administrativos demandados.

37. Para el estudio de este y de los demás cargos, se debe tener presente el contenido del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual señala (se transcribe):

“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. [...]”

38. Para el actor, las partes habían celebrado un “*convenio o contrato interadministrativo*”¹⁸, lo que, en consecuencia, impedía que se pactaran cláusulas excepcionales al derecho común, en atención a lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

39. Al respecto se debe tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano existen varias facultades en cabeza de la administración, como las consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (dentro de las que se encuentran la modificación, terminación o interpretación unilaterales o la declaratoria de caducidad) o las previstas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en donde se determina que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública pueden declarar el incumplimiento, cuantificar el perjuicio, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, así como hacer efectiva la cláusula penal.

40. En lo relativo a la naturaleza del acuerdo, se observa que en la celebración del AMP, la entidad encargada adelantó un procedimiento de selección de contratistas en el cual los proponentes participaron en igualdad de condiciones, en un escenario de competencia. En este sentido (aunque los contratos interadministrativos, en los términos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pueden estar precedidos de un procedimiento concursal), en el acuerdo de voluntades en estudio se evidencia la presencia de dos extremos contractuales bien definidos, una parte contratante (CCE) y otra parte contratista (los distintos proveedores, ejecutores del contrato).

¹⁸ En algunas ocasiones el demandante se refiere a la celebración de un convenio y en otras a un contrato interadministrativo.

41. El que uno de los proveedores haya sido una entidad estatal (por ser una empresa de servicios públicos con capital mixto) no desvirtúa la naturaleza del acuerdo marco de precios celebrado, en el que, con fundamento en las facultades legales concedidas por los artículos arriba referidos, se pactó la posibilidad de declarar el incumplimiento parcial o total, de hacer efectiva la cláusula penal e, incluso, de compensar su valor con las sumas que las entidades compradoras le adeudaran al proveedor (cláusula 16).

42. En este caso, la ETB actuaba como un competidor en el mercado, esto es, como un proveedor que debía cumplir con las órdenes de compra que le presentaran las entidades interesadas. En atención a lo anterior, la calificación de contrato interadministrativo (que no convenio) que pretendió la parte actora, para negar facultades en cabeza de la administración contratante, resultaría en un trato desigual e injusto para la ETB frente al resto de proveedores, al lado de los cuales, esta entidad actuaba como uno más.

43. El contrato celebrado a través del AMP no muta su naturaleza por el hecho de encontrar en el otro extremo de la relación contractual a una entidad ejecutora como la ETB, quien se presentó, en una lógica de competencia en el mercado, a un procedimiento de selección para convertirse en un proveedor más de la administración. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado que una entidad que se presenta como proponente a un procedimiento concursal debe *“someterse a las reglas fijadas por la Administración en la respectiva modalidad por convocatoria pública, de manera que, en virtud del derecho de igualdad que rige los procedimientos de selección, no puede alegar excepciones o tratos diferentes por su condición de entidad estatal, ya que simplemente será un proponente más”*¹⁹.

44. En el actual Estatuto Contractual de la Administración (en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993) la tipología de los contratos estatales es una tipología abierta. Los contratos y su calificación dependen de la autonomía de la voluntad de los contratantes, más que de una clasificación previa del legislador (como ocurría con anterioridad, en el Decreto 222 de 1983). Calificación de las propias partes y contenido contractual que, salvo que contraríen la Constitución o la ley (artículo 42), resulta plenamente válido y trae aparejadas consecuencias significativas y vinculantes para los sujetos contractuales, de las cuales no se pueden pretender desligar a conveniencia, menos aún cuando las facultades invocadas por la entidad contratante se derivaban de la propia ley y del acuerdo contractual celebrado, al que la ETB, como contratista y ejecutora, había sometido su voluntad.

45. La naturaleza del acuerdo que celebraron y calificaron las propias partes no puede variar con el vaivén del deseo de uno de los extremos de la relación contractual²⁰. En especial si, con la mutación que pretendió una de ellas, se

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 26 de julio de 2016, rad. 2257.

²⁰ En el referido Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil se precisó que, incluso si la presencia de una entidad estatal contratista podría hacer que el contrato se reputara interadministrativo, esto *“en manera alguna puede cambiar la naturaleza, objeto y finalidad de la relación jurídica patrimonial celebrada”*.

buscaba un tratamiento diferente para resguardarse frente a las consecuencias del incumplimiento contractual.

46. La ETB participó en el procedimiento de selección del AMP y se sometió a sus condiciones, a pesar de lo cual, una vez resultó adjudicataria y se convirtió en uno más de los proveedores, pretendió acudir a su naturaleza de entidad pública para blindarse frente a las facultades propias que tenía la entidad contratante en la etapa de ejecución contractual, entidad última que se regía por el Estatuto Contractual, en particular, por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011. En consecuencia, los argumentos de la parte actora no resultan de recibo para excluir la competencia de CCE para la adopción de los actos administrativos demandados.

