

CONTRATACIÓN ESTATAL – CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – Oportunidad procesal – Debido proceso – Actividad probatoria

La actividad probatoria, en términos generales, ilustra el camino que transita el proceso judicial para pasar de un estado de incertidumbre inaugural que surge del planteamiento de tesis usualmente contrapuestas, hacia un estado de verdad procesal al cual se llega con la aspiración de lograr la máxima conformidad entre la información y elementos demostrativos debatidos ante el juez, y la realización más próxima de la justicia.

Este cometido y sus fases está cimentado en una estructura de pasos concatenados con reconocimiento en sede de garantías constitucionales, como parte del núcleo del derecho fundamental al debido proceso (v. gr. el derecho a la prueba, su contradicción, la licitud de su obtención, entre otras). Por su trascendencia y fines, corresponde a una actividad que incumbe principalmente a las partes, lo que se justifica en el interés vertido en las pretensiones y en los planteamientos de defensa que cada cual enarbola para sostener su posición en juicio.

La primera oportunidad con la que cuenta el demandante para incorporar y solicitar pruebas es la demanda; para el demandado lo es la contestación, el escrito de excepciones o la demanda de reconvención. En la audiencia inicial acontece el segundo paso de la actividad probatoria correspondiendo al juez su decreto, seguido de la audiencia de pruebas como fase subsiguiente, donde ocurre la recaudación y práctica de todos los medios de acreditación oportunamente solicitados y decretados. Lo anterior sin perjuicio de la facultad oficiosa que de manera subsidiaria puede ejercer el juez, siempre que no conduzca a reemplazar o sustituir las cargas que incumben a las partes. Estos peldaños dan lugar a la debida incorporación de los insumos demostrativos y a su valoración judicial.

La Sala no comparte las razones esbozadas por el a quo para haber valorado la demanda de reconvención presentada en el trámite arbitral ya citado pues se desconocieron los momentos procesales establecidos para tal fin, y por esta vía, el derecho que tienen las partes para presentar pruebas y controvertir las que oportunamente se alleguen en su contra. Este pilar, que se integra al debido proceso (art. 29 de la Carta Política), también protege las formas propias de cada juicio, garantía que se iza con rango ius fundamental para la formación, validez y eficacia de las pruebas, incluida la oportunidad para aducirlas y hacer su contradicción, derecho que fue obviado por el a quo.

CONTRATACIÓN ESTATAL – Garantías procesales – Disciplina probatoria – Elementos demostrativos para esclarecer el proceso – Facultades officiosas del juez

Esta posición del a quo, representa un quebrantamiento del sistema de garantías que subyace a las normas procesales. El juez, en su calidad de director del

proceso, si bien puede determinar la necesidad de incorporar a la escena judicial algún elemento demostrativo para esclarecer un punto oscuro del debate, o cuando la disciplina probatoria lo amerite en el caso concreto, debe activar sus facultades oficiosas a través del respectivo auto, efectuando su decreto con expresión del objeto y fin de la prueba, y permitir su contradicción.

Sin embargo, el a quo ignoró que de forma precedente había negado el decreto de dicha prueba, y que luego no la estimó como base para activar sus facultades oficiosas; así que resultaba inadmisibles entender que la sola entrega de aquel escrito, con los alegatos de conclusión, equivalía a su incorporación jurídica al proceso. Una cosa es el aporte físico de un documento, y otra la calidad de prueba que se adquiere a través de su decreto –determinación que pasa por la constatación de los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad en materia probatoria–, y hace parte del círculo de garantías asociadas al derecho de defensa y contradicción.

Se recordará, además, que bajo el principio de la comunidad de los medios probatorios que no es posible entender que éstos pertenezcan a alguna de las partes, como tampoco al juez, quien no puede ocultar o reservarse la decisión sobre aquello que ingresa o no al proceso para sí, ni la forma de aducir los medios de prueba en juicio. Una vez las pruebas han sido decretadas, son del proceso, comunes a todos los sujetos procesales, lo que en perspectiva inversa significa que cuando no se decretan no hacen parte del proceso, más allá de que físicamente puedan reposar en el expediente.

CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – Finalidad – Interés general

Los contratos interadministrativos, más allá de tener como parte en ambos extremos a entidades públicas, conservan la finalidad de todo contrato estatal de realizar los fines que concretan el interés general, en virtud de lo cual la entidad que funja como contratante puede exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado (art. 4 de la Ley 80 de 1993) y, en correspondencia, este último tiene derecho a recibir la remuneración pactada y a que ésta no se altere o modifique durante la vigencia del contrato (art. 5 ib.).

CONTRATACIÓN ESTATAL – Ejecución contractual – Facultades coercitivas, sancionatorias y orientadoras – Irrenunciabilidad – Taxatividad – Interpretación restrictiva

Como premisa general, en la ejecución de los contratos estatales, el Legislador asignó al contratante un conjunto de facultades que le permiten ejercer la dirección, control y vigilancia del negocio jurídico para lograr su cumplimiento. Se trata de poderes exorbitantes ajenos al derecho común, que le otorgan facultades coercitivas, sancionatorias y orientadoras, con el propósito de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios o bienes públicos a su cargo y asegurar su continua y adecuada prestación.

Dichas prerrogativas son irrenunciables, taxativas, de interpretación restrictiva y aplicación temporal, limitadas a los eventos específicos que prevé el art. 14 de la Ley 80 de 1993: interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad, reversión, y sometimiento a las leyes nacionales.

La citada norma también establece que debe prescindirse de la utilización de estas cláusulas excepcionales en los contratos interadministrativos, de modo que está proscrita su estipulación en negocios como el que origina el presente asunto.

La anterior prohibición no abarca todo tipo de facultades que se pacten a favor de alguna de las partes, puesto que éstas últimas pueden provenir del ejercicio de la autonomía y libertad negocial de ellas. En efecto, los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 establecen que a los contratos estatales les son aplicables las disposiciones "comerciales y civiles pertinentes", salvo las materias expresa y particularmente reguladas por esa ley, por lo que los negocios sujetos al EGCAP se rigen por esta norma especial, que remite a las normas del derecho común en todo aquello no regulado por este estatuto de contratación pública, siempre que resulten compatibles.

CONTRATACIÓN ESTATAL – CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Sanciones y multas – Finalidad conminatoria – Cláusula penal pecuniaria

La estipulación referida a las multas constituye una cláusula accidental en la teoría general de los negocios jurídicos, cuya incorporación, al alinearse con los elementos esenciales y naturales de la contratación estatal, tienen como propósito compeler al deudor a la debida ejecución de las prestaciones parcialmente incumplidas, lo que revela su finalidad conminatoria.

La cláusula penal también constituye una obligación accesoria, en virtud de la cual las partes establecen una pena (consistente en dar o hacer algo en caso) ante el evento de que no se ejecute una prestación o se retarde su cumplimiento artículo 1592 C.C.–. La misma puede cumplir varias funciones: es compensatoria cuando contiene la estimación de los perjuicios generados por la infracción obligacional; o moratoria, cuando se ha pactado para apremiar al deudor al cumplimiento de la prestación.

No se puede exigir, a la vez, la obligación principal y la pena –artículo 1594 C.C.– ni solicitar de forma conjunta las dos funciones de esta cláusula, compensatoria y moratoria, salvo que así se haya estipulado, es decir, que se haya convenido que el pago de la pena no da lugar a la extinción de la obligación principal – artículo 1600 C.C.–

Estas cláusulas (la multa y la cláusula penal) no constituyen reglas inusuales o extraordinarias, son sanciones de frecuente pacto entre los particulares –no así la imposición–, por lo que su convenio de ninguna forma es extraño en el tráfico negocial, sino expresión de la voluntad de las partes.

Tampoco se configuran en ellas los criterios que la doctrina ha explicado para esclarecer la concreción de la exorbitancia o excepcionalidad de tales cláusulas, ni se ajustan a los eventos que de forma expresa y taxativa la ley definió como facultades excepcionales en el art. 14 de la Ley 80 de 1993; por lo que es viable que aquellas sanciones se pacten en contratos interadministrativos y, en esa medida, no son nulas las cláusulas del contrato que las estipularon.

La Ley 80 de 1993 no consagró la atribución a favor del contratante para que, sin necesidad de acudir a un juez, pudiera imponer las multas y declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Con la Ley 1150 de 2007, art. 17, el Legislador estableció dichas prerrogativas a favor de las entidades estatales, competencia reiterada en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

Para la imposición de las multas y la declaratoria de incumplimiento que permita hacer efectiva la cláusula penal, no basta la aludida habilitación legal; las normas consagraron que para que estas facultades procedan es necesario que las partes pacten expresamente tales sanciones en el contrato.

Bajo ese derrotero, el Legislador contempló diferentes mecanismos para que el contratante pueda actuar frente a la mora o el incumplimiento del contratista, con el fin de que de forma directa y sin acudir al juez del negocio pueda declarar la configuración de los supuestos que dan lugar a la concreción de las multas y la cláusula penal, a través de la expedición de actos administrativos.

Estas atribuciones denotan una prerrogativa pública que no procede en el marco del derecho común, pues la imposición de la multa y declaración de incumplimiento solo tiene lugar en virtud de la determinación judicial en tal sentido, a menos que las partes acuerden expresamente conferir a los sujetos negociales la facultad unilateral de aplicarlas.

CONTRATACIÓN ESTATAL – CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Potestad legal del contratante frente a su colaborador – Declaratoria de incumplimiento – Atribuciones unilaterales

En este escenario, la imposición y la efectividad en forma unilateral de este tipo de sanciones contractuales reflejan una potestad legal del contratante frente a su colaborador, sin que se entiendan excluidas las entidades estatales que actúan en esta última calidad, comoquiera que en los contratos interadministrativos asumen la misma posición jurídica que tendría un contratista particular, en virtud de los intereses contrapuestos que se ventilan, generando que una de las partes (el contratante) se ubique en un plano diferencial que lo habilita frente al otro.

Así las cosas, en los negocios jurídicos sometidos al EGCAP, como lo es el de la referencia, el contratante ostenta la facultad para declarar unilateralmente la ocurrencia de un evento desencadenante de una multa o el incumplimiento

negocial, con el fin de aplicar la cláusula penal estipulada, siempre que las partes hubieren contemplado dichas sanciones en el texto del contrato.

Lo anterior de ninguna manera desconoce el art. 14 de la Ley 80 de 1993, dado que las potestades excepcionales allí contenidas se circunscriben al listado taxativo y delimitado expresado en la norma, sin posibilidad de ampliar este catálogo a otras facultades, como la imposición de la multa y la declaratoria de incumplimiento a efectos de hacer efectiva la cláusula penal de forma unilateral.

Dado que la jurisprudencia no constituye una vía admisible para llegar a una interpretación que rebase la taxatividad establecida en el art. 14 de la Ley 80 de 1993, hay que señalar, en punto a los contratos interadministrativos, que la estipulación de atribuciones unilaterales no fue restringida por el Legislador, como sí lo fue la exorbitancia de las potestades enlistadas en el citado art. 14, las cuales no se corresponden con las figuras sancionatorias analizadas.

CONTRATACIÓN ESTATAL – CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Inejecución parcial del contrato

A voces del artículo 1613 del C.C., la desatención del contenido obligacional a cargo del deudor puede presentarse bajo cuatro modalidades, a saber: a) la inejecución total, b) la inejecución parcial, c) la ejecución defectuosa, y d) el retardo o cumplimiento tardío de las prestaciones debidas.

CONTRATACIÓN ESTATAL – CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Potestad sancionatoria – Proporcionalidad – Juicio de adecuación – Consonancia de la sanción

Sobre el particular, esta Sección ha manifestado que la proporcionalidad constituye uno de los principios rectores sobre los cuales debe erigirse el ejercicio de la potestad sancionatoria, el cual exige dos valoraciones, una de cara a la actuación de los órganos del Estado, las cuales deben dirigir su actuar bajo esta línea de reconocimiento, y otra frente al juez a quien corresponde controlar las determinaciones de la administración a fin de constatar si su conducta se ciñó a un juicio de adecuación o consonancia entre los hechos aducidos, las decisiones proferidas y las finalidades que se persiguen con éstas.

En punto a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, se ha establecido que “el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción”, puesto que el artículo 1596 del Código Civil prescribe que el deudor tiene derecho a que se rebaje o gradúe proporcionalmente la pena pactada en atención al monto de las prestaciones efectuadas por éste y aceptadas por la entidad, con la aclaración de que el parámetro de disminución de la sanción no es la magnitud del daño, sino el grado de ejecución del contrato por parte del deudor. Con todo, tratándose de negocios jurídicos en que el objeto es indivisible, es decir, en los que sólo hay lugar a su ejecución completa, el valor de la cláusula debe corresponder al monto íntegro bajo el que se pactó; salvo que la contratante acepte del contratista la parte ejecutada.

De esta forma, los aspectos que se deben tener en cuenta, en aras de acceder o no a la disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, son: (i) el porcentaje efectivamente ejecutado por el contratista, y (ii) si la entidad pública contratante recibió esa parte del objeto convenido.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 250002336000201501024 01 (67.158) (ACUMULADO)
Demandante: UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – régimen aplicable / MULTA Y CLÁUSULA PENAL – no son cláusulas excepcionales / DEBIDO PROCESO – se desconoce al otorgar mérito a insumos probatorios que fueron incorporados de forma extemporánea al proceso / CLÁUSULA PENAL – procede su disminución por parte del juez ante la falta de constatación de su proporcionalidad / El valor del IVA no es parte del valor del contrato para efectos de la imposición de la cláusula penal.

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

El centro de la controversia se enfoca en determinar si el pacto de la cláusula de multas y penal pecuniaria dentro de un contrato interadministrativo contraviene el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y si el contratante podía hacerlas efectivas sin intervención del juez del contrato.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión adoptada el 29 de julio de 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora¹.
2. El anterior proveído decidió las demandas presentadas por UNE EPM Telecomunicaciones S.A.² (en adelante UNE, la sociedad, o la demandante) contra

¹ Se condenó a la demandante a pagar las agencias en derecho a favor del Ministerio, en el monto correspondiente al 1% de las sumas peticionadas.

² Identificada por su sigla UNE TELCO, fue constituida por escritura pública No. 2183 del 23 de junio de 2006, expedida por la Notaría 26 de Medellín, como una sociedad anónima de carácter oficial, bajo la forma de empresa de servicios públicos. Mediante el Acuerdo 17 de 2013 proferido por el Concejo de Medellín, se autorizó la transformación de UNE EPM Telecomunicaciones en una sociedad de economía mixta, con participación mayoritaria de entidades descentralizadas del municipio de Medellín. A fls.171 y 172, del c.4., se constata que la composición accionaria con aportes públicos supera el 50%, así:

de la Nación – Ministerio del Trabajo (en adelante el Ministerio, la contratante o la demandada).

3. La primera fue presentada el 30 de abril de 2015³, bajo la radicación 2015-01024 y la segunda el 11 de marzo de 2016⁴ con radicado 2016-00614. Esta última fue acumulada al presente proceso mediante proveído del 5 de septiembre de 2016⁵, proferido por el Tribunal de origen.

4. Las pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación.

Proceso 2015-01024 - Pretensiones

5. La demandante solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (transcripción literal incluidos eventuales errores):

“2.1. PRETENSIONES PRINCIPALES

PRETENSIÓN PRINCIPAL No. 1: *Que se declare la nulidad absoluta de las cláusula (sic) Décima Tercera y Décimo Cuarta del Contrato Interadministrativo suscrito el 8 de noviembre de 2013, entre el MINISTERIO DE TRABAJO y UNE EPM TELCO, en su condición de entidades públicas o estatales, en cuanto esas cláusulas facultaron al Ministerio del Trabajo para imponer multas contra su contratante UNE EPM TELCO, con violación directa del parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1.993.*

PRETENSIÓN PRINCIPAL No. 2: *Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare la **Nulidad** de las Resoluciones Nos. 3134 del 29 de julio de 2014 y 4371 del 2 de octubre de 2014 proferidas por el MINISTERIO DEL TRABAJO, que tuvieron como soporte la anterior estipulación.*

PRETENSIÓN PRINCIPAL No. 3: *Que como consecuencia de la nulidad declarada y a título de restablecimiento:*

3.1. *Se ordene al MINISTERIO DE TRABAJO devolver totalmente a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. el valor de \$1.239.999.999,80, o la suma que efectivamente pruebe dentro del proceso haber pagado o que le fue descontada ilegalmente por EL MINISTERIO DEL TRABAJO en ejecución del Contrato Interadministrativo 407 de 2013 y con ocasión de las Resoluciones Nos. 3134 de fecha 29 de julio de 2014 y 4371 del 2 de octubre de 2014.*

3.2. *Que las sumas antes indicadas le sean devuelta (sic) por EL MINISTERIO DEL TRABAJO, debidamente indexadas con base en el índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE, desde la fecha en que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. realizó el pago o desde la fecha en que se le retuvieron ilegalmente por el MINISTERIO DE TRABAJO hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia de primera o segunda instancia que ponga fin al presente proceso.*

ACCIONISTA	Acciones Clase A	Acciones Clase B	Valor (COP\$)	Porcentaje (%)
Empresas Públicas de Medellín E.S.P. - EPM	4.223.309	3	30.150.529,50	50,000000%
Instituto de Deporte y Recreación	1	0	7,139072249457	0,000012%
Millicom Spain S.L.	4.222.467	0	30.144.496,98	49,989996%
Peak Record S.L.	211	0	1.506,34	0,002498%
Peak Five S.L.	211	0	1.506,34	0,002498%
Global Albion S.L.	211	0	1.506,34	0,002498%
Global Locronan S.L.	211	0	1.506,34	0,002498%
TOTAL	8.446.621	3	60.301.059,00	100%

³ Fl 2, c. 1.

⁴ Fl. 2, c.5.

⁵ Fls. 158 a 164, c.1.

3.3. Que se ordene al MINISTERIO DEL TRABAJO a pagar los intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida en la sentencia de primera o segunda instancia que ponga fin al presente proceso, desde la fecha de su ejecutoria, hasta cuando efectúe el pago correspondiente a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.

3.4. Que se ordene al MINISTERIO DEL TRABAJO, (sic) cancelar cualquier registro o anotación que hubiere efectuado a nombre de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. por motivo de las Resoluciones Nos. 3134 del 29 de julio de 2014 y 4371 del 2 de octubre de 2014 proferidas por la precitada entidad.

3.5. Que se condene al MINISTERIO DEL TRABAJO a pagar las costas del proceso y agencias en derecho.

2.2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL No. 3: Que en caso de no haberse pagado o descontado las (sic) suma de \$1.239.999.999,80, o la que efectivamente pruebe dentro del proceso que fueron descontadas ilegalmente POR EL MINISTERIO DEL TRABAJO en ejecución del Contrato Interadministrativo 407 de 2013 y con ocasión de las Resoluciones Nos. 3134 de fecha 29 de julio de 2014 y 4371 del 2 de octubre de 2014, se solicita que dicho valor no se tenga en cuenta en la liquidación contractual correspondiente⁶.

Proceso 2016-00614 - Pretensiones

6. La sociedad formuló los siguientes pedimentos (transcripción literal incluidos eventuales errores):

“PRETENSIONES PRINCIPALES

PRETENSIÓN PRINCIPAL No. 1: Que se declare la **Nulidad** de las Resoluciones Nos. 2035 del 04 de junio de 2015 y 3200 del 21 de agosto de 2015, proferidas por el MINISTERIO DEL TRABAJO, que tuvieron como fundamento la cláusula décimo cuarta del Contrato 407 de 2013.

Para la anterior declaración en caso de concederse la acumulación de procesos previamente se debe anular la cláusula décimo cuarta del contrato interadministrativo 407, que fue demandada en el proceso radicado como 25000233600020150102400, que cursa ante el mismo Tribunal, o de lo contrario la misma debe ser inaplicada por ser ostensiblemente ilegal.

PRETENSIÓN PRINCIPAL No. 2: Que como consecuencia de la nulidad declarada a título de restablecimiento:

4.1. Se ordene al MINISTERIO DE TRABAJO devolver totalmente a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. el valor de TRES MIL NOVENTA Y NUEVE MILLONES, NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL, NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS, CON CINCUENTA CENTAVOS (3.099.999.999,5), o la suma que efectivamente pruebe dentro del proceso que fueron descontadas ilegalmente POR EL MINISTERIO DEL TRABAJO en ejecución del Contrato Interadministrativo 407 de 2013 y con ocasión de la ejecución de las Resoluciones Nos. 2035 del 04 de junio de 2015 y 3200 del 2 de octubre de 2014 (sic).

4.2. Que las sumas antes indicadas le sean devuelta (sic) por EL MINISTERIO DEL TRABAJO, debidamente indexadas con base en el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE, desde la fecha en que a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. se le retuvieron ilegalmente por el MINISTERIO DE TRABAJO hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia de primera o segunda instancia que ponga fin al presente proceso.

4.3. Que se ordene al MINISTERIO DEL TRABAJO a pagar los intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida en la sentencia de primera o segunda instancia que ponga fin al presente proceso, desde la fecha de su ejecutoria, hasta cuando efectúe el pago correspondiente a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.

⁶ Folios 4 y 5, c.1.

4.4. Que se ordene al MINISTERIO DEL TRABAJO, cancelar cualquier registro o anotación que hubiere efectuado a nombre de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. por motivo de las Resoluciones Nos. 2035 del 04 de junio de 2015 y 3200 del 2 de octubre de 2014 (sic), proferidas por Ministerio del Trabajo.

4.5. Que se condene al MINISTERIO DEL TRABAJO a pagar las costas del proceso y agencias en derecho.

PRETENSIÓN PRINCIPAL No. 3: Que se condene al MINISTERIO DEL TRABAJO al reconocimiento y pago de cualquier otro perjuicio que se le haya causado a UNE-EPM-Telecomunicaciones, como consecuencia de la ejecución del contrato o de los actos demandados que se establezca en el curso del Proceso y que a juicio del despacho deba ser declarada.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 2

Que en caso de no haberse descontado las sumas de TRES MIL NOVENTA Y NUEVE (sic), NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL, NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS, CON CINCUENTA CENTAVOS (3.099.999.999,5), o la suma que efectivamente pruebe dentro del proceso que fueron descontadas ilegalmente POR EL MINISTERIO DEL TRABAJO en ejecución del Contrato Interadministrativo 407 de 2013 y con ocasión de la ejecución de las Resoluciones Nos. 2035 del 04 de junio de 2015 y 3200 del 21 de agosto de 2015, se solicita que dicho valor no se tenga en cuenta en la liquidación contractual correspondiente.

PETENSIÓN (sic) SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES

Que se declare la nulidad de las Resoluciones 2035 del 4 de junio de 2015 y 3200 del 211 (sic) de agosto de 2015, expedidas por el Ministerio de Trabajo, en cuanto al moto (sic) de la cláusula penal y se fije su nuevo valor, para lo cual debe tomarse en cuenta que (i) el valor del IVA no hace parte del valor del contrato y (ii) que la cláusula penal debe reconocer el porcentaje o la proporción del contrato, (sic) que fue ejecutado y debe restringirse proporcionalmente al incumplimiento de acuerdo a lo que resulte probado dentro del proceso⁷.

Hechos⁸

7. El 8 de noviembre de 2013, UNE y el Ministerio celebraron el contrato interadministrativo 407 (en adelante el *contrato*), cuyo objeto consistió en proveer una solución tecnológica consistente en un sistema integrado de información que comprendía el suministro de software, bienes y servicios para su implementación y mantenimiento post-producción, por valor de \$12.399'999.998, incluido IVA. Se acordó un plazo inicial de 8 meses (31 de julio de 2014), y uno para actividades de post-producción (hasta el 30 de noviembre de 2014).

8. En las cláusulas décimo tercera y décimo cuarta del contrato se pactó que el Ministerio podría imponer multas a UNE en caso de presentarse mora o incumplimiento de sus obligaciones; en la segunda, se acordó una cláusula penal pecuniaria, por el incumplimiento total, parcial o defectuoso del contratista.

9. UNE podía ejecutar sus obligaciones en la medida en que el Ministerio observara sus compromisos de aprobación de requerimientos y/o documentos, para precisar y atender la necesidad del contratante. Debido a retrasos en la aceptación y aprobación de la información, se afectaron los cronogramas de trabajo.

10. El 4 de julio de 2014, UNE fue citada a rendir descargos dentro del proceso sancionatorio iniciado por incumplimiento en las fechas de entrega de los módulos

⁷ Fls. 15 a 17, c.5.

⁸ Dado que los procesos comparten los mismos supuestos fácticos se enuncian de forma conjunta para ambos asuntos.

fijadas en el cronograma; sin embargo, dicha citación no se ajustó a los requerimientos del art. 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que no fue acompañada del informe del supervisor del contrato, como lo prescribe la norma.

11. El 29 de julio de 2014, el Ministerio profirió la Resolución 3134 en la que impuso una multa al contratista por valor de \$1.239'999.999,80, descontables de las sumas adeudadas. La contratista presentó recurso de reposición contra esta decisión, que fue resuelto a través de la Resolución 4371 del 2 de octubre de 2014, que confirmó la anterior determinación.

12. El 30 de julio de 2014, las partes suspendieron el contrato hasta el 5 de agosto de ese año, y mediante la prórroga 1 extendieron su plazo hasta el 15 de diciembre de 2014, dado que existieron retrasos técnicos y gerenciales que condujeron a reprogramar las actividades entregadas al Ministerio.

13. El 12 de diciembre de 2014, las partes acordaron suspender el contrato del 15 al 22 de ese mismo mes y año.

14. El 26 de enero de 2015, el supervisor del contrato presentó un informe indicando que a la fecha de culminación del plazo –23 de diciembre de 2014– UNE no entregó el sistema de información, sin tener en cuenta el desequilibrio económico del contrato, ocurrido por causas atribuibles a la demandada. Con base en dicho informe se citó a la sociedad, en el marco de un procedimiento sancionatorio.

15. La contratista pidió el decreto y práctica de unos testimonios⁹, pero la contratante los negó.

16. El 4 de junio de 2015, el Ministerio profirió la Resolución 2035, declarando el incumplimiento del contrato de UNE, haciendo efectiva la cláusula penal por valor de \$3.099'999.999,5 y determinando la ocurrencia del siniestro de incumplimiento cubierto por la póliza 2917313000215, expedida por Mapfre Seguros de Colombia. Decisión recurrida por UNE y confirmada con Resolución 3200 del 21 de agosto de 2015.

Fundamentos de derecho

17. Se adujo el desconocimiento de los artículos 13, 29 y 121 de la Constitución Política, 14, 44, 45, 47 y 28 de la Ley 80 de 1993, y 86 de la Ley 1474 de 2011.

18. Como sustento de sus pretensiones de nulidad esbozó los siguientes cargos:

Proceso 2015 – 01024

19. Las cláusulas décimo tercera (multas) y décimo cuarta (penal pecuniaria) contienen facultades exorbitantes prohibidas en los contratos interadministrativos, por lo que procede su nulidad y la de las Resoluciones 3134 y 4371 de 2014.

⁹ Se refiere a las declaraciones de los señores: "John Jorge Rincón del Ministerio del Trabajo, Doris Edith Soto, gerente del proyecto al interior de UNE, Carlos Holmes Buitrón Ruano, gerente del Programa Ministerio del Trabajo, Ronald Muñoz, Arquitecto de Software UNE, Rubén Nieto, Supervisor del contrato para el Ministerio del Trabajo, Carlos Moreno S y Giovanni Fernández por su cercanía y conocimiento del contrato" (fl. 10, c.5).

20. Los actos administrativos son nulos, además, por cuanto:

(i) *Fueron expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse:* Se contravino el art. 14 de la Ley 80 de 1993 que contiene la citada prohibición.

(ii) *Fueron expedidos sin competencia:* La contratante no podía ejercer una potestad exorbitante en un contrato interadministrativo.

(iii) *Fueron expedidos de forma irregular:* El Ministerio debió actuar bajo las reglas del derecho privado y no expedir actos administrativos para declarar el incumplimiento total o parcial del contrato.

(iv) *Fueron expedidos con desviación de poder:* El ejercicio de las cláusulas 13 y 14 excedió las funciones públicas asignadas a la contratante.

(v) *Vulneración del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, dado que las cláusulas décimo tercera y décimo cuarta son contrarias al derecho de igualdad.* En contratos interadministrativos, las entidades públicas actúan en un plano de igualdad.

Proceso 2016 – 00614.

21. UNE reiteró los cargos formulados en el primer proceso para pretender la nulidad de las Resoluciones 2035 y 3200 de 2015, y agregó los siguientes:

(i) *“Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa”*, ante la negativa de decretar los medios de prueba pedidos en el procedimiento sancionatorio y poder demostrar el incumplimiento del Ministerio y la ejecución de sus prestaciones.

(ii) *“Aplicación indebida del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011”*. Dicha norma no era aplicable, pues el Ministerio carecía de atribución legal para emitir esa decisión de forma unilateral, debiendo acudir al juez.

(iii) *“Desconocimiento del mandato contenido en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011”*, pues no se aplicaron los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la pena impuesta, al no haber descontado el IVA del valor del contrato, ni considerar las prestaciones ejecutadas por el contratista.

Contestación de la demanda

Proceso 2015 – 01024¹⁰

22. El Ministerio se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que el negocio celebrado se rige por el EGCAP al ser un contrato interadministrativo, y las multas y la cláusula penal son figuras del derecho común, aplicables en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que no comportan exorbitancia. Se refirió a que adelantó el procedimiento sancionatorio conforme a la Ley 1150 de 2007 y el art. 86 de la Ley 1474, respetando el debido proceso. Finalmente, formuló las excepciones que denominó: *“[I]legalidad de los actos y el deber de cuidado del presupuesto público”* e *“innominada”*.

¹⁰ Fls. 93 a 103, c.1.

Proceso 2016 – 00614¹¹

23. En oposición a las pretensiones del actor, adujo que UNE no entregó la solución integral para la prestación del servicio necesario para la construcción de la primera fase del Sistema Integrado de Información dentro del plazo negocial.

24. Indicó que no es cierto que el Ministerio hubiese exigido actividades fuera del alcance contractual, ni se generaron sobrecostos. El desbalance del contrato se dio por incumplimiento del contratista, pues: (a) al finalizar el plazo UNE no presentó evidencia del funcionamiento de cada uno de los ambientes de la plataforma de hosting; (b) entregó documentación parcial de algunos módulos de los subsistemas, y no entregó ninguno de los 7 subsistemas del proyecto completo; (c) las pruebas de carga y *stress* no se llevaron a cabo, tampoco las de seguridad ni integración; (d) no suministró especificaciones funcionales completas de los 7 subsistemas, ni especificaciones no funcionales del sistema completo, incumpliendo las fases siguientes del ciclo de construcción del sistema de información; (e) no aportó evidencia del cumplimiento de los lineamientos del Gobierno en Línea, ni certificación de acatamiento de las políticas de seguridad establecidas por la contratante; e, (f) incumplió el recurso humano ofertado.

25. Agregó que los actos debatidos se ciñen a la ley contractual y al estatuto anticorrupción. Propuso las mismas excepciones formuladas en el proceso 2015-01024.

Intervención de la Aseguradora como tercero interesado¹²

26. Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (en adelante Mapfre) manifestó que las resoluciones enjuiciadas transgreden el art. 14 de la Ley 80 de 1993. Cuestionó que el Ministerio declarara el incumplimiento del contrato y la ocurrencia del siniestro e indicó que el desbalance de la relación igualitaria que debe permear el contrato se produce cuando una de las partes puede declarar su incumplimiento. De igual manera sostuvo que la declaratoria unilateral del siniestro de incumplimiento sólo procede en los contratos regidos por el EGCAP, no por el derecho privado. Insistió en la nulidad de los actos enjuiciados, porque: (a) *se expidieron con fraude a la ley*, dado que no era viable la imposición unilateral de la multa y de la cláusula penal; (b) *fueron expedidas sin competencia*, al carecer el Ministerio de atribución legal para declarar el incumplimiento y el siniestro; (c) *desconocen las normas del código de comercio sobre la configuración y prueba del siniestro* –art. 1077 y 1080 C.Co.–; (d) *adolecen de falsa motivación*, pues se sustentan en apreciaciones subjetivas del supervisor del contrato, sin pruebas sobre inobservancias imputables al contratista; y (e) *superan los límites previstos en la ley mercantil sobre la responsabilidad del asegurador*, ya que las obligaciones impuestas a Mapfre ascienden a \$4.339'999.999,30, superando la suma asegurada en el amparo de cumplimiento de la póliza No. 2917313000215, que fue de \$3.100'000.000, y el asegurador sólo está obligado a responder hasta concurrencia del valor asegurado.

¹¹ Fls. 221 a 230, c.1.

¹² En proveído del 5 de septiembre de 2016, el *a quo* vinculó a la compañía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. como tercero interesado (fls. 158 a 164, c.1.). Su intervención obra a fls. 265 a 299, c.1.

27. Pidió se declare la nulidad de los actos demandados y, como consecuencia, se declare que Mapfre no está obligada a pagar las indemnizaciones ordenadas y, de haberse hecho el pago, se ordene su devolución debidamente indexada, con reconocimiento de intereses comerciales. Si no se anulan tales actos, la condena sólo podría afectarlo hasta la concurrencia del valor asegurado.

Fundamentos de la sentencia impugnada

28. El *a quo* señaló:

29. (i) el contrato interadministrativo se regía por el EGCAP y que el art. 14 de la Ley 80 de 1993 estableció de forma taxativa las potestades excepcionales y su prohibición en contratos interadministrativos; sin embargo, las cláusulas de multas y penal pecuniaria no corresponden a ninguna de tales potestades y su pacto devino del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Precisó que la unilateralidad no es sinónimo de exorbitancia, y esta última sólo proviene del imperio de la ley. Por tanto, ni las referidas cláusulas ni las resoluciones debatidas adolecen de nulidad por infringir las normas en que se sustentan.

30. (ii) Las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 reconocen la competencia de las entidades sometidas al EGCAP para la aplicación unilateral de las multas y de la cláusula penal, sin tener que acudir al juez para la declaratoria de incumplimiento parcial o total, siempre que se estipulara de forma expresa en el acuerdo.

31. (iii) El acervo probatorio da cuenta de que tanto la imposición de la multa, como la decisión de hacer efectiva la cláusula penal se ciñeron al procedimiento prescrito en la Ley 1474 de 2011, y se verificaron todas las garantías procesales.

32. (iv) UNE no realizó solicitud probatoria cuando rindió los descargos relativos a la aplicación de la multa; y aunque sí lo hizo bajo el procedimiento de declaratoria de incumplimiento, la contratante las negó por impertinentes, expresando las razones de ello. De modo que no se transgredió el debido proceso de la contratista.

33. (v) Las decisiones sancionatorias estuvieron debidamente fundamentadas en el incumplimiento de UNE, y la conducta de la contratante no influyó en su resultado, en tanto: (a) el Ministerio puso a su disposición los medios y la información necesaria para desarrollar el proyecto; (b) la subcontratación no estaba prohibida, y como UNE no era experta en software, contrató 3 firmas que presentaron problemas con el personal y la herramienta empleada; (c) suscrita la prórroga del negocio jurídico, la contratista debía demostrar que no continuaron las circunstancias que dieron lugar a ella, pero las observaciones se repitieron por los mismos problemas; y, (d) dentro de un proceso arbitral que enfrentó a UNE y a una de sus subcontratistas (ADA), la primera afirmó que su contratista (ADA) no entregó el software completo por falta de personal e idoneidad en lo proyectado. Así que la actora obró con deslealtad al no poner de presente los supuestos de dicho trámite arbitral ante esta jurisdicción. Asimismo, el *a quo* concluyó que los incumplimientos aducidos no se refieren a prestaciones a cargo del Ministerio.

34. (vi) No hay lugar a reducir el monto por el cual fue tasada la cláusula penal, porque las obligaciones del negocio son indivisibles, lo que impone el cobro total del

porcentaje pactado (25%). Tampoco es posible restar el valor del IVA del precio del contrato, comoquiera que éste se determinó bajo una suma integral sin tal discriminación.

35. (vii) La cláusula penal impuesta en la Resolución 2035 del 4 de junio de 2015 se ajustó a lo pactado, al corresponder a la suma de \$3.099'999.999,5, cifra que no supera 25% acordado en el contrato (como el valor del contrato se estableció en \$12.399'999.998, el 25% ascendía a \$3.100'000.000)¹³.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

36. La demandante pidió revocar la sentencia de primer grado, bajo los siguientes argumentos centrales:

37. (i) La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴ ha reconocido que la imposición unilateral de multas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria corresponden a potestades excepcionales, aun sin estar previstas en el art. 14 de la Ley 80 de 1993. Como su inclusión está proscrita en contratos interadministrativos, el *a quo* debía declarar la nulidad de las cláusulas y de los actos que las impusieron por falta de competencia y objeto ilícito.

38. (ii) El *a quo* realizó una incompleta valoración probatoria, en especial de la prueba testimonial y pericial que revelan el incumplimiento del Ministerio. Dentro del plazo, UNE cumplió el 100% de la infraestructura de alojamiento “hosting”, la entrega de las 900 tabletas, y los 15 computadores en arrendamiento. Sólo pudo avanzar en un 46% del software por situaciones atribuibles a la contratante, debido a: el cambio de arquitectura, adición de actividades y procesos no pactados; inicio tardío de actividades y reuniones; retrasos en la entrega de información y aprobaciones; no definición de información frente a requerimientos funcionales; falta de gerencia, liderazgo y apropiación del proyecto al interior del Ministerio.

39. (iii) Destacó que el hecho de que UNE hubiese contratado 3 firmas para que ejecutaran el software no desdice de su calidad de experto en la materia. Ello no se discutió al celebrar el negocio, ni en su ejecución, y los testimonios demuestran su idoneidad.

40. El *a quo* realizó una valoración descontextualizada del proceso arbitral entre UNE y su contratista (ADA). En la propuesta presentada al Ministerio, UNE planteó la integración y parametrización del software suministrado por un proveedor o aliado, y así fue aceptado. Posteriormente, el Ministerio exigió la elaboración del software desde cero, llevando a que UNE tuviera que acudir a una aliada para ello (ADA). Si bien ésta incumplió sus obligaciones con UNE, ello no implicó deslealtad pues el actor suplió tales inconvenientes contratando proveedores –como

¹³ El Ministerio pidió aclaración de la sentencia de primer grado, solicitando precisar las obligaciones a cargo de la aseguradora, la cual fue negada por el *a quo* con auto del 27 de noviembre de 2020. Indicó que la petición del demandado se refirió a la responsabilidad de la aseguradora, y sobre este aspecto no versa el asunto. Sólo en caso de prosperar las súplicas de nulidad correspondía analizar la devolución del dinero o la eliminación de la suma a cargo de la aseguradora, de lo contrario no procedía un pronunciamiento sobre las sumas ordenadas en los actos debatidos, pues éstos conservan su presunción de legalidad. “EXPEDIENTE DIGITAL” del aplicativo SAMAI.

¹⁴ Se refirió a las siguientes sentencias: (a) del 28 de noviembre de 2019, rad. 11001032600020090003400 (36.600), (b) del 10 de noviembre de 2017, exp. 56.800, (c) del 10 de junio de 2009, exp. 36.252, (d) del 30 de julio de 2008, rad. 05001232500019950190501; y (e) del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639.

STEFANINI– y con personal propio. En todo caso, los documentos del arbitramento se aportaron extemporáneamente¹⁵, con violación a su debido proceso.

41. (iv) No se demostró que los subcontratistas o aliados de UNE tuvieron problemas con la herramienta. Ante el cambio de arquitectura establecido por el Ministerio, lo que hubo fue una pérdida de lo ejecutado y la necesidad de robustecer las entregas con otros proveedores. No se probaron dificultades con el desempeño del personal, pues la sociedad contaba con personal gerencial y técnico interno para velar por la ejecución del proyecto.

42. (v) El incumplimiento del Ministerio fue decisivo para que el contrato no pudiera ejecutarse, lo que vicia de nulidad las resoluciones demandadas pues quien emite una declaración de incumplimiento no puede haber dado lugar a su configuración.

43. (vi) La cláusula penal impuesta desconoció el porcentaje ejecutado, parámetro que aplica aun cuando las obligaciones sean indivisibles. El contrato se pactó en componentes diferenciados, UNE ejecutó el 73,21% y la demandada pagó el 50,4% (primer desembolso), así que la cláusula penal debió tasarse conforme al real porcentaje de ejecución. El valor de la sanción debía partir de \$10.415.999.998,32, descontando el IVA del 16%, pues éste último no es parte del precio del contrato.

44. (vii) El *a quo* no realizó un análisis sobre la necesidad y causación de las costas; y el actor actuó de buena fe y con lealtad procesal.

Trámite en segunda instancia

45. El Tribunal concedió el recurso de apelación y esta Corporación lo admitió en proveído del 16 de mayo de 2022¹⁶.

46. La parte actora reiteró las razones de su alzada¹⁷. Mapfre acompañó los argumentos de la apelación y señaló que las pruebas demuestran que la conducta del Ministerio determinó que no se cumpliera el contrato al 100%¹⁸.

47. La demandada ratificó que no se desvirtuó la legalidad de sus actos, y enfatizó que la contratista pretendió cambiar la cláusula primera aduciendo una supuesta aprobación para adaptar o parametrizar el software denominado *Egoveris* de la compañía Everis Spain Sucursal Colombia al inicio del proyecto, situación que tanto el jefe de TICS como el supervisor le indicaron que no era procedente¹⁹.

48. El Ministerio Público guardó silencio²⁰.

¹⁵ En memorial del 29 de junio de 2018, el Ministerio del Trabajo solicitó que se allegara copia “de lo actuado en y por (sic) ante el Tribunal de Arbitramento que cursa en la Cámara de Comercio de la ciudad de Medellín siendo convocante la sociedad ADA S.A.”. En auto del 9 de julio de 2018, el Tribunal no accedió a dicha solicitud; sin embargo, indica que el 14 de septiembre de ese año, luego de haber concluido el período probatorio, el demandado aportó al proceso tales documentos, lo cual se hizo de forma inoportuna.

¹⁶ Índice 19 de SAMAI.

¹⁷ Índice 23 de SAMAI.

¹⁸ Índice 24 de SAMAI.

¹⁹ Índice 17 de SAMAI.

²⁰ Como consta en el informe proferido por la Secretaría de esta Sección, el 11 de julio de 2022, visible en el índice 25 de SAMAI.

49. El 3 de febrero de 2025, el doctor Fernando Alexei Pardo Flórez, Consejero de la Sección Tercera de esta Corporación, manifestó su impedimento para decidir el presente asunto²¹, fundamentado en la causal prevista en el numeral 3 del artículo 130 del CPACA. Dicho impedimento fue aceptado mediante auto del 7 de ese mismo mes y año²², de manera que se le separó del conocimiento del *sub lite*.

III. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

50. La Sala se ocupará de establecer si la naturaleza del negocio suscrito permitía tanto la estipulación como la imposición unilateral de la cláusula penal y de la multa por el Ministerio. En caso afirmativo, estudiará (i) si los incumplimientos declarados a UNE tuvieron o no origen en la conducta de la propia contratante; (ii) la vulneración o no del debido proceso del actor por el *a quo*, al valorar los documentos relacionados con el trámite arbitral en que ésta fue parte; (iii) la proporcionalidad y bases de las sanciones impuestas; y, (iv) las costas procesales.

51. Dado que las razones de la alzada constituyen el marco de conocimiento del juez de segunda instancia, en los términos del art. 320 del CGP²³, la Sala prescindirá de realizar un examen sobre la supuesta trasgresión del debido proceso de la contratista en los procesos sancionatorios adelantados para la imposición de la multa y la cláusula penal (por la indebida citación de la contratista y la negativa en el decreto de unos medios probatorios), pues la apelante no formuló censura sobre estas materias, quedando sujeta a lo resuelto por parte del Tribunal.

Análisis del caso

(i) Cargo de vulneración al derecho al debido proceso

52. Por fines metodológicos la Sala abordará, en primer lugar, el cargo por violación al debido proceso que se reprocha al *a quo* al haber valorado los documentos relacionados con el proceso arbitral rad. 2016 A 028 adelantado entre UNE y su contratista ADA, con fundamento en que fueron incorporados por fuera de las oportunidades que la ley procesal autoriza.

53. La actividad probatoria, en términos generales, ilustra el camino que transita el proceso judicial para pasar de un estado de incertidumbre inaugural que surge del planteamiento de tesis usualmente contrapuestas, hacia un estado de verdad procesal al cual se llega con la aspiración de lograr la máxima conformidad entre la información y elementos demostrativos debatidos ante el juez, y la realización más próxima de la justicia.

²¹ Índice 27 del aplicativo SAMAI.

²² Índice 30 del aplicativo SAMAI.

²³ "ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71".

54. Este cometido y sus fases está cimentado en una estructura de pasos concatenados con reconocimiento en sede de garantías constitucionales, como parte del núcleo del derecho fundamental al debido proceso (v. gr. el derecho a la prueba, su contradicción, la licitud de su obtención, entre otras). Por su trascendencia y fines, corresponde a una actividad que incumbe principalmente a las partes, lo que se justifica en el interés vertido en las pretensiones y en los planteamientos de defensa que cada cual enarbola para sostener su posición en juicio.

55. La primera oportunidad con la que cuenta el demandante para incorporar y solicitar pruebas, es la demanda²⁴; para el demandado lo es la contestación, el escrito de excepciones o la demanda de reconvención²⁵. En la audiencia inicial²⁶ acontece el segundo paso de la actividad probatoria correspondiendo al juez su decreto, seguido de la audiencia de pruebas²⁷ como fase subsiguiente, donde ocurre la recaudación y práctica de todos los medios de acreditación oportunamente solicitados y decretados²⁸. Lo anterior sin perjuicio de la facultad oficiosa que de manera subsidiaria puede ejercer el juez, siempre que no conduzca a reemplazar o sustituir las cargas que incumben a las partes. Estos peldaños dan lugar a la debida incorporación de los insumos demostrativos y a su valoración judicial.

56. La Sala no comparte las razones esbozadas por el *a quo* para haber valorado la demanda de reconvención presentada en el trámite arbitral ya citado, pues se desconocieron los momentos procesales establecidos para tal fin, y por esta vía, el derecho que tienen las partes para presentar pruebas y controvertir las que oportunamente se alleguen en su contra. Este pilar, que se integra al debido proceso (art. 29 de la Carta Política), también protege las *formas propias de cada juicio*, garantía que se iza con rango *ius fundamental* para la formación, validez y eficacia de las pruebas, incluida la oportunidad para aducirlas y hacer su contradicción, derecho que fue obviado por el *a quo*, como se pasa a explicar.

57. El plazo para contestar la demanda²⁹ dentro del proceso 2016 – 0614, aquí acumulado, transcurrió del 27 de octubre al 12 de diciembre de 2016³⁰.

58. El 29 de junio de 2018³¹, la demandada pidió al *a quo* requerir copia de lo actuado en el Tribunal de Arbitramento en el que fungía como convocante ADA S.A., y en calidad de convocada, UNE. Esta solicitud probatoria fue negada por el *a quo*³² por considerar que no era la oportunidad para efectuar dicha petición y porque hasta ese momento el juez no la había considerado imprescindible para adoptar una decisión de fondo.

²⁴ Artículo 162 del CPACA.

²⁵ Artículos 175 y 176 del CPACA.

²⁶ Artículo 180 del CPACA.

²⁷ Artículo 181 del CPACA.

²⁸ Excepcionalmente, procede el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia, en los eventos prescritos en el artículo 212 del CPACA.

²⁹ El Ministerio contestó la demanda el 9 de diciembre de 2016, dentro del término de 30 días de traslado siguientes al vencimiento de los 25 días comunes de que tratan los artículos 172 y 199 del CPACA, respectivamente.

³⁰ Si bien en el trámite arbitral UNE formuló demanda de reconvención contra ADA, el 15 de septiembre de 2016, en la Cámara de Comercio de Medellín (Fl. 17, c.15), la Sala no cuenta con los elementos demostrativos que permitan establecer el momento en que el Ministerio de Trabajo tuvo conocimiento de la existencia del referido proceso arbitral, al no ser parte de éste. De manera que no le es exigible haber efectuado la solicitud probatoria de dicho proceso dentro del término de contestación de la demanda de este proceso.

³¹ Fl. 761, c.2.

³² En audiencia de pruebas reanudada el 9 de julio de 2018 (Fl. 793, c.2).

59. Sin haberse decretado, la sentencia de primer grado indicó haber valorado tales documentos, en la medida en que habían sido aportados por el Ministerio con sus alegatos de conclusión, y porque ellos eran conocidos por la demandante, pues “*incluso fue elaborada [la prueba] por la misma apoderada que representa [los] derechos [de la sociedad] en el presente proceso*”³³.

60. Esta posición del *a quo*, representa un quebrantamiento del sistema de garantías que subyace a las normas procesales. El juez, en su calidad de director del proceso, si bien puede determinar la necesidad de incorporar a la escena judicial algún elemento demostrativo para esclarecer un punto oscuro del debate, o cuando la disciplina probatoria lo amerite en el caso concreto, debe activar sus facultades oficiosas a través del respectivo auto, efectuando su decreto con expresión del objeto y fin de la prueba, y permitir su contradicción.

61. Sin embargo, el *a quo* ignoró que de forma precedente había negado el decreto de dicha prueba, y que luego no la estimó como base para activar sus facultades oficiosas; así que resultaba inadmisibles entender que la sola entrega de aquel escrito, con los alegatos de conclusión, equivalía a su incorporación jurídica al proceso. Una cosa es el aporte físico de un documento, y otra la calidad de prueba que se adquiere a través de su decreto –determinación que pasa por la constatación de los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad en materia probatoria–, y hace parte del círculo de garantías asociadas al derecho de defensa y contradicción.

62. Se recordará, además, que bajo el principio de la comunidad de los medios probatorios que no es posible entender que éstos pertenezcan a alguna de las partes, como tampoco al juez, quien no puede ocultar o reservarse la decisión sobre aquello que ingresa o no al proceso para sí, ni la forma de aducir los medios de prueba en juicio. Una vez las pruebas han sido decretadas, son del proceso, comunes a todos los sujetos procesales, lo que en perspectiva inversa significa que cuando no se decretan no hacen parte del proceso, más allá de que físicamente puedan reposar en el expediente.

63. Sin superar el plano físico de su entrega, y con razones totalmente alejadas del orden constitucional, la Sala advierte el yerro en que incurrió el *a quo* al valorar el referido documento –demanda arbitral de reconvención de UNE contra ADA– pues éste nunca adquirió estatus probatorio, ni los alegatos de conclusión constituyen una oportunidad para ello. De haber estimado necesaria su incorporación al proceso, debió haber decretado dicha prueba; como tal cosa no ocurrió, se vulneró el derecho de defensa de UNE ya que fue sorprendida en la sentencia con la valoración de un insumo que no fue debidamente decretado ni controvertido en el plenario.

64. Por ende y a fin de no continuar con la transgresión del derecho de defensa de la demandante en punto a esta documental, la Sala no la tendrá en cuenta al analizar el asunto en cuestión.

(ii) Los contratos interadministrativos y el pacto de las cláusulas de multas penal pecuniaria

³³ Página 167 de la sentencia.

65. El contrato 407 del 8 de noviembre de 2013 es un negocio jurídico regido por el EGCAP, en tanto (i) corresponde a un acuerdo celebrado entre dos entidades públicas, (ii) en el que, sin obviar la finalidad última que persigue la contratación estatal (encaminada a alcanzar el interés general), sus partes persiguieron intereses contrapuestos o disímiles³⁴, toda vez que el contratante buscó la concreción de sus funciones a través del objeto pactado, mientras que el contratista persiguió el pago de una remuneración a cambio de la prestación de los bienes y servicios estipulados; (iii) si bien la demandante es una ESP, por lo que su contratación, en principio, se rige por las normas del derecho privado, el art. 95 de la Ley 1474 de 2011 fue expreso en señalar que en los contratos interadministrativos cuando el régimen de la entidad ejecutora no sea la Ley 80 de 1993 se sujetarán al EGCAP, como en este caso; lo que se explica bajo la regla de aplicación del régimen de la entidad contratante³⁵.

66. Los contratos interadministrativos, más allá de tener como parte en ambos extremos a entidades públicas, conservan la finalidad de todo contrato estatal de realizar los fines que concretan el interés general, en virtud de lo cual la entidad que funja como contratante puede exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado (art. 4 de la Ley 80 de 1993) y, en correspondencia, este último tiene derecho a recibir la remuneración pactada y a que ésta no se altere o modifique durante la vigencia del contrato (art. 5 ib.).

67. Como premisa general, en la ejecución de los contratos estatales, el Legislador asignó al contratante un conjunto de facultades que le permiten ejercer la dirección, control y vigilancia del negocio jurídico para lograr su cumplimiento. Se trata de poderes exorbitantes ajenos al derecho común, que le otorgan facultades coercitivas, sancionatorias y orientadoras, con el propósito de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios o bienes públicos a su cargo y asegurar su continua y adecuada prestación.

68. Dichas prerrogativas son irrenunciables, taxativas, de interpretación restrictiva y aplicación temporal, limitadas a los eventos específicos que prevé el art. 14 de la Ley 80 de 1993: interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad, reversión, y sometimiento a las leyes nacionales.

69. La citada norma también establece que debe prescindirse de la utilización de estas cláusulas excepcionales en los contratos interadministrativos³⁶, de modo que está proscrita su estipulación en negocios como el que origina el presente asunto.

³⁴ En contraposición con los convenios interadministrativos en donde la unión de las voluntades confluye en la ejecución de intereses comunes a ambos sujetos negociales.

³⁵ "ARTÍCULO 95. Aplicación del Estatuto Contractual. Modifíquese el inciso 2 del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad".

³⁶ "PARÁGRAFO ARTÍCULO 14 DE LA LEY 80 DE 1993. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales".

70. La anterior prohibición no abarca todo tipo de facultades que se pacten a favor de alguna de las partes, puesto que éstas últimas pueden provenir del ejercicio de la autonomía y libertad negocial de ellas. En efecto, los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 establecen que a los contratos estatales les son aplicables las disposiciones “*comerciales y civiles pertinentes*”, salvo las materias expresa y particularmente reguladas por esa ley, por lo que los negocios sujetos al EGCAP se rigen por esta norma especial, que remite a las normas del derecho común en todo aquello no regulado por este estatuto de contratación pública, siempre que resulten compatibles.

71. La estipulación referida a las multas constituye una cláusula accidental en la teoría general de los negocios jurídicos, cuya incorporación, al alinearse con los elementos esenciales y naturales de la contratación estatal, tienen como propósito compeler al deudor a la debida ejecución de las prestaciones parcialmente incumplidas, lo que revela su finalidad conminatoria.

72. La cláusula penal también constituye una obligación accesorias, en virtud de la cual las partes establecen una pena (consistente en dar o hacer algo en caso) ante el evento de que no se ejecute una prestación o se retarde su cumplimiento – artículo 1592 C.C.–. La misma puede cumplir varias funciones: es compensatoria cuando contiene la estimación de los perjuicios generados por la infracción obligacional; o moratoria, cuando se ha pactado para apremiar al deudor al cumplimiento de la prestación.

73. No se puede exigir, a la vez, la obligación principal y la pena –artículo 1594 C.C.³⁷– ni solicitar de forma conjunta las dos funciones de esta cláusula, compensatoria y moratoria, salvo que así se haya estipulado, es decir, que se haya convenido que el pago de la pena no da lugar a la extinción de la obligación principal –artículo 1600 C.C.³⁸–.

74. Estas cláusulas (la multa y la cláusula penal) no constituyen reglas inusuales o extraordinarias, son sanciones de frecuente pacto entre los particulares –no así la imposición–, por lo que su convenio de ninguna forma es extraño en el tráfico negocial, sino expresión de la voluntad de las partes.

75. Tampoco se configuran en ellas los criterios que la doctrina ha explicado para esclarecer la concreción de la exorbitancia o excepcionalidad de tales cláusulas³⁹, ni se ajustan a los eventos que de forma expresa y taxativa la ley definió como facultades excepcionales en el art. 14 de la Ley 80 de 1993; por lo que es viable que aquellas sanciones se pacten en contratos interadministrativos y, en esa medida, no son nulas las cláusulas del contrato que las estipularon.

³⁷ “ARTICULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA>. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

³⁸ “ARTICULO 1600. <PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

³⁹ A fin de establecer si la regla examinada es o no excepcional, se han establecido 3 criterios por la doctrina, que se trate de una cláusula, (i) imposible, esto es, que su pacto no pueda siquiera concebirse entre particulares, (ii) ilícita, por trasgredir el orden público o las buenas costumbres, e (iii) inhabitual, al ser poco utilizada en derecho privado. BENAVIDES, José Luis, *EL CONTRATO ESTATAL*, Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2a Edición.

76. La Ley 80 de 1993 no consagró la atribución a favor del contratante para que, sin necesidad de acudir a un juez, pudiera imponer las multas y declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Con la Ley 1150 de 2007, art. 17⁴⁰, el Legislador estableció dichas prerrogativas a favor de las entidades estatales, competencia reiterada en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011⁴¹.

77. Para la imposición de las multas y la declaratoria de incumplimiento que permita hacer efectiva la cláusula penal, no basta la aludida habilitación legal; las normas consagraron que para que estas facultades procedan es necesario que las partes pacten expresamente tales sanciones en el contrato.

78. Bajo ese derrotero, el Legislador contempló diferentes mecanismos para que el contratante pueda actuar frente a la mora o el incumplimiento del contratista, con el fin de que de forma directa y sin acudir al juez del negocio pueda declarar la configuración de los supuestos que dan lugar a la concreción de las multas y la cláusula penal, a través de la expedición de actos administrativos.

79. Estas atribuciones denotan una prerrogativa pública que no procede en el marco del derecho común, pues la imposición de la multa y declaración de incumplimiento solo tiene lugar en virtud de la determinación judicial en tal sentido, a menos que las partes acuerden expresamente conferir a los sujetos negociales la facultad unilateral de aplicarlas.

80. En este escenario, la imposición y la efectividad en forma unilateral de este tipo de sanciones contractuales reflejan una potestad legal del contratante frente a su colaborador, sin que se entiendan excluidas *las entidades estatales* que actúan en esta última calidad, comoquiera que en los contratos interadministrativos asumen la misma posición jurídica que tendría un contratista particular, en virtud de los intereses contrapuestos que se ventilan, generando que una de las partes (el contratante) se ubique en un plano diferencial que lo habilita frente al otro.

81. Así las cosas, en los negocios jurídicos sometidos al EGCAP, como lo es el de la referencia, el contratante ostenta la facultad para declarar unilateralmente la ocurrencia de un evento desencadenante de una multa o el incumplimiento negocial,

⁴⁰ “Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

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

⁴¹ “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 ...”.

con el fin de aplicar la cláusula penal estipulada, siempre que las partes hubieren contemplado dichas sanciones en el texto del contrato.

82. Lo anterior de ninguna manera desconoce el art. 14 de la Ley 80 de 1993, dado que las potestades excepcionales allí contenidas se circunscriben al listado taxativo y delimitado expresado en la norma, sin posibilidad de ampliar este catálogo a otras facultades, como la imposición de la multa y la declaratoria de incumplimiento a efectos de hacer efectiva la cláusula penal de forma unilateral.

83. Dado que la jurisprudencia no constituye una vía admisible para llegar a una interpretación que rebase la taxatividad establecida en el art. 14 de la Ley 80 de 1993, hay que señalar, en punto a los contratos interadministrativos, que la estipulación de atribuciones unilaterales no fue restringida por el Legislador, como sí lo fue la exorbitancia de las potestades enlistadas en el citado art. 14, las cuales no se corresponden con las figuras sancionatorias analizadas.

84. Por otra parte, la Sala discrepa del entendimiento esbozado por la sociedad frente a la mención que realizó de algunas las providencias de esta Corporación en las que supuestamente se reconoció que las facultades de imposición unilateral de multas y la declaratoria de incumplimiento estaban incluidas en la prohibición de que trata el art. 14 de la Ley 80 de 1993, en punto a los contratos interadministrativos, aun sin estar previstas en esta última norma.

85. En particular, respecto de la sentencia del 28 de noviembre de 2019, radicación 11001032600020090003400 (36.600), no es cierto que allí se precisara que las facultades unilaterales introducidas por la Ley 1150 de 2007, para hacer efectiva directamente, por parte de la contratante, la cláusula penal y las multas pactadas, mediante la declaratoria de incumplimiento del contrato⁴², adicionaran las facultades de que trata el art. 14 de la Ley 80 de 1993, puesto que si bien en dicha providencia se mencionaron las referidas atribuciones como “*las nuevas facultades excepcionales*” que el Legislador le otorgó a la Administración, lo cierto es que tal categorización de ninguna manera da lugar a incluirlas en la lista taxativa que se contempló en la Ley 80 de 1994, pues no es dable realizar la extensión de una delimitación legal, vía jurisprudencial.

86. En las demás sentencias aludidas por el recurrente la Sala no se pronunció según el criterio invocado: (i) en la sentencia del 10 de junio de 2009, radicación 11001-03-26-000-2009-00001-00 (36252), se puso de presente que aunque el criterio preponderante de la Sala no coincidía con el alcance que a la noción de los “*poderes excepcionales*” atribuyó la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, lo cierto es que el carácter de “*excepcional*” (que por su propia naturaleza debe interpretarse de manera estricta y restringida) sólo puede predicarse en relación con las específicas facultades o poderes a los cuales se refirió la Ley 80 de 1993, y en apoyo de dicha tesis resolvió en litigio en cuestión⁴³; (ii) a través de la

⁴² En efecto, en esta providencia la Sección Tercera manifestó:

“Se observa así, que la ley contempla facultades excepcionales en materia de contratación a favor de las entidades estatales, que pueden ser ejercidas cuando el contratista incumple sus obligaciones: imponer multas unilateralmente, declarar la caducidad del contrato, declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, todas estas acciones, que puede adelantar directamente la entidad, mediante la expedición de actos administrativos, es decir sin acudir al juez del contrato”.

⁴³ Al respecto, determinó:

sentencia del 23 de septiembre de 2009, radicación 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639), también se reconoció que la *“cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado”*. En dicho asunto se declaró la nulidad del acto que impuso la multa, no porque no se pudiera acudir a dicho pacto en un contrato sometido al derecho privado, como lo era el asunto sometido a estudio, sino porque las partes no estipularon de forma precisa la atribución de hacerla efectiva, en tanto que *“la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la época en que se celebró el contrato, tampoco atribuía dicha competencia a las entidades públicas”*; y (iii) en la sentencia del 10 de noviembre de 2017, radicación 11001-03-26-000-2016-00064-00(56800), se refirió que la competencia de los árbitros para conocer de la legalidad de actos administrativos se mantuvo bajo el Estatuto de Arbitraje, *“con la novedad que fue introducida por esa ley, es decir, que pueden conocer: 1) de la legalidad de los que se expidan en el trámite contractual, y 2) de los efectos económicos de los actos que sean producto de las facultades exorbitantes; pero, no pueden conocer de la validez de los actos administrativos producto de estas últimas facultades, esto es, de los contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, tema este último que queda por fuera de su competencia”* (se subraya), es decir, ratificó la taxatividad de las atribuciones de que trata el último de los artículos; por ende, además de las razones legales que impiden extender el carácter de exorbitante a otras facultades no previstas por la ley, la censura elevada por la sociedad no se acompasa con las determinaciones esta Corporación.

87. En línea con lo expuesto, la Sala concluye que carece de vocación de prosperidad la pretensión anulatoria promovida contra tales estipulaciones – cláusulas décimo tercera y décimo cuarta del contrato– y, como consecuencia, tampoco se configura un vicio invalidante que se proyecte, con tal fundamento, contra las Resoluciones 3134 del 29 de julio de 2014 y 4371 del 2 de octubre de ese año –*mediante las cuales el Ministerio impuso una multa a UNE TELCO*–, y 2035 del 4 de junio de 2015 y 3200 del 21 de agosto de la misma anualidad –*a través de las cuales el contratante declaró el incumplimiento del contrato a cargo de la sociedad, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada, por el monto de \$3.099.999.999,5 y declaró el siniestro de incumplimiento cubierto por de la garantía única de cumplimiento*–, pues, se itera, (i) no quebrantaron la restricción contenida en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; (ii) fueron expedidas con competencia, en virtud de la atribución legal conferida en las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 a la contratante, y (iii) están pactadas en el contrato, por lo que no configuran una desviación de poder del Ministerio ni desconocen las normas en que debían fundarse.

(iii) Reproches probatorios en torno al incumplimiento del contrato

“... el Tribunal de Arbitramento sí podía conocer válidamente de cualquier pretensión relativa a dicha liquidación, puesto que no se estaba frente al ejercicio de una de las precisas potestades excepcionales previstas expresamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cuales –bueno es reiterarlo– son las únicas de esa estirpe que quedaron excluidas del conocimiento de la justicia arbitral por virtud del condicionamiento al cual la Corte Constitucional sujetó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 del Estatuto de Contratación Estatal en la referida sentencia C-1436 de 2000”.

88. La Sala pasa a pronunciarse sobre la inconformidad de la apelante frente a la valoración probatoria relacionada con el incumplimiento declarado por la contratante.

89. A voces del artículo 1613 del C.C., la desatención del contenido obligacional a cargo del deudor puede presentarse bajo cuatro modalidades, a saber: a) la inejecución total, b) la inejecución parcial, c) la ejecución defectuosa, y d) el retardo o cumplimiento tardío de las prestaciones debidas. El conflicto propuesto por la demandante no se centró en establecer si dicho incumplimiento ocurrió, sino en determinar a quién eran atribuibles las causas que lo originaron, pues, a su juicio, la inejecución parcial del contrato devino de causas atribuibles al Ministerio. Para el *a quo* no se acreditó que la conducta del demandado influyera en el resultado del contrato, por lo que corresponde analizar las censuras de la demandante en este punto.

90. La Sala empezará por examinar si las razones que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento corresponden a lo probado en el plenario, como base de constatación frente a los reproches aducidos. Mediante la Resolución 2035 del 4 de junio de 2015⁴⁴, el Ministerio: (i) declaró el incumplimiento del contrato interadministrativo 407 de 2013; (ii) impuso la cláusula penal pecuniaria en la suma de \$3.099'999.999,5 e hizo efectiva la garantía constituida en la póliza 2917313000215, expedida por Mapfre Seguros Generales de Colombia; y (iii) determinó que valor de la cláusula penal debía ser descontado de los pagos a favor de la contratista, y que si no fuere posible realizarla, se cobraría dicha sanción con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía única que avaló el contrato.

91. Como fundamento de la mencionada resolución, el Ministerio señaló que UNE incumplió el contrato, al no entregar el Sistema de Información en el plazo previsto, indicando, en síntesis, lo siguiente: (i) UNE no tenía una metodología de trabajo clara ni uniforme en torno al levantamiento de requerimientos del sistema de información, (ii) no contaba con la cantidad de personal requerido, ni estaba bien capacitado, (iii) la solicitud de cambio de arquitectura se debió a la falta de acatamiento de las especificaciones técnicas en la herramienta entregada por UNE, (iv) la contratista debía levantar y completar los requerimientos funcionales detallados de cada subsistema, y no lo hizo respecto de los procesos del subsistema IVC, (v) los documentos fueron entregados en formatos no apropiados para los usuarios finales, ocasionando pérdida de tiempo, (vi) UNE confundió los 12 trámites del módulo de automatización con los de IVC, pese a que los anexos especificaban que se debía levantar la totalidad de los requerimientos de los procesos existentes en IVC, y (vii) no es cierto que el Ministerio no contara con personal de apoyo para el proyecto o que el supervisor careciera de conocimiento para efectuar su labor.

92. Mediante la Resolución 3200 del 21 de agosto de 2015⁴⁵, se confirmó la Resolución 2035 citada. Señaló que: (i) no eran ciertas las falencias que la sociedad le atribuyó, (ii) la contratante no exigió actividades fuera del alcance contractual, ni modificó las especificaciones técnicas, (iii) UNE no demostró el cumplimiento siquiera parcial del objeto, y (iv) su determinación estaba debidamente sustentada.

⁴⁴ Fls. 309 a 358, C.1.

⁴⁵ Fls. 359 a 387, c.1.

93. Examinado el acervo probatorio aportado en el asunto de la referencia, no se encuentra que los incumplimientos que se le endilgaron a la contratista se justificaran en causas atribuibles al Ministerio, conforme se pasa a explicar.

94. El contrato se fundamentó en unos estudios previos en los que se advirtió la necesidad del Ministerio de constituir, a través de su oficina de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), un único sistema de información que permitiera generar en el mediano plazo datos de calidad para la toma de decisiones en tiempo real. Como el Ministerio no contaba con infraestructura TIC propia, se optó por celebrar un contrato interadministrativo con UNE, a fin de que esta última, como experta, la suministrara.

95. El proyecto del Ministerio se estructuró en dos partes: para la primera, se contrató a una firma de arquitectura empresarial que se encargó de levantar los requerimientos de negocio y funcionales de alto nivel, en aras de definir los subsistemas esenciales para el Ministerio, así como la creación de vínculos y convenios necesarios con las entidades adscritas y vinculadas, asistencia técnica y consultoría TIC y la adquisición de los productos de software que satisficieran las necesidades más urgentes de algunas dependencias; y la segunda consistía en la construcción de la primera fase del sistema integrado de información para el Ministerio, en el que se definirían a detalle los requerimientos para desarrollar cada uno de los nuevos subsistemas del proyecto, para ello describieron las características de cada uno de los 7 subsistemas y los componentes del futuro contrato.

96. Con estas bases fue suscrito el contrato interadministrativo 407 del 8 de noviembre de 2013⁴⁶, que tuvo por objeto realizar la *“construcción del sistema integrado de información del Ministerio de Trabajo a nivel nacional”*, en cuyo alcance se acordó *“proveer una solución integral para la prestación del servicio para la construcción de la primera fase del Sistema Integrado de Información del Ministerio del Trabajo la cual deberá incluir el suministro de los servicios y componentes de software así como el de los bienes requeridos para la implementación en todas las etapas del ciclo de vida, desde la ingeniería de requisitos hasta la puesta en funcionamiento, soporte y mantenimiento post-producción. El objeto del contrato comprende solamente la primera fase del proyecto que se compone de siete (7) subsistemas, cuyas características y requerimientos se encuentran descritos en el anexo técnico”*.

97. En el anexo 2 (especificaciones técnicas) se detalló que el alcance del negocio comprendía: a) prestación de servicios de infraestructura total de alojamiento *“hosting”*, requerida para dar soporte a las fases de desarrollo pruebas, producción y estabilización de los subsistemas que conforman la primera etapa del sistema integrado información, b) la venta de 900 tabletas para ser distribuidas entre los inspectores municipales de todo el país, c) el arrendamiento de 15 computadores portátiles para el uso de funcionarios del Ministerio, d) el levantamiento y validación de las especificaciones funcionales, arquitectura y diseño detallado, prototipos y construcción de software, aseguramiento de calidad (mediante realización de pruebas, correcciones y ajustes), carga de la información mínima de inicio,

⁴⁶ Fls. 430 a 409, c.1.

estabilización de los siete subsistemas requeridos, y e) realización y entrega de la documentación funcional y técnica de cada subsistema y de cada uno de los componentes tecnológicos, capacitación a los usuarios finales e ingenieros responsables del software.

98. El plazo de ejecución vencía el 31 de julio de 2014, con la precisión que el hosting sería prestado hasta el 30 de noviembre de ese año⁴⁷; sin embargo, el término pactado se extendió hasta el 23 de diciembre de 2014, y el servicio de hosting, al 16 de marzo de 2016, en virtud de dos suspensiones⁴⁸ y una prórroga del contrato⁴⁹.

99. El precio se acordó en \$12.399'999.998 (incluido IVA y todos los gastos directos e indirectos, incluidos impuestos, tasas y contribuciones)⁵⁰ y se pagaría en tres desembolsos, discriminados así⁵¹: (a) el primero, por \$5.250'000.000, previa entrega y recibo a satisfacción del supervisor de los de hardware y software de base requeridos para prestar el servicio arrendamiento “*hosting*”, los canales de conectividad e internet, el suministro de las 900 tabletas y los 15 computadores portátiles, así como la entrega al gerente del proyecto de los tres documentos prioritarios, y de los documentos de trabajo soporte de las actividades relacionadas con el inicio de los tres módulos de máxima prioridad para el Ministerio; (b) el segundo pago por \$1.250'000.000, contra entrega en producción de los tres módulos prioritarios de los subsistemas (módulos de registro único de intermediarios del sistema general de riesgos laborales, registro de los procesos del subsistema de inspección, vigilancia y control IVC y de trazabilidad de los procesos del subsistema de inspección vigilancia y control IVC); y (c) el tercero, por el monto de \$5.899'999.998, contra entrega a satisfacción de todas las obligaciones del contrato.

100. El 20 de diciembre de 2013 el supervisor autorizó el primer pago⁵², ante el cumplimiento del contratista en la entrega de los elementos que lo condicionaban, como consta en el acta de aceptación de entregables del primer desembolso⁵³, el informe para pago parcial⁵⁴ y la factura No. 1 del 20 de diciembre de 2013, emitida por UNE⁵⁵.

101. Los inconvenientes se presentaron en la ejecución de los productos referidos al segundo y tercer desembolso, es decir, con el levantamiento y validación de las especificaciones funcionales, arquitectura y diseño detallado, prototipos y construcción de software, aseguramiento de calidad, cargada de la información mínima de inicio, estabilización de los siete subsistemas requeridos y realización y entrega de la documentación funcional y técnica de cada subsistema y componentes tecnológicos.

102. Por su parte, las causas que la contratista atribuyó al Ministerio como desencadenantes de la falta de cumplimiento total del objeto contratado, fueron: (i)

⁴⁷ Cláusula segunda.

⁴⁸ Fls. 410 y 411, c.1.

⁴⁹ Fl. 408 y 409, c.1.

⁵⁰ Cláusula tercera.

⁵¹ Cláusula cuarta.

⁵² Fl. 715, c.2.

⁵³ Fl. 716, c.2.

⁵⁴ Fl. 718, c.2.

⁵⁵ Fl. 720, c.2.

modificaciones a la arquitectura solicitadas por el Ministerio, (ii) falta de disponibilidad y colaboración de funcionarios del contratante con la ejecución del negocio, y ausencia de claridad de las funciones del Ministerio y de acciones a su cargo para el cumplimiento del contrato, (iii) cambio del alcance del proyecto, al otorgarle una mayor magnitud.

Cambio de arquitectura⁵⁶

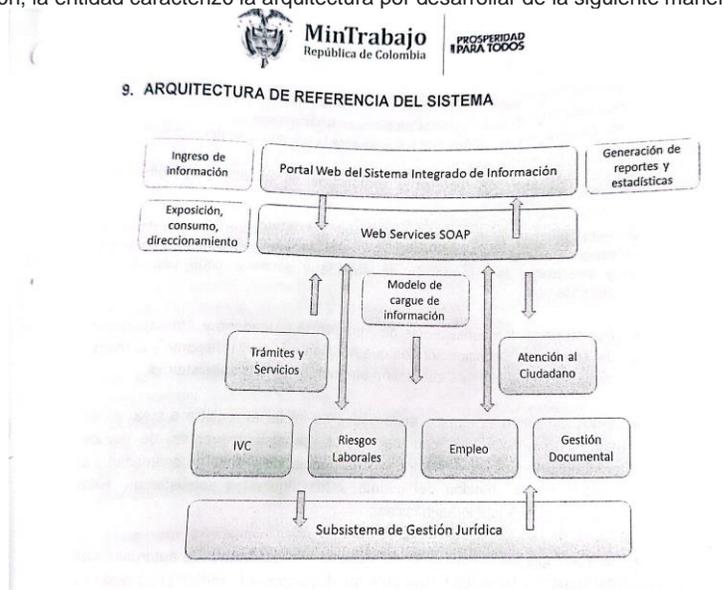
103. La demandante manifestó que, pese a que desde su oferta presentó el sistema eGOVeris (suministrada por su aliado Everis), la cual era una herramienta ya existente que se adaptaría a las funcionalidades requeridas por el contratante, este último, cuando habían transcurrido al menos cuatro (4) meses de ejecución (entre febrero y marzo de 2014), requirió su reemplazo con otra herramienta que se desarrollara desde cero, lo que llevó a la contratista a cambiar de aliado estratégico para el desarrollo de software, y a incurrir en mayores costos y tiempos.

104. A partir del estudio de la “Prórroga No. 1,” suscrita el 6 de agosto de 2014, se encuentra que el ajuste y cambio en la arquitectura fue una de las causas que motivaron la renegociación del plazo. Las probanzas que la Sala destaca a continuación dan cuenta de que tal reclamación no fue ajena al pacto adicional.

105. Obra la impresión del correo electrónico del 10 de diciembre de 2013, que tiene como remitente un funcionario del Ministerio, y como destinataria, a una trabajadora de UNE TELCO, con asunto “Aceptada: demo eGOVeris”. Si bien, en los términos del CGP, este insumo al estar impreso se debe valorar bajo las reglas

⁵⁶ “El Anexo 2 “Especificaciones Técnicas” del pliego de condiciones, no contiene una definición precisa de la arquitectura del sistema, pero sí ilustra la forma en que ésta debe concebirse para el asunto particular; por lo que se trae de presente su significado, según la literatura especializada en la materia:
 “No es novedad que ninguna definición de la AS [Arquitectura de Software] es respaldada unánimemente por la totalidad de los arquitectos ... Una definición reconocida es la de Clements [Cle96a]: La AS es, a grandes rasgos, una vista del sistema que incluye los componentes principales del mismo, la conducta de esos componentes según se la percibe desde el resto del sistema y las formas en que los componentes interactúan y se coordinan para alcanzar la misión del sistema. La vista arquitectónica es una vista abstracta, aportando el más alto nivel de comprensión y la supresión o diferimiento del detalle inherente a la mayor parte de las abstracciones ... La definición ‘oficial’ de AS se ha acordado que sea la que brinda el documento de IEEE Std 1471-2000, adoptada también por Microsoft, que reza así: ‘La Arquitectura de Software es la organización fundamental de un sistema encarnada en sus componentes, las relaciones entre ellos y el ambiente y los principios que orientan su diseño y evolución” (REYNOSO, Carlos Billy. Introducción a la Arquitectura de Software. Universidad de Buenos Aires, 2004, vol. 33).

En el asunto en cuestión, la entidad caracterizó la arquitectura por desarrollar de la siguiente manera (fl. 1285, c. 8)



de los documentos⁵⁷, el mismo no resulta suficiente para demostrar que el contratante aceptó desde el inicio de la ejecución del contrato *el sistema de arquitectura eGOVeris*, sin reparo o cuestionamiento alguno en punto a las especificaciones técnicas que debía observar, comoquiera que la impresión aportada se limitó al encabezado del correo electrónico sin mostrar su contenido, de modo que no se conoce el alcance que tuvo tal expresión.

106. Son visibles las actas de reunión 007 y 008⁵⁸, suscritas entre las partes en enero y febrero de 2014, en las que se indicó que la arquitectura estaba basada en una herramienta ya desarrollada: eGOVeris, pero que el supervisor no la aprobó, dado que no cumplía todas las características del Anexo 3, ni mostraba los siete subsistemas y sus interconexiones. Luego, como fundamento de inicio del procedimiento sancionatorio que culminó con la multa a cargo del contratista, el Supervisor del contrato le manifestó al Subdirector Administrativo y Financiero del Ministerio, en escrito del 1 de julio de 2014⁵⁹, que el sistema de arquitectura no cumplía los requerimientos técnicos de la contratación.

107. Como sustento de la solicitud de prórroga que la sociedad formuló⁶⁰, a efectos de culminar el objeto encargado, indicó que la extensión del plazo se motivó en cuatro aspectos que denominó “oportunidades de mejora”, entre los que incluyó el “*incremento de la productividad y efectividad*”, al contratar “*empresas que robustecen la arquitectura tanto de software como de hardware y empresas que directamente desarrollarán módulos completos de subsistemas*”; además, aseveró que dicha propuesta no generaba “*un desequilibrio contractual para UNE*”, ya que no modificaba la estructura de ejecución del contrato inicialmente acordado, sino que buscaba honrar su ejecución.

108. Mediante la mencionada prórroga del 6 de agosto de 2014, los sujetos negociales convinieron:

“CLÁUSULA PRIMERA: *Prorrogar el término de ejecución del Contrato Interadministrativo No. 407 de 2013, desde el 6 de agosto de 2014, hasta el 15 de diciembre de la misma anualidad. Para el caso del servicio de Hosting el mismo será prestado hasta el Marzo (sic) 15 de 2015.*

PARÁGRAFO. *El Licenciamiento de soporte de Oracle deberá prestarse hasta el 30 de abril de 2015 y las garantías sobre las tabletas adquiridas a UNE por el Ministerio deberán cubrir hasta el 30 de abril de 2015.*

“CLÁUSULA SEGUNDA: *La suscripción de la presente prórroga No. 1 al Contrato Interadministrativo No. 407 de 2013 no genera desequilibrio económico, por lo tanto no se rompe la ecuación económica del contrato”.*

109. Como sustento de tal ampliación del término contractual, se puso de presente la solicitud que en tal sentido formuló la contratista, junto con las consideraciones del Supervisor, quien adujo que aquella debía ser implementada

⁵⁷ “ARTÍCULO 247 DEL CGP. VALORACIÓN DE MENSAJES DE DATOS. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”.

⁵⁸ Fls. 1515 a 1518, c.9., celebrada el 14 de febrero de 2014.

⁵⁹ Fls. 255 a 259, c.6.

⁶⁰ Fls. 568 a 594, c.7.

pues otorgaba una mayor garantía para culminar a satisfacción el sistema de información, y resaltó los principales aspectos presentados por la sociedad, entre ellos, *“los ajustes de tipo tecnológico, tales como la arquitectura y las herramientas que se utilizarán para fortalecer el desarrollo del software, también cumplen inicialmente con los requerimientos mínimos producidos por el ministerio”*.

110. UNE adujo que no logró cumplir el objeto pactado, por los cambios en el sistema de la arquitectura propiciados por el Ministerio; no obstante, y sin que resulte necesario examinar la consonancia de lo pedido por el Supervisor con los lineamientos de los anexos técnicos, lo cierto es que una de las razones que motivó la firma de la prórroga fue, justamente, el ajuste en la arquitectura, a fin de que se acompañara con los requerimientos mínimos exigidos por la contratante.

111. En esa oportunidad, UNE se limitó a manifestar su ánimo de observar tales exigencias para lograr la satisfacción del cometido encargado, y puso de presente la utilización de una nueva arquitectura “ADA”, sin esbozar reparo alguno por considerar que superara los lineamientos que le correspondía asumir, según las especificaciones técnicas en las que se basó la contratación. De modo que no es posible justificar la inobservancia prestacional en las mismas razones que sustentaron el acuerdo que las partes adoptaron como mecanismo para superarlas, pues con pleno conocimiento de ello y de su impacto en la ejecución de las labores, fue la propia sociedad la que propuso el tiempo que requería para completar el objeto pactado, de manera que resulta desacertado que pretenda continuar excusando su inobservancia en ese mismo aspecto.

112. La misma contratista, en su solicitud de prórroga, indicó que el mayor tiempo y los ajustes propuestos u *“oportunidades de mejora”* no generaban un *“desequilibrio contractual para UNE”*, aspecto que fue reiterado en el otrosí, lo que denota la voluntad de las partes de cerrar el panorama frente a futuros pedimentos en razón de dicha adición de plazo y las causas que la motivaron, con la precisión de que las circunstancias allí referidas no generarían un desbalance económico, que posteriormente implicara mayores erogaciones al contratante. Las partes fueron precisas y directas en precaver una futura reclamación económica por las circunstancias que dieron lugar a dicho pacto comercial, por lo que no hay lugar a desconocer las modificaciones y sus razones, las cuales emanaron del ejercicio de su autonomía de la voluntad, constituyéndose en ley para ellas (art.1602 C.C.).

113. La Sala no encuentra razones que conduzcan a una conclusión diferente, puesto que la estipulación de las partes se dirigió a que lo concertado era definitivo, y fue analizado por ellas en sus causas y efectos; además, no está demostrado que durante el plazo de la prórroga, y sin que fuera posible preverlas al momento de su celebración, se presentaran circunstancias distintas a las que motivaron ese acuerdo.

114. Los reparos de UNE se centraron en la exigencia de cambio de la arquitectura eGOVeris por la suministrada por ADA, circunstancia que, como se vio, resultó cubierta por los efectos de la prórroga, por los motivos y con los efectos allí descritos, sin que obre manifestación de una causa atribuible al Ministerio, que se hubiese registrado como fuente de tal determinación; razón por la cual no hay

manera distinta de analizar tal acuerdo sino en función del balance que las partes estimaron para incluir los ajustes requeridos, lo que explica la contundencia de la estipulación de que no se rompería la economía del contrato por los aspectos allí negociados, asertos que de forma concluyente conducen a negar las súplicas formuladas en este primer aspecto.

Retrasos del Ministerio y falta de colaboración de sus funcionarios

115. Frente al segundo grupo de reproches que la demandante endilgó al contratante como generadoras del incumplimiento, se observa que de conformidad con la cláusula sexta del contrato, le correspondía al Ministerio realizar la coordinación necesaria para que el objeto del contrato se lograra, agotar las acciones en caso de incumplimiento de las prestaciones por parte del contratista, poner a disposición de la sociedad los medios que estuvieren a su cargo para el óptimo acatamiento del objeto y entregar oportunamente la información requerida por UNE para el levantamiento de la ingeniería de detalle que se requería para el aprovisionamiento y configuración de los servicios.

116. No se encuentra que el Ministerio hubiese actuado al margen de las prestaciones a las que se comprometió. El retraso que se produjo en la validación del sistema de arquitectura no devino por capricho o desidia de éste, sino porque, pese a múltiples reuniones y requerimientos al contratista⁶¹, éste persistía en la desatención de las especificaciones técnicas⁶². La nueva propuesta de arquitectura fue avalada sólo el 4 de abril de 2014⁶³, lo que produjo retrasos en la ejecución contractual atribuibles a la contratista, tal como lo reconoció en su solicitud de prórroga y en las propuestas que allí formuló para superar tales inconvenientes y alcanzar la satisfacción del objeto.

117. La demora en el inicio de los subsistemas provino de forma determinante de la conducta del contratista, ya que no contrató el personal requerido para tal fin, aunque en múltiples oportunidades el Ministerio compelió a UNE para que gestionara en tiempo las vinculaciones respectivas, como era su compromiso

⁶¹ En escrito con radicación 22033 del 10 de febrero de 2014, el Ministerio le manifestó a UNE que los documentos del diseño funcional y la arquitectura no fueron entregados en tiempo y que ante la ausencia de claridad en la arquitectura, no era posible la validación de los distintos componentes, su integración e interacción con entidades externas (fl. 1513, c.9.)

⁶² En escrito del 13 de marzo de 2014, el Supervisor del contrato explicó *in extenso* las dificultades advertidas con la arquitectura, en los términos que a continuación se transcriben:

“Lo presentado como arquitectura correspondía a la arquitectura de la herramienta denominada e-Goveris utilizada por Everis, el subcontratista del proyecto, y no a una arquitectura abierta, completa y que cumpliera todas las características establecidas en los términos del contrato (Anexo 3) y en los estudios previos al mismo, conocidos en su momento por UNE.

Ante esta primera observación, el Arquitecto manifestó que no era cierto que fuera de la herramienta, que correspondía a una arquitectura abierta, a lo cual manifesté que esto no era así, ya que por ejemplo en ninguna parte se apreciaban los componentes de Java ni los demás detallados en los términos.

Le anoté a la Gerente del proyecto que en la propuesta de UNE entregada al Ministerio, no aparecía la herramienta del subcontratista y que la presentada en la reunión no correspondía en nada a la de la propuesta, se hizo una rápida validación del documento de la propuesta y se constató que en ella no aparecía mencionada la herramienta.

(...)

Aunque manifestaron en la presentación que se entregaban todos los fuentes de los componentes de la arquitectura, si el Ministerio en un futuro requiriera desarrollar algún módulo adicional o una interfaz con un sistema externo, según la arquitectura planteada, obligatoriamente debería modificarse el código de los componentes de bajo nivel o de los servicios compuestos, y a pesar de que se manifestó por parte de UNE y de los arquitectos de Everis que se suministraba toda la documentación y fuentes de los componentes, también dijeron que la capacitación técnica no incluía la de esos módulos internos.

En conclusión, aunque en la arquitectura se utilizaron (según UNE) componentes open source que no requieren licenciamiento ... la verdad es que no se tendría total independencia frente al proveedor en caso de tener que realizar un nuevo desarrollo, a menos que durante el año en que deben efectuar el mantenimiento y soporte de la plataforma, realizaran la transferencia de conocimiento suficiente y completa sobre los módulos internos para el área de Tecnología del Ministerio” (fl. 345 y 346, c.4.).

⁶³ Mediante acta de reunión No. 013 del 4 de abril de 2014, fl. 1533, c.9.

Así se constata en el acta de reunión No. 5 del 28 de enero de 2014 en la que se hizo constar, lo siguiente:

“En cuanto al retraso del cronograma UNE manifiesta que se debe a que el subcontratista no inició en la fecha estipulada para el 26 de diciembre sino su inicio real fue el 14 de enero para unos subsistemas y para otros el 16 de enero. Esto implica que el trabajo se debe llevar hasta el 12 de febrero el levantamiento real. El personal del Ministerio del Trabajo estuvo durante esas fechas”⁶⁴

118. Asimismo, obran las manifestaciones que el Supervisor realizó frente a las manifestaciones del contratista del 15 de julio de 2014⁶⁵, sobre la ausencia del personal de UNE exigido:

“Desde el comienzo del proyecto en Diciembre, se hizo la observación por parte del Supervisor del Contrato y de la Oficina TIC que UNE no contaba con el personal completo establecido en los términos del contrato, el cual establecía la necesidad de contar con 7 grupos uno por cada subsistema, un coordinador de calidad con sus analistas y un coordinador de Pruebas. El levantamiento de requerimientos inicial solo lo hicieron en el mes de diciembre 4 personas y los grupos solo se conformaron en el mes de Enero ...

La primera parte no la controvierte UNE, es decir que acepta totalmente que el levantamiento de requerimientos lo hicieron solo 4 personas, con respecto a la idoneidad del personal, como se ha afirmado por parte de la oficina TIC, no tenían la experiencia ni el conocimiento en términos jurídicos para poder manejar con suficiencia las reuniones con los funcionarios ... especialmente en IVC, y los resultados de los levantamientos, son los que muestran que no tenían buen conocimiento en metodologías de análisis y desarrollo de sistemas dados los documentales de baja calidad que entregaron. En la entrega del 21 de enero de 2014, si mencionan una persona como Coordinadora de Calidad, pero curiosamente era la misma ingeniera industrial que había levantado los requerimientos, o sea, que desempeñaba más de 3 roles al mismo tiempo, lo cual no cumplía con lo exigido acerca de la conformación del personal”.

119. No es cierto que la contratante no adelantara las acciones tendientes a impulsar el éxito del proyecto. Obran en el expediente múltiples comunicaciones en las que la entidad le puso de presente al contratista el incumplimiento de las prestaciones, o el retraso en su ejecución. De modo que se pudo constatar que el Ministerio, en el rol que le correspondía, estuvo al tanto del desarrollo del objeto e instó a la sociedad al debido cumplimiento de sus tareas⁶⁶.

120. El Ministerio sí contó con el personal requerido para la ejecución del contrato. Respecto a los inconvenientes advertidos en el levantamiento de especificaciones funcionales de los subsistemas, las pruebas documentales evidencian un escenario distinto al aducido por el contratista, puesto que se advirtió que parte de los retrasos fueron producidos por la falta de experiencia del personal de la sociedad para tal labor⁶⁷; además, en las actas de reunión se consignó el desarrollo de esa tarea sin anotaciones anormales o situaciones que impactaran su ejecución; aunque en el

⁶⁴ Fl. 267, c.4.

⁶⁵ Fl.1566 c.9. Y fls. 463 y 478, c.4.)

⁶⁶ Como dan cuenta múltiples comunicaciones, entre ellas, el radicado 22033 del 10 de febrero de 2014, a través de la cual el Ministerio le indicó a UNE que los documentos del diseño funcional y la arquitectura no fueron entregados en tiempo, así como las actas de reunión celebradas entre las partes (fls. 1515 a 1518, 1521 a 1523, 1527 a 1528, 1534, 1537 y 1538, 1539 a 1551, 1555 a 1566 c.9.)

⁶⁷ En acta de reunión No. 5 del 28 de enero de 2014 se indicó “Ministerio de Trabajo nos manifiesta que en Archivo sindical hubo cambio de persona para el levantamiento de información que no fue informado. Y en atención al Ciudadano hubo cambio en la persona y también hubo cambio en Empleo, esto no lo reportaron oficialmente ... Rubén [el Supervisor] solicita y sugiere que se informe cuando haya cambio de algún miembro del Equipo de Proyecto UNE” (fl. 267, c.4.).

acta de reunión 10 del 28 de febrero de 2014 se indicó que no se logró la validación de las dependencias territoriales, porque éstas no estaban coordinadas para el efecto, en la misma diligencia se planteó una reunión de revisión del levantamiento general para revisar su estado y superar las vicisitudes presentadas en torno a éste⁶⁸.

121. El Supervisor fue debidamente designado por el jefe de la oficina TIC, sin prueba de que no contara con el conocimiento o experticia para realizar sus labores (incumbe a quien manifiesta los supuestos de reparo probar su acreditación). En el negocio jurídico no se estipuló que el Ministerio tuviera que designar unos funcionarios de dedicación exclusiva para el proyecto, por lo que no es dable el reparo formulado por la sociedad, en torno a ese punto. Con todo, se acreditó que varios de los encuentros programados entre UNE y los funcionarios del contratante tuvieron que posponerse por los retrasos de la contratista en el cumplimiento del cronograma de actividades⁶⁹, escenario que descarta la censura consistente en la supuesta falta de disponibilidad de los funcionarios del demandado para atender el avance del proyecto.

122. La anterior conclusión no cambia al analizar los testimonios de los ingenieros Doris Soto (Gerente del proyecto para UNE), Juan Camilo Hernández (Subdirector de Relación de Terceros con UNE) y Jhon Jorge Rincón (Subdirector de Servicios Profesionales de UNE). Frente a éstos, la Sala se percata de la existencia de una relación de dependencia con UNE, con asiento en la subordinación que se desprende de su relación laboral, en el curso del contrato.

123. De conformidad con el artículo 211 del CGP⁷⁰, las relaciones de amistad, enemistad, parentesco, subordinación, o interés que tengan los declarantes con alguna de las partes pueden incidir en la credibilidad y veracidad de las manifestaciones que éstos rindan en el plenario, situación que no impide su valoración, sino que conduce a que su apreciación por el juez deba realizarse de una forma más estricta, en atención a las circunstancias que rodearon las declaraciones rendidas.

124. En el caso concreto, los declarantes coincidieron en que la falta de disponibilidad de los funcionarios del Ministerio y el aplazamiento de sus reuniones por razones asociadas a la rotación de personal, los periodos de vacaciones, los viajes a otras ciudades de algunos de sus funcionarios, entre otras, generó retrasos en las actividades que integraban el proyecto, en especial la referente a los levantamientos de los requerimientos⁷¹.

⁶⁸ Fls. 1527 a 1529, c.9.

⁶⁹ En efecto, (i) en acta No. 21 del 13 de junio de 2014, se indicó que “UNE informa de los cambios para reuniones programadas con IVC, donde a las funcionales se les va a presentar los flujogramas con los campos de la semana del 09 al 13 de junio ...[UNE] informa que las pruebas funcionales de Riesgos Laborales no se pudieron ejecutar el día de ayer debido a que no se habían terminado las pruebas internas de las consultas de intermediarios solicitados por la Líder Funcional” (fls.1558 a 1561, c.9.), (ii) en acta No. 22 del 20 de junio de 2014, se señalaron los atrasos en las pruebas internas, lo que conllevó a que esa semana tampoco se pudiera efectuar la capacitación de los intermediarios. El Supervisor solicitó que se agenden con tiempo las pruebas, para que la funcionaria del Ministerio encargada de ello pueda programar sus compromisos en esta materia (fls. 1564 a 1566, c.9.)

⁷⁰ ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

⁷¹ La testigo Doris Soto explicó que las personas dentro del Ministerio (también denominadas funcionales) eran las encargadas de describir las necesidades a suplir; sin embargo, los funcionales destinados para el desarrollo del proyecto no contaban con

125. El examen de dichos testimonios en conjunto con los demás elementos de prueba no resulta suficiente para despojar de fuerza demostrativa a las manifestaciones efectuadas directamente por las partes a través de las anotaciones registradas en las denominadas actas conjuntas, documentos en los cuales se mencionan como aspectos relevantes del desarrollo del contrato las múltiples observaciones realizadas por el Ministerio a la contratista, y su reiteración permanente –no un escenario inverso, ni tampoco con la trascendencia que pretende el actor en el estado de incumplimiento con el cual concluyó el contrato–.

126. Conforme a lo anterior, la Sala opta por asignar mayor grado de credibilidad al panorama fáctico que ofrecen los medios de prueba documentales, en la medida que contienen un soporte provisto de mayor imparcialidad al provenir directamente de la ejecución contractual y de la participación de ambos sujetos negociales.

127. Lo anterior, evidencia que no se acreditó la falta de acatamiento de las funciones a cargo del Ministerio, o que no hubiera ejecutado acciones para garantizar la observancia del contrato, ni el efecto que hubiera tenido alguna de tales situaciones en el cumplimiento definitivo del negocio, cuando se presentaron. La huella de lo acontecido, por el contrario, se inclina a constatar la relevancia de los incumplimientos de UNE respecto del Ministerio del Trabajo y, a pesar de su interés y compromiso en solventarlos mediante la prórroga y las medidas adoptadas, ello no resultó suficiente para lograr la satisfacción de sus obligaciones y, en su calidad de experto contratado, falló en el encargo de suplir la necesidad de la entidad contratante.

Adición de actividades que superaban el alcance del contrato

128. En cuanto al tercer motivo de incumplimiento atribuido a la demandada, consistente en la adición de actividades y procesos que superaban el alcance del contrato, encuentra la Sala que esta circunstancia tampoco se demostró en el plenario. No se demostró ninguna de las dos censuras detalladas bajo este aspecto.

129. Sobre el suministro de las 900 tabletas por parte de la sociedad, bajo unos requerimientos agregados a los pactados, como su personalización, entrega de estuche y reparto a nivel nacional, y capacitación de los funcionarios en su utilización, varios aspectos llaman la atención. En primer lugar, en el Anexo Técnico 2 se estableció que las tabletas se destinarían a cada uno de los inspectores municipales del país, con la garantía de que su sistema operativo no requiriera nuevos desarrollos ni migraciones del software aplicativo para los subsistemas y, en todo caso, *“si fuera necesario un desarrollo especial el contratista acepta que los posibles costos adicionales para cumplir con este requisito están contemplados en su propuesta; el ministerio no reconocerá costos adicionales a los que se presentan en la propuesta económica del contratista”*⁷².

disponibilidad, ya que tenían que viajar, tuvieron períodos de vacaciones, encargaban a otras personas o preferían la ocupación directa dentro del Ministerio.

El Ingeniero Juan Camilo Hernández sostuvo que en muchas ocasiones las reuniones se tuvieron que aplazar porque el funcionario asignado no conocía el proceso y, en otras oportunidades, si bien era viable levantar la información, los funcionarios no suministraban la aprobación final a la misma.

El declarante John Jorge Rincón señaló que el Ministerio no tuvo una buena labor gerencial del proyectó, ni logró integrar a los actores, sumada a la falta de disponibilidad de sus funcionarios, por cuanto muchos rotaban constantemente y no firmaban los levantamientos.

⁷² Fl. 1283, c.8.

130. En segundo lugar, en la propuesta técnica de UNE se observa con claridad que la empresa se comprometió a la entrega de las 900 tabletas “*con su carcasa de protección*”⁷³, al igual que se obligó al “*suministro de servicios para la gestión del cambio con el fin de culturizar a los funcionarios del Ministerio del Trabajo en el nuevo sistema integrado de información*”⁷⁴.

131. Lo anterior evidencia que: (i) conforme a los términos de su oferta, UNE se obligó a proveer las tabletas con su estuche o carcasa, por lo que la exigencia de tales elementos no hizo más que atender a los propios términos a los que la contratista se comprometió, (ii) la demandante no describió en qué consistió la personalización en software que le exigió el contratante, por lo que a falta de una aclaración en tal sentido, se colige que la misma se enmarca en los desarrollos especiales que UNE se obligó a realizar y asumir, para poner en funcionamiento las mencionadas tabletas, sin que el contratante tuviese que asumir costos adicionales, como expresamente se acordó, y (iii) la capacitaciones a los inspectores de trabajo en el uso de los referidos elementos tecnológicos materializaron el compromiso que la sociedad consignó en su oferta de suministrar los servicios a fin de “*culturizar a los funcionarios*” en el sistema integrado de información.

132. Sobre el reparo consistente en que la sociedad tuvo que repartir las tabletas en todo el territorio nacional, se observa que tanto en los términos de la contratación como en la propuesta técnica se estableció que dichos elementos debían entregarse “*en almacén*”⁷⁵. Asimismo, en los lineamientos de los estudios previos se indicó que el contrato tendría como “*lugar de ejecución principal*” la ciudad de Bogotá, sin perjuicio de “*los desplazamientos que se requirieran para el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista*”⁷⁶.

133. A su vez, en la cláusula séptima del negocio, las partes estipularon que aun cuando el domicilio contractual era la mencionada ciudad, “*el servicio [debía] prestarse a nivel nacional de acuerdo con la descripción técnica del estudio previo y sus anexos*”⁷⁷. A la par, se estableció el compromiso del contratista en “*desempeñar las demás actividades que necesariamente se requieran para el cabal cumplimiento del contrato, bajo los presupuestos de que estas surjan como consecuencia de la ejecución del objeto y sean estrictamente de la naturaleza del contrato*”⁷⁸.

134. De lo anterior emergen dos razonamientos: el asociado a la existencia del compromiso de entregar las tabletas en diferentes lugares del país, y aquel referido a la existencia o no de una relación de causalidad entre tal actividad y las obligaciones que resultaron incumplidas.

135. Sobre el primer aspecto hay que indicar que las reglas contractuales no especifican lo que se entiende por “*almacén*”, concepto que permitiría entender el lugar en que habían de entregarse las tabletas. Para solventar este punto, la Sala acude a las reglas de interpretación de los contratos, lineamiento conforme el cual,

⁷³ Fl. 1363, c.8.

⁷⁴ Fl. 1341, c.8.

⁷⁵ Fls. 1288 c.8.

⁷⁶ Fl. 18, c.6.

⁷⁷ Fl. 578, c.8.

⁷⁸ Fl. 405, c.1.

al analizar unas cláusulas por otras⁷⁹ y procurando que el negocio jurídico produzca los efectos perseguidos⁸⁰, se logra distinguir, en este punto, entre dos segmentos de prestaciones conforme a su naturaleza y a la función jurídico económica acordada.

136. Con esta guía de análisis, es razonable que las prestaciones referidas al sistema de arquitectura, desarrollo de software, los 7 subsistemas y la provisión del hosting se efectuaran en Bogotá, sede central del contratante, donde se contaba con la mayoría de información y con la dirección del Ministerio; de modo que cuando los estudios previos y el contrato se refirieron a esa ciudad como el lugar de “*ejecución de principal*”, debe entenderse que lo es, no por ser el único lugar admisible para la realización del contrato, sino por ser aquel que se adecua y mejor responde al desarrollo de tales actividades. Se recordará que el núcleo del contrato se centra en la provisión de *una solución tecnológica consistente en un sistema integrado de información* que comprendió el suministro de software, y para el cual se requirió del suministro de bienes y servicios para su implementación.

137. Lo anterior no obstaba para que el cumplimiento de algunas prestaciones se efectuara en zonas distintas al Distrito Capital, con eco en las mismas reglas negociales. Ello acontece puntualmente respecto de las tabletas, pues en los estudios previos se consagró la obligación a cargo del contratista de efectuar “*la provisión por venta de 900 tabletas para ser distribuidas entre los Inspectores Municipales de todo el país*”⁸¹ disposición que, en conjunto con las estipulaciones acordadas en la cláusula séptima, atrás citada, razona en clave de una entrega que no se limita a la ciudad de Bogotá, pues, además, se advierte que en los mismos elementos que conforman la prestación se incluyó a sus destinatarios finales – inspectores– ubicados en diversos municipios.

138. Se une a lo dicho, la eficacia que adquiere la regla contractual en cuya virtud el contratista se comprometió a asumir “*los desplazamientos que se requirieran para el cabal cumplimiento de las obligaciones*” y a “*desempeñar las demás actividades que necesariamente se requieran para el cabal cumplimiento del contrato*”. De allí que para la Sala, la razón asociada a la entrega de las tabletas en diversos sitios del país sí era de cargo de UNE, de manera que las actividades que de allí se derivaron ninguna incidencia pueden tener como causal justificativa de sus propios incumplimientos, así fuese en parte.

139. Aún si en gracia de discusión se adoptara la tesis contraria, es decir, que el reparto a nivel nacional de las tabletas fue una actividad que superaba el compromiso de UNE, lo cierto es que la demandante no acreditó cumplir con esa entrega a lo largo del país, lo que dejaría vacío de contenido el análisis del cargo al no existir evidencia de que esta actividad se materializó.

140. Como argumento de cierre frente al reproche analizado, se resalta la falta de conexión entre las actividades vinculadas con la entrega de las tabletas, y las

⁷⁹ ARTÍCULO 1622 C.C. INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACIÓN Y POR APLICACIÓN PRÁCTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

⁸⁰ ARTÍCULO 1620 C.C. PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

⁸¹ Fl. 30, c.6.

demoras que este supuesto habría generado respecto de las obligaciones incumplidas por UNE. Lo anterior, en la medida que el segmento relacionado con la entrega de las tabletas, que hizo parte de las prestaciones que integraron el primer desembolso, ocurrió desde el 20 de diciembre de 2013, esto es, dentro de los 45 días previstos en los términos de la contratación para el efecto⁸²; por ello, ningún efecto adverso podía derivarse de aquel supuesto con incidencia en el segundo y tercer desembolso pues, como se explicó, las incorrecciones relacionadas con estos últimos acontecieron por circunstancias que comprometieron el sistema de arquitectura, el software y siete (7) subsistemas a implementar.

141. De manera que, incluso el escenario de una supuesta extensión de la prestación relacionada con la provisión de las tabletas carece de impacto real como causa justificativa de las prestaciones incumplidas por parte de UNE.

142. Frente al supuesto incremento de los trámites que se debían automatizar para levantar y completar los requerimientos funcionales, el contratista no demostró que las aseveraciones esbozadas por la contratante se alejaron de los lineamientos técnicos previstos en el negocio jurídico. El Ministerio adujo que la sociedad confundió los 12 trámites relacionados con el Subsistema de Automatización de Trámites con los 12 módulos, no trámites, que debían componer el subsistema de IVC⁸³. Cada módulo estaba compuesto de múltiples actuaciones, reflejadas en trámites, por lo que no es cierto que se hubiere ampliado o alterado el alcance del objeto contractual en este punto.

143. Al examinar el Anexo 3, se establecieron 12 módulos que integraban el subsistema IVC, y que eran distintos a los prescritos para el subsistema de Automatización de Trámites y Servicios (ATS). En desarrollo de cada uno de los 12 módulos del subsistema IVC se requería efectuar múltiples trámites internos, sin que estos últimos se correspondieran con los primeros; y el número delimitado (12) se previó respecto de la definición de los módulos, como se estableció en el numeral 2.3 del anexo 3 (características y especificaciones generales de cada subsistema), más no respecto de los trámites a desarrollar para cada uno de los módulos⁸⁴.

⁸² El contrato se suscribió el 8 de noviembre de 2013 y en su anexo 2 se indicó que la entrega de las 900 tabletas debía hacerse a los 45 días (fl. 1288, c.8.)

⁸³ En el informe final de Supervisión, se precisó lo siguiente sobre este aspecto:

“Incumplimiento en el levantamiento de todos los requerimientos de IVC en la fase inicial. Confundieron los trámites que estaban descritos en el anexo técnico No. 3 en el subsistema de Automatización de Trámites en los cuales se especificaron 12 trámites en línea, con los de IVC, y por eso argumentaban que se limitaban a esos 12, se les aclaró en actas de reuniones y en una reunión con el Viceministro de Riesgos Laborales e Inspección, aceptaron que levantaban todos los requerimientos de IVC, más adelante en el apartado de Estado de los subsistemas al 23 de diciembre de 2014, se detalla cuáles fueron levantados” (fl. 682, c.12.).

⁸⁴ En el numeral 2.3.3.4. del Anexo 3 se determinó que el subsistema IVC estaba compuesto por los siguientes módulos. (fl. 1306, c.8):

- 1) Módulo de registro de información detallada de los solicitantes
- 2) Módulo de trazabilidad de los procesos
- 3) Módulo de alertas tempranas
- 4) Módulo de gestión de visitas e inspecciones
- 5) Módulo de sanciones y multas
- 6) Módulo de información de conflictos socio – laborales
- 7) Módulo de indicadores de gestión de las Direcciones Territoriales y los Inspectores Municipales
- 8) Módulo de reportes y estadística de Inspección, Vigilancia y Control
- 9) Módulo de parametrización y tablas de referencia
- 10) Módulo de interoperabilidad
- 11) Componente de base documental de las normas asociadas
- 12) Componente de migración y cargue de archivos históricos”

Para el desarrollo de dichos módulos se contemplaron una serie de objetivos a alcanzar (numeral 2.3.3.5. del Anexo 3), que se lograrían, justamente, a través de los distintos trámites que desarrollaban cada uno de los lineamientos dispuestos para completar la efectividad de las funciones contratadas, lo cual, ratifica, la confusión de la sociedad en punto a los requerimientos que le fueron exigidos para el éxito del subsistema IVC, en la medida que entendió como trámites los 12 módulos que

144. Sumado a lo anterior, no se puede pasar por alto que la misma sociedad, en escrito del 14 de abril de 2014⁸⁵, puso de presente que, producto de la fase de levantamiento de información detallada, encontró “*en el subsistema IVC además de los 12 trámites mencionados en los pliegos, 28 nuevos trámites para un total 40*” y a renglón seguido manifestó al Ministerio la necesidad de ampliar la extensión del contrato y modificar su forma de pago –para pasar de 3 a 4 desembolsos⁸⁶–, a efectos de entregar el Sistema Integrado de Información en las condiciones adecuadas para su funcionamiento.

145. Lo anterior muestra que, más allá de la confusión advertida respecto de la diferenciación de módulos y trámites, lo cierto es que la contratista contempló esos *nuevos trámites* como uno de los móviles para el aumento del plazo del negocio jurídico, sin que el mismo produjera costos adicionales al contratante –como ya se explicó–. Entonces, a pesar de que la sociedad tuvo esa discrepancia en el entendimiento de los aludidos componentes del subsistema IVC, el mismo, en todo caso, se superó al consignarlo como con una de las causas de ampliación de plazo, por lo que su realización también quedó cobijada por los efectos de dicho acuerdo, sin que con posterioridad puedan las partes desconocer su fuerza vinculante.

146. Al evidenciar que el anterior aspecto (el supuesto mayor número de trámites para el subsistema IVC) está envuelto en los efectos convencionales de la prórroga 1 y de las repercusiones patrimoniales que las partes pactaron en torno a ésta, la Sala prescindirá del estudio de los testimonios y del dictamen aportado en este aspecto, pues el aludido acuerdo comercial es claro en excluir efectos económicos de la mencionada extensión del plazo contractual.

147. Como la sociedad no demostró que el Ministerio incurriera incumplimientos que afectaran el eje de la prestación convenida, o incidieran de forma determinante en el desarrollo del objeto contratado, no se desvirtúan las razones de incumplimiento endilgadas a UNE en las resoluciones acusadas.

148. En línea con lo expuesto, la Sala negará las pretensiones principales formuladas en ambos procesos, el 2015-01024 y 2016-00614, y las consecuenciales súplicas de contenido económico, toda vez que no se demostraron los cargos de nulidad formulados contra las cláusulas décimo tercera y décimo cuarta del contrato, ni contra los actos enjuiciados –las Resoluciones 3134 y 4371 de 2014 y 2035 y 3200 de 2015–, por cuanto se acreditó que los mismos se fundamentaron en las previsiones legales que resultaban aplicables, fueron emitidas con competencia y bajo el procedimiento estatuido en la ley para tal fin.

149. También se demostró que las decisiones adoptadas por el Ministerio estuvieron debidamente fundamentadas y que no se demostraron los incumplimientos endilgados a la demandada.

(iv) Proporcionalidad y bases de las sanciones impuestas

integraban al aludido subsistema. En los términos de la contratación no se estableció un número de trámites específicos para la ejecución de cada uno de los referidos módulos.

⁸⁵ Fls. 1535 a 1536, c.9.

⁸⁶ La variación en los desembolsos sólo implicaba la división del tercer pago estipulado en dos sumas distintas, en aras de evitar que la erogación de gran parte del precio se extendiera hasta la finalización del contrato. Tal propuesta de ajuste de los desembolsos no se tuvo en cuenta dentro de la prórroga 1 del contrato, atrás estudiada.

150. En torno a la reducción del monto de la cláusula penal impuesta mediante las Resoluciones 2035 y 3200 de 2015, la demandante adujo que el Ministerio tasó de forma indebida esta sanción, toda vez que no atendió los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad aplicables a la misma, en la medida en que se abstuvo de tener en cuenta el porcentaje de ejecución del contrato que recibió y tuvo como precio del negocio un valor que incluía el IVA, pese a que este tributo no integraba el valor pactado.

151. Sobre el particular, esta Sección⁸⁷ ha manifestado que la proporcionalidad constituye uno de los principios rectores sobre los cuales debe erigirse el ejercicio de la potestad sancionatoria, el cual exige dos valoraciones, una de cara a la actuación de los órganos del Estado, las cuales deben dirigir su actuar bajo esta línea de reconocimiento, y otra frente al juez a quien corresponde controlar las determinaciones de la administración a fin de constatar si su conducta se ciñó a un juicio de adecuación o consonancia entre los hechos aducidos, las decisiones proferidas y las finalidades que se persiguen con éstas.

152. En punto a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, se ha establecido que *“el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción”*, puesto que el artículo 1596 del Código Civil prescribe que el deudor tiene derecho a que se rebaje o gradúe proporcionalmente la pena pactada en atención al monto de las prestaciones efectuadas por éste y aceptadas por la entidad⁸⁸, con la aclaración de que el parámetro de disminución de la sanción no es la magnitud del daño, sino el grado de ejecución del contrato por parte del el deudor⁸⁹. Con todo, tratándose de negocios jurídicos en que el objeto es indivisible, es decir, en los que sólo hay lugar a su ejecución completa, el valor de la cláusula debe corresponder al monto íntegro bajo el que se pactó; salvo que la contratante acepte del contratista la parte ejecutada.

153. De esta forma, los aspectos que se deben tener en cuenta, en aras de acceder o no a la disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, son: (i) el porcentaje efectivamente ejecutado por el contratista, y (ii) si la entidad pública contratante recibió esa parte del objeto convenido.

154. En el contrato se convino la cláusula penal en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. En caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso, UNE EPM reconocerá al MINISTERIO a título de cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, una suma equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor total del contrato. En el evento que los perjuicios superen el valor estimado en esta cláusula, el Ministerio adelantará las acciones pertinentes para lograr su cobro imputando el valor pagado a dichos perjuicios, por tanto, la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios no cubiertos por la aplicación de dicha sanción.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, radicación 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁸⁸ *“La excepción que -se repite- obedece a criterios de justicia, prescribe que, si bien la cláusula penal actúa como mecanismo de evaluación del daño, sin necesidad de pruebas adicionales, cuando el deudor ha cumplido parcialmente la obligación principal y ha sido recibida por el acreedor, el juzgador reducirá su monto atendiendo a la equidad”* (ib.)

⁸⁹ *“... como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor”* (ib.).

PARÁGRAFO: Para efectos del cobro, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con lo indicado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 8.1.10. del Decreto 734 de 2013” (se subraya).

155. En la cláusula transcrita las partes pactaron una pena como tasación anticipada de perjuicios en caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso del contrato (cláusula penal compensatoria). Revisado el contenido de las Resoluciones 2035 y 3200 de 2018, se encuentra que en éstas se hizo efectiva esta estipulación negocial por el incumplimiento *total* de las obligaciones del contrato⁹⁰. El contratante la hizo efectiva por el monto completo bajo el cual fue estipulada, 25% del precio del contrato incluido IVA, el cual ascendía a \$3.099'999.999,5 –cifra exacta de esta pena, ordenada a través de los citados actos–.

156. UNE sostuvo que no procedía la imposición de la sanción en el 100% de su monto, debido a que ejecutó el 73,21% del contrato (representado en la entrega del hosting, las 900 tabletas, los 15 computadores portátiles bajo arrendamiento y un avance del 46% del software). Por su parte, el Tribunal aseveró que sí había lugar a aplicar la totalidad de dicha pena, toda vez que las obligaciones pactadas eran indivisibles.

157. Efectivamente, dada la naturaleza de una obligación indivisible⁹¹, al contratante sólo le resulta provechoso que ésta se efectúe de forma integral, pues de lo contrario no podrá disfrutar del objeto contratado al no ser susceptible de fraccionamiento físico o individual. En estos casos, ante la inobservancia negocial, la cláusula penal debe imponerse de forma completa, salvo que el contratante (acreedor) acepte parte de la obligación ejecutada, evento en el cual el deudor tiene el derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la inejecución de la obligación principal⁹².

158. En la Resolución 2035 de 2015 se plasmó que el Ministerio recibió, aprobó y pagó los elementos que componían el primer desembolso del precio pactado⁹³, en la suma de \$5.250'000.000. Lo anterior se ratificó con la autorización emitida por el supervisor para su pago⁹⁴, acompañado del acta de entregables del mismo⁹⁵ y la factura emitida por UNE TELCO, por este concepto⁹⁶.

159. Teniendo en cuenta la aceptación del contratante, de parte del objeto pactado, se debe revocar la providencia apelada en este aspecto, por cuanto resulta procedente la reducción de la sanción pecuniaria en el mismo porcentaje en que se ejecutó el contrato.

⁹⁰ Dado que “el contratista no cumplió con el objeto y alcance del contrato, no hizo entrega de ningún subsistema completo y solamente entregó documentación parcial de algunos módulos individuales de los subsistemas” (fl. 385, c.1.)

⁹¹ “ARTICULO 1581 C.C. DEFINICION DE OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES. La obligación es divisible o indivisible según tenga o no tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota. Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, o la de hacer construir una casa, son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible”.

⁹² “ARTICULO 1596 C.C. REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

⁹³ En la cláusula cuarta del contrato se fijó que el precio se pagaría a través de tres (3) desembolsos: 1) un primer pago por \$5.250'000.000, 2) un segundo desembolso por \$1.250'000.000 y 3) un tercer pago por \$5.899'999.998.

⁹⁴ Fl. 715, c.2.

⁹⁵ Fl. 716, c.2.

⁹⁶ Fl. 720, c.2.

160. Como el primer desembolso pagado (\$5.250'000.000) corresponde al 42,34% del contrato⁹⁷, se le descontará ese porcentaje al 100% del valor de la cláusula penal impuesto por el Ministerio, resultando en una diferencia de 57,66% que equivale al porcentaje bajo el cual debe calcularse la cláusula penal.

161. Previo a efectuar tal operación, la Sala establecerá si la base sobre la que debe realizarse la tasación de la cláusula penal corresponde al total del precio fijado en el contrato, esto es, \$12.399'999.998 –que incluye “*el IVA y todos los gastos directos e indirectos, así como todos los impuestos, tasas y contribuciones de ley que conlleve la celebración y ejecución del contrato*”⁹⁸– o si a este valor hay que restar el IVA para efectos de definir la base del monto objeto de la sanción.

162. El IVA o impuesto de valor agregado es un tributo que tiene como hechos generadores, entre otros, la venta de bienes corporales muebles y la prestación de servicios en el territorio nacional, con excepción de los expresamente excluidos – artículo 420 del ET⁹⁹–. Estos supuestos encuadran en las actividades que comprendieron el objeto del pactado y que concretaron la causación de dicho impuesto en el marco del contrato, tal como se indicó en su cláusula tercera, al precisar que el valor acordado incluía el IVA y todos los impuestos, tasas y contribuciones que conllevara su *ejecución*.

163. La base gravable, o la cuantía del hecho gravado sobre el cual se aplica la tarifa del impuesto, establece que el valor constitutivo del tributo está dada, en el caso de la venta y prestación de servicios, por “*el valor total de la operación, sea que ésta se realice de contado o a crédito, incluyendo entre otros los gastos directos de financiación ordinaria, extraordinaria, o moratoria, accesorios, acarreos, instalaciones, seguros, comisiones, garantías y demás erogaciones complementarias, aunque se facturen o convengan por separado y aunque, considerados independientemente, no se encuentren sometidos a imposición*”¹⁰⁰.

164. Lo anterior denota que los factores que integran la base gravable están constituidos por los costos y montos que implique la prestación del servicio o la venta del bien, de modo que, ante la inexistencia de una actividad u operación de este tipo, no tiene cabida la configuración de una base sobre la cual deba calcularse la tarifa para liquidar la obligación tributaria.

165. En estos términos, cuando se presenta la declaratoria de incumplimiento de un negocio jurídico y como consecuencia de ello se aplica la cláusula penal pecuniaria, es posible advertir que esta hipótesis no materializa una operación de venta o la prestación de un servicio. Al corresponder a una sanción convencional, es evidente que este evento no configura un hecho generador susceptible de la

⁹⁷ Por cuanto el precio fue estipulado en \$12.399'999.998.

⁹⁸ Cláusula tercera del contrato.

⁹⁹ Artículo 420 ET. El impuesto a las ventas se aplicará sobre:

a) La venta de bienes corporales muebles e inmuebles, con excepción de los expresamente excluidos; b) La venta o cesiones de derechos sobre activos intangibles, únicamente asociados con la propiedad industrial;
c) La prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos;
d) La importación de bienes corporales que no hayan sido excluidos expresamente;
e) La circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar, con excepción de las loterías y de los juegos de suerte y azar operados exclusivamente por internet.

El impuesto a las ventas en los juegos de suerte y azar se causa en el momento de realización de la apuesta, expedición del documento, formulario, boleta o instrumento que da derecho a participar en el juego. Es responsable del impuesto el operador del juego.

¹⁰⁰ Artículo 447 ET.

aplicación de tal tributo¹⁰¹ pues, como se atrás se indicó, el IVA sólo se considera cuando se ejecuten operaciones de venta o la prestación servicios, y ninguna de ellas se relaciona con la imposición de una sanción.

166. Descendiendo al caso concreto y a efectos de calcular el monto de la cláusula penal, el Ministerio debió descontar la cifra correspondiente al IVA del precio del contrato, pues la imposición de la pena no configuró la prestación de un servicio o la venta de un bien, hechos generadores de este impuesto.

167. En su propuesta económica¹⁰², la sociedad consignó que el valor total de su oferta ascendió a \$12.399'999.998 (suma por la que se suscribió el contrato), donde el IVA correspondía a \$1.710'344.827 y el valor neto sin la aplicación de la tarifa de ese impuesto era de \$10.689'655.171¹⁰³; por ende, la Sala utilizará esta última cifra para el cálculo de la cláusula penal, en el porcentaje correspondiente, según la disminución de su monto.

168. En este orden de ideas, pasa a determinarse el monto de la cláusula penal, de conformidad con la reducción de su valor y la sustracción del IVA del precio contractual, en los términos arriba explicados.

Precio del contrato (sin IVA)	\$10.689'655.171
Valor total de la cláusula penal en los términos estipulados (25% del precio)	\$2.672'413.792,75
Valor a disminuir de la cláusula penal, en virtud de la parte recibida por el Ministerio (al 100% de la sanción se le resta el 42,34% recibido por el contratante)	\$1.131'499.999,85
Diferencia entre la cláusula penal completa y el valor de la misma correspondiente al 42,34% de ejecución	\$1.540'913.792,9
Cláusula penal a imponer (en virtud de la reducción ordenada)	\$1.540'913.792,9

169. Como el contratante aceptó parte del objeto ejecutado, habrá de declararse la disminución de la cláusula penal impuesta, en el mismo porcentaje del objeto recibido por el Ministerio. El monto de esta tasa se fija en la suma de mil quinientos cuarenta millones novecientos trece mil setecientos noventa y dos pesos, con nueve centavos (\$1.540'913.792,9).

170. En línea con lo anterior, la Sala hará uso de la posibilidad con que cuenta la autoridad jurisdiccional de modificar, reformar o estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, en aras de restablecer el derecho particular del contratista –artículo 187 del CPACA¹⁰⁴–, en este escenario modificará los artículos segundo y tercero de la Resolución 2035 de 2015, toda vez que en estos el Ministerio precisó el valor de la sanción impuesta, con el fin de indicar el nuevo valor de ésta, en virtud de la reducción establecida por la Subsección. No se modificará la parte resolutive de la Resolución 3200 de 2015, por cuanto ésta no contiene una

¹⁰¹ Así lo reconoció la DIAN, en oficio 031890 del 3 de noviembre de 2015, publicado en Diario Oficial No. 49.700 del 18 de noviembre de esa anualidad.

¹⁰² Fl. 575, c.8.

¹⁰³ La sumatoria del valor neto y el IVA corresponden al monto ofertado.

¹⁰⁴ "ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.

(...)

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas".

enunciación específica de la cláusula ajustada, en tanto que se limitó a confirmar la Resolución 2035 de 2015.

171. Por consiguiente, la Sala modificará la sentencia cuestionada. Negará las pretensiones principales de ambos procesos, y accederá a la pretensión subsidiaria del expediente 2016-00614, modificando el monto de la cláusula penal pecuniaria impuesta mediante la Resolución 2035 de 2015, con la expresa orden a cargo del Ministerio de que, en caso de haberse efectuado un pago relativo a la cláusula penal pecuniaria, restituya a la sociedad las sumas que ésta hubiere cancelado o se le hubieren descontado en exceso, en virtud de la disminución del monto de dicha sanción dispuesto en esta providencia.

Costas

172. En su alzada, la sociedad pidió que se revoque la condena en costas que le fue impuesta en primer grado dado que ésta no se configuró, y comoquiera que su conducta se desplegó en la buena fe y con lealtad procesal.

173. La censura que planteó el apelante se enmarca en un criterio de subjetividad, el cual era el orientador en vigencia del CCA (artículo 171, modificado la Ley 446 de 1998). Bajo dicha normativa resultaba forzosa la acreditación de la temeridad o mala fe en la actuación procesal de las partes para que procediera la condena en costas.

174. Sin embargo, tal panorama varió con el CPACA, el cual dispuso, en su artículo 188, que para estos efectos debe aplicarse las previsiones contenidas en el artículo 365 del CGP. Esta última normativa estableció un criterio objetivo valorativo para la condena en costas, en virtud del cual se requiere la constatación de si se configuró o no alguno de los supuestos que dan cabida a su determinación y su comprobación, con la aclaración que ello no significa la demostración de la mala fe o temeridad de las partes, sino la verificación de si la parte que resulta beneficiada con la condena a imponer efectivamente incurrió en erogaciones, dada la actividad que desplegó el profesional en derecho que lo representó judicialmente (agencias en derecho) y la configuración de gastos en que hubiere incurrido para el desarrollo del litigio.

175. El citado artículo 365 del CGP consagra que la condena en costas procede contra la parte vencida, es decir, a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación y en caso *“de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

176. Comoquiera que prosperaron dos cargos de la apelación a favor de UNE: de una parte, la vulneración al debido proceso en materia probatoria, y de otra, la reducción de la sanción bajo el principio de proporcionalidad y no aplicación del valor del IVA a las bases de la cláusula penal, –y esta última corresponde a una de las de las pretensiones subsidiarias del actor–, se concluye que no es dable considerarla como parte vencida del proceso.

177. Dado que la prosperidad de tal pretensión conlleva a acceder parcialmente a la demanda 2016-0614, acumulada al *sub lite*, no se condenará en costas a la

demandante por ninguna de las dos instancias, de manera que se revocará esta decisión respecto de las impuestas en la sentencia de primer grado, y se abstendrá de condenar por este concepto en la segunda instancia. La decisión sobre la materia abarca la determinación de primer grado, puesto que valora la posición de las partes frente a las resultas del proceso, es decir, si se confirmó la sentencia apelada o si en virtud de las determinaciones esgrimidas se accede, al menos parcialmente, a las súplicas incoadas, como aconteció en el *sub examine*.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 29 de julio de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: NEGAR LAS PRETENSIONES PRINCIPALES de la demanda formuladas dentro de los procesos con radicado No. 25000-23-36-000-2015-01024-00, y acumulado No. 25000-23-36-000-2016-00614-00.

SEGUNDO: ACCEDER A LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA del proceso con radicación 25000-23-36-000-2016-00614-00, en virtud de los cual se modifican los artículos segundo y tercero de la parte resolutive de la Resolución 2035 de 2015, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO SEGUNDO: *Como consecuencia de lo anterior hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el Contrato Interadministrativo 407 de 2013 celebrado entre el **MINISTERIO DEL TRABAJO** y **UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.** por valor de MIL QUINIENTOS CUARENTA MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON NUEVE CENTAVOS M/CTE (\$1.540'913.792,9).*

“ARTÍCULO TERCERO: *Declarar el siniestro de incumplimiento cubierto por el amparo de cumplimiento incluido en la póliza 29173130002015 expedida por MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA cuya vigencia se extiende hasta el 7 de noviembre de 2015 por valor de MIL QUINIENTOS CUARENTA MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON NUEVE CENTAVOS M/CTE (\$1.540'913.792,9).*

SEGUNDO: En caso de que se acredite un pago relativo a la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato interadministrativo 407 de 2013, el Ministerio del Trabajo deberá restituir a UNE EPM Telecomunicaciones S.A. las sumas que ésta hubiere cancelado o se le hubieren descontado en exceso, en virtud de la disminución del monto de dicha sanción, ordenada en esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA en costas, en primera y en segunda instancia.

Expediente 250002336000201501024 01 (67.158)
(ACUMULADO)
Demandante: UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO
Referencia: Controversias contractuales

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

V.F

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.