47. Una vez evidenciada la facultad para la expedición de los actos en estudio, la Sala procede a pronunciarse sobre el reproche del actor relativo a la violación del debido proceso que habría tenido lugar durante el procedimiento administrativo contractual. A estos efectos, se recuerda que la censura del demandante se centró en indicar que la administración habría dado inicio, de manera prematura, al procedimiento sancionatorio, a través de una citación que recibió cuando todavía se encontraba dentro del plazo para cumplir con sus obligaciones.

48. El debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, principio rector de las actuaciones administrativas (artículo 3 del CPACA), tiene una materialización singular y significativa frente a las actuaciones de la administración durante su actividad contractual. La desaparición, en la redacción original de la Ley 80 de 1993, de la posibilidad de pactar y hacer efectivas las multas y la cláusula penal, dio origen a un número importante de providencias que se pronunciaron sobre el debido proceso administrativo²¹, y a la adopción de las disposiciones del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sobre las actuaciones administrativas sancionatorias en materia contractual.

49. En vigencia de la Ley 1474 de 2011, hoy resulta claro que para la declaratoria de incumplimiento, y para hacer efectiva la cláusula penal (como ocurrió en los actos administrativos demandados), la administración debe cumplir con el procedimiento legal establecido, en el cual se requiere una citación previa al contratista para que asista a una audiencia, en desarrollo de la cual la administración debe dar a conocer las razones que motivaron su actuación y las normas violadas, para que el contratista pueda, a su vez, ejercer su derecho de defensa.

50. En la actuación administrativa sancionatoria contractual adelantada por CCE, que dio origen a las Resoluciones 675 y 677 de 2015, la Sala observa que se respetó el debido proceso de la parte demandante. Los propios actos administrativos en cuestión dan cuenta de la corrección del yerro en el que había

²¹ Entre muchas otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de febrero de 1997, exp. 12669. En el mismo sentido, Sentencias de 16 de noviembre de 1994, exp. 8449; 15 de agosto de 1996, exp. 8358 y 20 de octubre de 2005, exp. 14.279.

incurrido la administración cuando, en la primera citación al contratista, omitió acompañar el informe del supervisor del contrato. Esta situación fue superada a petición de la parte actora, quien, una vez recibió la citación y advirtió la omisión, le solicitó a CCE corregir la irregularidad que consideró configurada, atendiendo, entre otras consideraciones, a las disposiciones del CPACA sobre la materia²².

51. Para el momento en el que se adelantó la audiencia y se adoptó la decisión (16 de febrero de 2015), la parte demandante había tenido la oportunidad de conocer las razones que sustentaban la citación a la audiencia de incumplimiento (lo cual ocurrió desde el 22 de enero de 2015), situación que le permitió estar enterada de los motivos de la administración y ejercer, sin limitación alguna y de manera plena, su derecho de defensa.

52. Finalmente, frente a la declaratoria de incumplimiento adoptada, se debe tener en cuenta que, en realidad, no existió la señalada diferencia en el entendimiento del plazo contractual (días hábiles o calendario), habida cuenta de que la propia entidad demandada reconoció que, en efecto, los días eran hábiles, tanto como que la declaratoria de incumplimiento no se produjo hasta que se agotó el plazo contractual previsto (5 de febrero de 2015). Sobre este plazo se debe retener que, cuando finalmente llegó, la parte demandante no había dado cumplimiento total a sus obligaciones contractuales, como ella misma lo reconoció en el transcurso del presente proceso. Consideración en la que se basó CCE para declarar el incumplimiento parcial del contrato, y que resultaba ser una motivación adecuada para la adopción de los actos demandados.

53. El último elemento que debe ocupar la atención de la Sala es la solicitud de reducción proporcional de la cláusula penal que fue impuesta por la entidad demandada, la cual se elevó como una pretensión subsidiaria. Para el análisis de esta pretensión se debe atender el propio pacto contractual, en el cual las partes estipularon (se transcribe):

“Cláusula 17. En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones del proveedor establecidas en el presente Acuerdo Marco de Precios, éste deberá pagar a título de cláusula penal una suma equivalente al 10% del valor total de las órdenes de compra que incumplió. Este valor puede ser compensado con los valores que le adeuden las entidades compradoras a favor de quienes el Proveedor debe pagar el valor de las cláusula penal de conformidad con las reglas del Código Civil”.

54. En atención a lo estipulado en el contrato, y a lo consagrado por el propio Código Civil, las partes pactaron el 10% del valor de las órdenes de compra como cláusula penal frente a incumplimientos totales o parciales, como el que ocurrió en el caso bajo análisis. Por lo anterior, la administración, al hacer efectiva dicha cláusula, lo hizo en los propios términos del acuerdo, para lo cual debe recordarse

²² Ley 1437 de 2011, artículo 41. “La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla”.

que el Código Civil establece, en el artículo 1599, que “*habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio*”.

2.3. Sobre la condena en costas

55. De conformidad con el artículo 188 del CPACA se condenará en costas a la parte demandante. Se fijará la suma de \$6'700.000 por concepto de agencias en derecho, dado que el apoderado de la parte demandada intervino en esta instancia.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de octubre de 2016, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demandante. Se fija la suma de \$6'700.000 por concepto de agencias en derecho, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Se ordena liquidar las costas por Secretaría.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica

Firma electrónica

MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ

ALEXÁNDER JOJOA BOLAÑOS (E)

Firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA