

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
- SECCIÓN TERCERA -

Bogotá D.C., veintitrés (23) de Agosto de dos mil veintiuno (2021).

Juez	:	Magda Cristina Castañeda Parra
Ref. Expediente	:	110013343-064-2016-00390-00
Accionante	:	UNIÓN TEMPORAL CCEFICIENTE
Accionada	:	AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE ¹

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(PRETENSIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 1 de julio de 2016², la unión temporal **CCEFICIENTE**³, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (contractual), en contra de la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**, (en adelante la **entidad**, **CCE** o **el extremo pasivo**), a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución 857 de 9 de noviembre de 2015, por la cual la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** declaró el incumplimiento de la cláusula 15 del AMP CCE-146-1-AMP-2014 e hizo efectiva la cláusula penal por valor de \$176.521.611,11, así como la

1 Correo: notificacionesjudiciales@colombiacompra.gov.co.

2 Según acta individual de reparto obrante a folio 47 c. principal.

3 Conformada por Flórez y Álvarez S.A., y Clean Depot S.A.

nulidad de la Resolución 917 de 4 de febrero de 2016, por la cual se confirmó la anterior resolución, reduciendo la cláusula penal a la suma de \$12.504.790,93.

SEGUNDA.- Que, como consecuencia de la nulidad de las Resoluciones 857 de 9 de noviembre de 2015 y 917 de 4 de febrero de 2016, se ordene el restablecimiento del derecho a favor de la Unión Temporal CCEficiente, consistente en la devolución del valor correspondiente a la cláusula penal, que haya sido cancelado hasta el momento de la decisión, así como el pago de los demás perjuicios materiales y morales causados a la demandante como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento. Los perjuicios materiales se concretan en el lucro cesante originado en la dificultad que la publicación de la multa trajo a las sociedades que conforman la Unión Temporal CCEficiente para acceder a nuevos procesos de contratación estatal, en los cuales se verifica la ausencia de multas en cabeza de los contratistas. Los perjuicios morales se verifican en las graves consecuencias que la imposición de la multa causó en la imagen de las sociedades que conforman la Unión Temporal CCEficiente, que depende, casi en su totalidad, del registro que de las sanciones se lleva en las bases de datos de acceso institucional y público.

TERCERA.- Que se condene en costas a la entidad demandada.

Adicionalmente, se solicita la suspensión provisional de los actos administrativos, con el fin de que se ordene eliminar el registro de la publicación de la sanción en la Cámara de Comercio”.

1.2. HECHOS

Los hechos en los que la parte demandante respalda sus pretensiones son los siguientes:

- Colombia Compra Eficiente celebró el **10 de noviembre de 2014** el Acuerdo Marco de Precios – AMP, para la adquisición y prestación del Servicio Integral de Aseo y Cafetería requerido por las entidades estatales CCE-146-1-AMP-2014.
- El AMP fue suscrito con varios contratistas, dentro de los que se encontraba la Unión Temporal CCEficiente, conformada por las sociedades Clean Depot S.A. y Flórez y Álvarez S.A.
- El AMP entró en operación en noviembre de 2014 y de éste hizo uso el SENA a través de la Orden de Compra 1598 de 15 de febrero de 2015, para la prestación del servicio en la regional Valle.
- La Orden de Compra fue emitida por valor de \$1.765.216.111,16.
- La Orden de Compra 1598 fue adjudicada a la Unión Temporal Cceficiente, la cual inició la prestación del servicio bajo las condiciones estipuladas en ésta y el AMP.
- El SENA, a través de su Directora Administrativa y Financiera y su Coordinador de Servicios Generales y Adquisiciones, informaron a CCE mediante correos de fecha

16 y 19 de octubre de 2015, el posible incumplimiento de la Unión Temporal CCEficiente consistente en: *“El Proveedor no realizó el pago oportuno de los Operarios correspondiente al mes de octubre de 2015 en los tiempos pactados en la Orden de Compra, es decir, los primeros diez (10) días del mes”* y soportó lo anterior en las Cláusulas 15.3, 15.8, 15.12 y 15.30 del Acuerdo Marco de Precios.

- La obligación 15.3 se refiere textualmente a *“Cumplir con los plazos establecidos en el presente Acuerdo Marco de Precios.”*

- El numeral 15.8 dispone la obligación de *“Cumplir oportunamente con el pago de los salarios, aportes a seguridad social, prestaciones sociales, aportes parafiscales, horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos, indemnizaciones y demás costos derivados de la relación laboral con el personal, conforme lo establecen las reglamentaciones laborales vigentes en Colombia...”*

- El numeral 15.12 se refiere al deber de *“Considerar a las Entidades Compradoras como clientes prioritarios.”*

- El numeral 15.30 citado por la entidad contratante, obliga a *“Cumplir con las obligaciones derivadas del presente Acuerdo Marco de Precios.”*

- Mediante comunicación de fecha 22 de octubre de 2015 el Secretario General de Colombia Compra Eficiente, convocó a audiencia de incumplimiento a la Unión Temporal CCEficiente, a Seguros Generales Suramericana y al SENA Regional Valle.

Luego de concluida la diligencia se expidió la **Resolución 857 de 9 de noviembre de 2015**, por la cual la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente declaró el incumplimiento de la cláusula 15 del AMP CCE-146-1-AMP-2014 e hizo efectiva la cláusula penal por valor de \$176.521.611,11.

- En contra de la Resolución 857 de 9 de noviembre de 2015, la Unión Temporal CCEficiente y la aseguradora interpusieron el recurso de reposición, basados principalmente, en la falta de tipicidad de la sanción impuesta y la ausencia de proporcionalidad en el monto de la obligación.

Los recursos fueron resueltos a través de la **Resolución 917 de 4 de febrero de 2016**, por medio de la cual se confirmó la Resolución 857 de 9 de noviembre de 2015, reduciendo la cláusula penal a la suma de \$12.504.709,93.

- Además del pago de la cláusula penal, en las resoluciones atacadas se ordena la publicación de la sanción impuesta a la Unión Temporal CCEficiente y el reporte de la misma a la Cámara de Comercio respectiva.

- Sumado al perjuicio económico ocasionado por el pago de la sanción correspondiente a la cláusula penal, los miembros de la Unión Temporal CCEficiente han debido soportar las dificultades que conlleva para un contratista del Estado la publicación de una sanción en la Cámara de Comercio y el SECOP.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito radicado el 19 de septiembre de 2017, la entidad demandada, a través de su apoderado judicial, presentó contestación a la demanda (fls.96-119).

Luego de pronunciarse sobre los hechos y las pretensiones de la demanda, a las cuales se opuso, planteó las siguientes excepciones de mérito:

a. Existencia del incumplimiento contractual

Arguyó que el incumplimiento contractual declarado por vía de las resoluciones demandadas sí existió, sin que la Unión Temporal demostrara ninguna causal de exclusión de la responsabilidad en su favor. Así las cosas, Colombia Compra Eficiente obró en derecho y con apego al ordenamiento jurídico, al momento de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal a través de las resoluciones demandadas.

b. El procedimiento administrativo se ajustó al ordenamiento jurídico

Afirmó que, en contravía de lo alegado en la demanda, Colombia Compra Eficiente siguió el procedimiento administrativo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al momento de expedir los actos administrativos demandados; de suerte que no se configuró ningún vicio procedimental que dé lugar a la nulidad de las mencionadas resoluciones.

c. Las Resoluciones 857 de 2015 y 917 de 2016 se ajustan al ordenamiento jurídico

Manifestó que las Resoluciones 857 de 2015 y 917 de 2016 se ajustan al ordenamiento jurídico nacional, de forma que no hay lugar a la declaratoria de nulidad deprecada en la demanda.

d. Inexistencia del perjuicio – cobro de lo no debido

Indicó que con la expedición de las resoluciones de las que se pretende su anulación, no se le causó ningún perjuicio a la demandante y, por ende, no hay lugar al reconocimiento de medidas de restablecimiento del derecho.

En lo sucesivo, en la contestación, resumió los cargos de la demanda de la siguiente manera:

Respecto al **primer cargo**, la parte actora indicó que las resoluciones demandadas fueron expedidas contrariando el principio de tipicidad. En su criterio, ni el Acuerdo Marco de Precios, ni la Orden de Compra 1598 establecían que la obligación de pago debía realizarse dentro de los 10 primeros días del mes. Además, señaló, que una obligación en ese sentido sería abusiva pues contraviene la autonomía del empleador y el trabajador para pactar la forma y oportunidad del pago del salario. Así las cosas, la infracción al principio de tipicidad, en concepto del demandante, deviene de la imposición de la cláusula penal por la materialización de una conducta que no fue definida como falta contractual.

En cuanto al **segundo cargo**, la parte actora afirmó que las resoluciones 857 de 2015 y 917 de 2016 fueron expedidas en el marco de un procedimiento en el que la citación no cumplió con los requisitos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 “*al omitir el sustento contractual y legal del supuesto incumplimiento e indicar una obligación inexistente*”, así como por no haber analizado el grado de culpabilidad del Proveedor; de otra parte, el vicio aludido se sustenta en que en el desarrollo de la audiencia, Colombia Compra Eficiente expuso cargos y circunstancias diferentes a las establecidas en la citación. Es así como, en su concepto, en la Resolución 917 de 2016 la entidad demandada dio por sentado que el pago debía realizarse dentro de los 10 días del mes, sin justificación.

Sobre el **tercer cargo** formulado, estableció el apoderado de la entidad demandada que, apunta a señalar que la sanción impuesta en las resoluciones demandadas es desproporcionada; de un lado, por los graves perjuicios que supone el registro de la misma en la medida en que afecta la posibilidad de participación de los integrantes de la Unión Temporal en otros procesos de contratación y, de otro, porque el monto de la cláusula penal no tiene sustento. Agregó al respecto, que la falta contractual cometida no es de ninguna manera un incumplimiento grave que dé lugar a la activación de la cláusula penal.

De otra parte, el demandante expone que la tasación de la cláusula penal fue desproporcionada dado que Colombia Compra Eficiente no tuvo en cuenta si la obligación incumplida era de importancia o no para el contrato, el término de ejecución del contrato y la cantidad de incumplimientos.

Así mismo, para el extremo activo, la entidad aplicó de manera errada la cláusula penal toda vez que ésta solo procede ante el incumplimiento de obligaciones principales y solo si este incumplimiento es definitivo. En este caso, en su decir, ni la obligación del pago oportuno del salario es principal, ni el incumplimiento fue definitivo.

En cuanto a los **cargos que denomina adicionales**, la parte actora argumentó que la entidad nunca acreditó la existencia de un perjuicio en la prestación del servicio, por lo que se estaba “*hablando de responsabilidad objetiva*”. Esto en razón a que Colombia Compra Eficiente no demostró “*el más mínimo indicio de culpa o dolo*”. La ausencia de perjuicio, en su concepto, está acreditada, ya que no se demostró la afectación en la prestación del servicio.

En criterio del actor, por virtud de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dado que la Unión Temporal se puso al día en sus obligaciones en tanto efectuó el pago de manera tardía, pero al fin de cuentas lo realizó, Colombia Compra Eficiente debía archivar la actuación. Así las cosas, además de transgredir las disposiciones citadas, la entidad demandada faltó al deber de solidaridad cuando impuso la cláusula penal aun cuando la Unión Temporal pagó los salarios de manera tardía.

El **tercer cargo adicional** lo hizo consistir en el hecho de que en la actuación que dio lugar a las resoluciones demandadas, Colombia Compra Eficiente ignoró los argumentos esgrimidos por la Unión Temporal; inició la actuación luego de haber verificado que la obligación había sido cumplida; en la audiencia violó el debido proceso porque en uno de los actos administrativos se expuso que el Secretario General puso de presente el incumplimiento, lo cual, en su criterio denota prejuzgamiento.

En criterio del demandante, Colombia Compra Eficiente se extralimitó en sus funciones, puesto que sancionar el incumplimiento de obligaciones laborales corresponde a otras autoridades y, además, eso no hace parte del objeto del contrato; de otra parte, porque es el trabajador el llamado a exigir el pago de sus salarios y nadie más; y, finalmente, porque en la matriz de riesgos Colombia Compra Eficiente “*identificó dos eventos derivados del riesgo de no pago de salarios, dentro de los cuales no se incluyó el hecho por el cual fue citada y sancionada la Unión Temporal.*”

Por último, la demandante argumentó que en el presente caso se configuró la excepción de contrato no cumplido porque la entidad compradora realizó de manera tardía los pagos de los servicios correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2015.

Los argumentos de defensa de la entidad demandada partieron de explicar el contexto legal y jurisprudencial del acuerdo marco de precios, el cual es un contrato estatal y en ese sentido, surge como un acto jurídico en el que converge la voluntad de la administración representada en Colombia Compra Eficiente. En virtud de este negocio se pactan la forma, plazo y condiciones bajo las cuales se

llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las entidades estatales, estipulaciones que tendrán vigencia durante un período específico.

Conforme a lo anterior, expuso que Colombia Compra Eficiente hace las veces de entidad contratante dentro de este tipo de contrato estatal y por ende, debe elaborar los pliegos de condiciones, estudios previos, aviso de convocatoria, acto de apertura y demás documentos previos en los que se establezcan, entre otras, las condiciones del contrato a suscribir.

De otra parte, señaló que la ejecución de los acuerdos marco de precios se enmarca en la materialización de dos tipos de transacciones: una *operación principal* y una *operación secundaria*; en la primera se suscribe con los proveedores un negocio jurídico de larga duración en virtud del cual se pactan las condiciones contractuales uniformes que serán observadas para la adquisición de ciertos bienes o servicios por cuenta de las entidades públicas durante un tiempo prefijado, haciéndose consistir su efecto normativo en su aptitud para gobernar los términos jurídicos de los futuros negocios subsecuentes que se realizarán a su amparo.

Explicó que la operación secundaria, posterior a la suscripción del contrato, consiste en la concreción en cada caso particular, de órdenes de compra de bienes o servicios de cada entidad pública obligada a contratar conforme al acuerdo marco de precios según sus necesidades a satisfacer, ciñéndose a las condiciones contractuales ya pactadas entre Colombia Compra Eficiente y los proveedores, lo cual se hace efectivo con la colocación de la orden de compra. Por consiguiente, es en esta operación en la que, mediante la orden de compra, la entidad estatal y un proveedor del acuerdo marco, que fue escogido en la operación principal por Colombia Compra Eficiente, celebran un contrato, con el que la entidad estatal desarrolla su gestión contractual conforme con las disposiciones constitucionales y legales.

Por cuenta de la operación contractual descrita, se tienen dos contratos. De un lado, el acuerdo marco de precios cuyo objeto es fijar las condiciones para que unas entidades compradoras adquieran ciertos bienes y servicios; y, de otra, las órdenes de compra que son colocadas al amparo del acuerdo marco de precios que surgen como contratos estatales de compraventa o prestación de servicios pactados entre las entidades compradoras y un determinado proveedor.

Así, entonces, en el acuerdo marco de precios se evidencian tres sujetos relevantes que se interrelacionan durante su ejecución. De una parte, Colombia Compra Eficiente, quien en calidad de entidad contratante, celebra, diseña y organiza el acuerdo marco de precios. De otra parte los proveedores que lo suscriben, quienes deben cumplir con las obligaciones previstas en el mencionado contrato, dentro de las cuales se entiende incorporada el cumplimiento de las órdenes de compra

colocadas a su amparo. Finalmente, están las entidades compradoras, quienes una vez detectada una necesidad y luego de establecer que ésta puede ser satisfecha a través del catálogo ofrecido por el acuerdo marco de precios, escogen a uno de los proveedores a fin de colocar la orden de compra a su favor, para que de esta manera sea adquirido el bien o servicio requerido, siguiendo para ello el procedimiento establecido en la Ley, el reglamento y el mismo acuerdo marco de precios.

De acuerdo con lo anterior, expresó que los proveedores deben cumplir, naturalmente, las obligaciones del acuerdo marco de precios, lo cual trae consigo, por lógica, cumplir con las obligaciones que se desprenden de la ejecución de las órdenes de compra. De esta manera, si el proveedor no cumple con las obligaciones propias de las órdenes de compra, está a su vez incumpliendo las obligaciones del acuerdo marco de precios. Esta hipótesis activa, entonces, la posibilidad de que Colombia Compra Eficiente, como entidad contratante del acuerdo marco de precios, pueda declarar los incumplimientos e imponer las sanciones previstas en el contrato, de acuerdo con lo señalado en el ordenamiento jurídico.

Luego, hizo alusión a los requisitos de la citación a la luz del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, haciendo énfasis en el desarrollo de la audiencia regulada en dicho precepto normativo. En este contexto, afirmó, en cuanto al régimen normativo contractual en materia de declaratoria de incumplimientos por parte de la administración que, el procedimiento administrativo para su declaratoria, aun cuando puede ser definido como sancionatorio por sus efectos – al declarar incumplimientos, aplicar multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria – no se rige en sentido estricto por las reglas propias de un procedimiento sancionatorio punitivo, como lo puede ser el penal o el disciplinario. Solo en el caso de la declaratoria de caducidad, el Consejo de Estado ha aceptado que se está ante un procedimiento sancionatorio punitivo.

Afirmó que la culpa es, en veces, un requisito de declaratoria de responsabilidad contractual, pero no puede pasarse por alto, que el régimen que regula la actuación establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el propio de la responsabilidad contractual del contratista del Estado, el cual, difiere sustancialmente de un régimen sancionatorio punitivo, como lo puede ser el disciplinario o el penal. Tal premisa implica, entre otras cosas, que cada uno de estos regímenes se rigen por principios propios que difieren en uno y otro escenario. Así, en un régimen de responsabilidad contractual, en ocasiones, lo que determina la consecuencia no es si el sujeto al que se le imputa el incumplimiento actuó con culpa, y, mucho menos, el grado de dicha culpa, en tanto lo determinante es el daño ocasionado y, al haber una cláusula penal, por regla general ésta se circunscribe al monto pecuniario del daño.

En suma, la cláusula penal no es una sanción en el sentido punitivo de la expresión, en tanto que se instituye como una consecuencia de un incumplimiento. Nada más que eso. Finalmente, debe reafirmarse que la imposición de la cláusula penal no comporta una sanción punitiva que deba regirse por la lógica del derecho punitivo, ya que su naturaleza es resarcitoria o compensatoria. En esa medida, puede haber eventos en los cuales la responsabilidad contractual a declarar por la administración no requiere de la comprobación de la culpa, como sucede por ejemplo con las denominadas obligaciones de resultado, pues lo cierto es que bastará tener por probado el incumplimiento imputable al deudor para dilucidar que la responsabilidad se ha configurado.

En lo que concierne al régimen contractual sancionatorio que se pacta en el contrato estatal, afirmó que el legislador posibilitó que sean varias las consecuencias que la Administración puede imponer por virtud de un incumplimiento. Por ejemplo, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades pueden *“imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones”* y a su vez tiene la facultad para *“declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato”*; sumado a ello, el primer inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que las entidades pueden *“declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”*.

Arguyó que en el caso de la cláusula penal, la jurisprudencia ha expresado que es *“una medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista”*⁴. Surge como evidente, entonces, que la cláusula penal no solo debe hacerse efectiva ante el incumplimiento total, sino que puede aplicarse ante incumplimientos parciales. Así las cosas, si las partes han acordado en el contrato la cláusula penal como una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento, la entidad estatal puede ejercerla en los términos y montos pactados en éste, sin que, entre otras cosas, deba iniciar en primer término un procedimiento de multa.

Sumado a lo anterior, indicó que es propio de la naturaleza de la cláusula penal que los perjuicios causados, no deban ser objeto de prueba posterior en juicio ya que la pena establecida, es una apreciación anticipada de los perjuicios ocasionados por el cumplimiento defectuoso de la obligación.⁵

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 28875.

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2004, Exp. 12342.

Para el caso del Acuerdo Marco CCE-146-1-AMP-2014 Colombia Compra Eficiente, como parte contratante, y los Proveedores, en calidad de contratistas, pactaron diversas cláusulas que preveían consecuencias ante un incumplimiento contractual, entre las que se destacan la cláusula penal, como una consecuencia de un incumplimiento imputable a algunos de los Proveedores. En este sentido, la cláusula 23 del AMP señala:

“Cláusula 23 – Cláusula Penal

En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones del Proveedor establecidas en el presente Acuerdo Marco de Precios, este deberá pagar a título de cláusula penal una suma equivalente al 10% del valor total de las Órdenes de Compra que incumplió. Este valor puede ser compensado con los valores que le adeuden las Entidades Compradoras a favor de quienes el Proveedor debe pagar el valor de la cláusula penal de conformidad con las reglas del Código Civil. El incumplimiento de las obligaciones relativas al personal del Proveedor cuya exigibilidad sobrepasa la vigencia del Acuerdo Marco de Precios están cubiertas por la cláusula penal.”

Afirmó que de la lectura de la cláusula en cita se desprende la regla consistente en que el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del Proveedor tiene como consecuencia la imposición de la penalidad equivalente el 10% del valor total de las Órdenes incumplidas.

Consideró que resulta acorde con diversos postulados constitucionales y legales que toda decisión administrativa – incluyendo la imposición de sanciones por incumplimientos contractuales – deba estar precedida de una análisis que debe efectuarse conforme con el principio de proporcionalidad. Las decisiones administrativas, que son fruto de un procedimiento que surge en ejercicio del poder público, deben sujetarse a principios como los de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de consolidar sobre bases ciertas, entre otros, los fines de supremacía del interés general. Así, el examen en clave de proporcionalidad exige que la medida acate los criterios delimitados por la doctrina y seguidos por la jurisprudencia que lo desarrollan, a saber: i) que la medida se torne como adecuada; ii) que la medida resulte necesaria; y iii) que la medida sea proporcionada en estricto sentido.

Bajo las premisas anteriores, afirmó que el análisis de proporcionalidad debe ser efectuado en cada caso concreto a fin de determinar la gravedad del incumplimiento y el impacto que este tuvo en el devenir contractual.

En cuanto a la obligación de pago de salarios y prestaciones sociales como incumplimiento contractual, advirtió la entidad demandada que ésta se encuentra establecida en el numeral 15.8 de la cláusula 15 del Acuerdo Marco; y afirmó que adquiere un matiz especial, dada la importancia de que los Proveedores paguen de

manera oportuna los salarios, aportes a seguridad social, prestaciones sociales, aportes parafiscales, horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos, indemnizaciones, en tanto que estos se constituyen como derechos de los operadores que, finalmente, son quienes prestan el servicio en representación del Proveedor.

Resaltó que la obligación aludida, dada su naturaleza y posibilidad de cumplimiento, es una obligación de las que la doctrina llama, de resultado, por lo que al Proveedor le corresponde probar la configuración de una causa extraña para desligarse de la responsabilidad.

En cuanto a la procedencia del cierre de la actuación administrativa de acuerdo a lo estipulado en el artículo 86 de la Ley 1474 y el artículo 17 de la Ley 1150, en lo que refiere a la imposibilidad de declarar el incumplimiento cuando no se hallen obligaciones pendientes de ejecución, manifestó la entidad demandada que la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la aplicabilidad de los artículos 17 precitados; por esta vía, el Consejo de Estado no ha acogido el argumento según el cual las entidades del Estado solo pueden sancionar los incumplimientos contractuales mientras el contratista se encuentre en estado de incumplimiento, de manera que si supera esa situación, desaparece la facultad. Para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo esta idea es insostenible por cuanto de aceptarse, se estaría trastocando la prevalencia del interés general.

El Consejo de Estado ha expresado: “La mencionada tesis no solo carece de respaldo normativo sino también lógico y de coherencia administrativa, toda vez que de admitirse se facultaría al contratista para manipular y jugar con la potestad sancionatoria de la administración, de manera irresponsable y además injustificada para la seguridad jurídica que también protege a la administración, porque bastará que le inicien un proceso sancionatorio para que previamente o incluso durante él ‘se ponga al día’, con le propósito declarado de burlar la sanción que tiene merecida”⁶

En síntesis, de acuerdo con el Consejo de Estado, manifestó que la cesación de la situación de incumplimiento no genera *per se* el deber del cierre de la actuación o, en similar sentido, dicha situación no deviene en la incompetencia de la entidad para hacer uso de la potestad sancionatoria.

Para el caso de la imposición de la cláusula penal establecida en el Acuerdo Marco por cuenta de los incumplimientos descritos en el contrato, las ideas expuestas por la jurisprudencia tienen plena aplicabilidad, en la medida en que, de acuerdo con

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013. CP: Enrique Gil Botero. No. 23001-23-31-000-2000-02857-01 (24697).

los argumentos anteriores, dicha cláusula se impone por el incumplimiento del Proveedor, entre otras razones, respecto del no pago oportuno de salarios. Al respecto, el Consejo de Estado ha avalado, a la par, al incumplimiento y al cumplimiento tardío, como faltas contractuales que desencadenan la causación de perjuicios.⁷

Otro tema abordado por Colombia Compra Eficiente en la contestación de la demanda, tiene que ver con la excepción de contrato no cumplido, ítem frente al cual afirmó, amparada en sendas citas jurisprudenciales que, resulta evidente que la alegación de la excepción debe venir acompañada de la argumentación y probanza suficiente que permita colegir que, en efecto, la causa del incumplimiento del contratista no es otra que el incumplimiento previo y grave de la Administración, el cual, deberá ser siempre analizado con el matiz que impone la prevalencia del interés general y, de otra parte, deberá probar que tal incumplimiento colocó al contratista en imposibilidad de cumplir con su prestación.

Respecto del tópico relacionado con la indemnización de perjuicios en materia contencioso administrativa, manifestó la entidad demandada que, bajo la égida del primer inciso del artículo 167 del Código General del Proceso y en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, le corresponde al demandante “*demostrar de manera fehaciente la ocurrencia efectiva del daño por el cual se demanda el resarcimiento patrimonial*”⁸, de tal forma que resulta insuficiente su sola enunciación o pretensión. Además, si bien es cierto que, en caso de daños morales infligidos a personas naturales, el Consejo de Estado ha aplicado reglas de inferencia a la hora de reconocerlos en favor de familiares cercanos, ello no resulta admisible en relación con las personas jurídicas, de forma tal que estas deben probarlos de manera irrefutable, so pena de no ser reconocidos. Finalmente, en consonancia con el régimen normativo probatorio, sostuvo que de las pruebas presentadas por el demandante debe extraerse el perjuicio pretendido, por lo que tal pretensión no debe prosperar ante el aporte de pruebas carentes de pertinencia, conducencia o utilidad.

-En relación con el **cargo de ausencia de tipicidad**, el demandante adujo que no existía una fecha expresa de pago de salarios, Colombia Compra Eficiente no podía establecer fechas de pago y ante esto, la entidad declaró el incumplimiento de una obligación no definida en el contrato.

Señaló que no hay duda en torno a que el Acuerdo Marco de Precios establecía una obligación a cargo de la Unión Temporal consistente en:

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de abril de 2012. Rad. 17851. CP. Hernán Andrade Rincón.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 201, expediente 30561, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

“Cumplir oportunamente con el pago de salarios, aportes de seguridad social, prestaciones sociales, aportes parafiscales, horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos, indemnizaciones y demás costos derivados de la relación laboral con el personal que cumple las labores cubiertas por el Acuerdo Marco de Precios y con todo su personal, conforme lo establecen las reglamentaciones laborales vigentes en Colombia...”

El hecho que el pago debiera ser oportuno, conforme con lo expuesto en la cláusula, implica preguntarse acerca del momento en el cual el pago cumple con dicha caracterización y, lo que es lo mismo, cuándo el pago se vuelve inoportuno. En criterio de la demandante, en realidad el pago podía realizarse cuando a bien tuviera, porque entiende que, al no establecerse una fecha exacta, no hay entonces un momento en el que el pago deje de ser oportuno. Esa posición es insostenible toda vez que, de aceptarse, se vaciaría de contenido al término “oportunamente”, es decir, dicho vocablo no tendría ningún sentido y no produciría ningún efecto, en razón a que el pago de salarios podría haberse efectuado cuando la Unión Temporal tuviera a bien. Este parecer contraría lo dispuesto en el artículo 1620 del CC, en la medida en que la demandante prefiere darle un sentido al término “oportunamente”, que no lo lleva a producir efecto alguno, pues al final de cuentas no hay una delimitación temporal para realizar el pago de salarios, con lo cual, daría lo mismo que dicha palabra estuviera o no establecida en el contrato. Salta a la vista que esa interpretación no es razonable y además va en contravía del orden jurídico.

Por el contrario, para la entidad demandada, la interpretación razonable es aquella que conduce a que la palabra “oportunamente” produzca algún efecto. Así, una hermenéutica plausible conlleva a dilucidar que hay un momento en el cual el pago es oportuno y otro momento en el que el pago es inoportuno. Pues bien, en este caso, para poder tener por acreditado el momento de pago oportuno debe acudir al criterio interpretativo del artículo 1618 del CC, según el cual, en los contratos prevalece la intención de las partes del mismo. Es así que en el sub judice, la intención del SENA Regional Valle del Cauca y la Unión Temporal y la misma de Colombia Compra Eficiente fue establecer que el término para el pago de salarios de los operadores que prestaban el servicio al amparo del Acuerdo Marco podía ser pactado por la Entidad Compradora y el Proveedor. En este caso, dentro de la Orden de Compra 1598, de acuerdo con lo pactado por la Unión Temporal y el SENA Regional Valle del Cauca, el pago de salarios tenía que realizarse, por parte del Proveedor, dentro de los 10 primeros días de todos los meses. De esta manera, se le dotó de un contenido concreto y particular a la cláusula 15.8 contenida en el Acuerdo Marco. Ello resulta perfectamente razonable, en la medida en que el Acuerdo Marco fija condiciones generales en cuanto al precio, el plazo, la forma de cumplimiento de algunas obligaciones, etc., de la prestación del servicio; sin embargo, todo aquello que no esté previsto en el Acuerdo Marco, puede ser pactado por las partes de la Orden de Compra y, por esta vía, se le da alcance a las obligaciones del Acuerdo Marco. En efecto, de acuerdo con los correos electrónicos que obran en el expediente administrativo y que, además, fueron

parte del plenario con base en el cual Colombia Compra Eficiente tomó las decisiones administrativas ahora atacadas, es claro que las partes pactaron el referido plazo para el pago de salarios. Es así que, en la Resolución 917 de 2016 varios de estos correos fueron citados de manera detallada a fin de certificar que la Unión Temporal sí se había comprometido a realizar los pagos en ese plazo, en la medida en que el SENA Regional Valle del Cauca, una vez el Proveedor incumplía el plazo, lo requería a fin de que explicara qué estaba pasando y le solicitaba que efectuara el pago.

Así mismo, advirtió que en los correos electrónicos enviados por la Unión Temporal -que nunca fueron desestimados ni por el Proveedor ni por la Aseguradora en la actuación administrativa- esta misma acepta de manera expresa que el no pago de los salarios dentro de los 10 primeros días del mes se constituía como un incumplimiento, en tanto que además de comprometerse a fechas próximas de pago, pedía disculpas por los inconvenientes ocasionados con la ausencia del pago oportuno denunciado por el SENA.

Este, a juicio de la entidad demandada, no es un asunto de poca monta: si los miembros y funcionarios de la Unión Temporal estaban convencidos de que no debía realizar el pago dentro de los 10 primeros días del mes, como lo adujeron para defenderse en la actuación administrativa y ahora lo esgrimen en sede judicial ¿por qué no manifestaron tal parecer cuando el SENA Regional Valle del Cauca reclamó por el no pago de salarios al no hacerlo dentro de los 10 días hábiles del mes? La respuesta surge de manera evidente: la Unión Temporal conocía que su compromiso de pago oportuno, con base en la cláusula 15.8 del Acuerdo Marco, no era otro que realizar el pago dentro de los 10 primeros días de cada mes. A lo anterior, se deben sumar los reclamos de los trabajadores.

Reiteró que todos estos hechos y pruebas fueron puestos de presente en la actuación, y la ahora demandante, en sede administrativa nunca desvirtuó que estas situaciones se hubieran presentado, en razón a que, en un primer momento aceptó que el pago debía ser en los 10 primeros días del mes, no obstante, luego, al interponer el recurso de reposición y ahora en sede judicial la defensa se encaminó a señalar que no tiene la obligación de pagar los salarios dentro del término acordado.

De esta manera, advirtió que la Unión Temporal ahora pretende atacar la legalidad de las resoluciones 857 de 2015 y 917 de 2016 acudiendo a argumentos que desconocen los actos que ellos mismos ejecutaron y que dan fe de su conciencia en cuanto al compromiso adquirido de pagar los salarios de los operarios que prestaban el servicio al SENA Regional Valle del Cauca dentro de los 10 primeros días del mes.

Advirtió igualmente que se debe tener en cuenta que, ni en la actuación administrativa ni en el proceso judicial, la Unión Temporal aportó prueba alguna que permita establecer que el pago de salarios fue realizado. Colombia Compra Eficiente dio crédito en la actuación, a lo expuesto por la representante legal de la Unión Temporal en cuanto a que los salarios fueron pagados el 20 de octubre de 2015, en lo que corresponde al mes de septiembre.

En cuanto al segundo planteamiento de la parte actora, según el cual Colombia Compra Eficiente no podía establecer una fecha de pago por constituirse ello como un abuso del derecho, tampoco tiene asidero. En efecto, aunque en principio podría pensarse que la relación laboral incumbe únicamente a la Unión Temporal y a sus operadores, ello deja de ser así en el momento en el cual la Unión Temporal se obliga contractualmente, por vía del Acuerdo Marco, a realizar los pagos de manera oportuna. Es así como Colombia Compra Eficiente sí puede pactar con los proveedores, incluyendo en el caso concreto a la Unión Temporal, que el pago de salarios se realice de manera oportuna.

-Respecto al **cargo denominado falsa motivación**, reseñó la entidad demandada los argumentos que sustentan el cargo así: i) que la citación remitida al Proveedor y su garante no contenía el fundamento contractual y legal, e indicaba una obligación inexistente; ii) que en audiencia Colombia Compra Eficiente expuso situaciones y cargo diferentes; iii) que en la citación Colombia Compra Eficiente omitió efectuar un análisis en relación con la culpabilidad; y iv) que Colombia Compra Eficiente modificó el cargo señalado en la citación al momento de expedir la resolución pues dio por sentado que las partes habían pactado que el pago de salarios debía realizarse dentro de los 10 primeros días del mes.

Frente al primer planteamiento, manifestó que, contrario al parecer de la demandante, la citación remitida a la Unión Temporal y a su garante, cumplió con todos los requisitos determinados en la ley, lo cual demostró en un cuadro respecto de cada requisito del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En cuanto a que Colombia Compra Eficiente en la audiencia expuso cargos y circunstancias diferentes, advirtió la entidad demandada que, además de que dicha afirmación no se encuentra ni debidamente argumentada ni adecuadamente probada, lo cierto es que al analizar el caso concreto, es evidente que Colombia Compra Eficiente citó a la audiencia por el incumplimiento en el pago de salarios en tanto cláusula contractual, y esta fue a su vez la razón por la cual declaró el incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal. De modo que, nada de diferente hay entre la razón de la citación y la razón del incumplimiento.

En relación con la afirmación de la Unión Temporal según la cual Colombia Compra Eficiente debió incluir el análisis de culpabilidad del presunto infractor, afirmó la entidad demandada que, es claro, a la luz de lo dispuesto en el orden jurídico que

dicho requisito no hace parte de la citación a audiencia; adujo entonces, que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 expresa cuáles son los requisitos del referido citatorio, dentro de los que no se encuentra el mencionado análisis de culpabilidad. En ese orden de ideas, la demandante echa de menos un requisito que la ley no contempla para la citación.

Por último, según la demandante, Colombia Compra Eficiente modificó el cargo o presunto incumplimiento en razón a que en la Resolución 917 de 2016 estableció que era claro para las partes que habían pactado que el pago debía realizarse dentro de los 10 primeros días del mes; frente a esto, indicó que en la Resolución 917 de 2016 Colombia Compra Eficiente puso en evidencia un elemento ya expuesto, que las partes pactaron que el pago de salarios debía realizarse dentro de los 10 primeros días del mes.

-En cuanto al **cargo denominado ausencia de proporcionalidad**, la parte actora lo fundamentó en los siguientes criterios: i) el registro de la sanción es sumamente perjudicial para la Unión Temporal; ii) la cláusula penal no fue debidamente tasada; y iii) la cláusula penal solo procede ante incumplimientos graves y el pago inoportuno de salarios no lo es.

Frente al primer elemento esgrimido por la demandante, debe tenerse en cuenta que no hay prueba alguna que permita inferir la gravedad de las consecuencias que trae consigo la publicación del incumplimiento en los registros que determina la ley, en especial, en lo que concierne a la remisión de los actos administrativos a la cámara de comercio de conformidad con el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012. Y no existe prueba de ello puesto que la sola publicación de dicha información no genera, con certeza, que a los integrantes de la Unión Temporal se les limite la posibilidad de participar en otros procesos de contratación. Al verificarse el registro de cada uno de los integrantes de la Unión Temporal (Flórez y Álvarez S.A. y Clean Depot S.A.) se tiene que el incumplimiento contenido en las resoluciones demandadas, fue el primero que le reportaron dentro de la vigencia 2016, de tal forma dicho reporte por sí mismo no deviene en la inhabilidad prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. Con esto, queda completamente desvirtuado el carácter cierto del perjuicio pues se trata de meras afirmaciones especulativas, carentes de concreción real, que orbitan en el concepto de perjuicio eventual, pero nunca pueden derivarse de estas que la afectación sea veraz.

Ahora, en lo que atañe al monto de la cláusula penal, debe tenerse en consideración que, contrario a lo que parece insinuar la demandante, el valor de la cláusula penal que finalmente fue impuesta, no corresponde al 10% del valor total de la Orden de Compra.

Resaltó que, precisamente, acudiendo a parámetros de proporcionalidad, Colombia Compra Eficiente redujo el monto de la cláusula penal, bajo criterios objetivos, por suerte que su estimación no resulta de modo alguno arbitraria. En efecto, del contenido de la Resolución 917 de 2016 se extrae que Colombia Compra Eficiente redujo el valor de la cláusula penal y la estimó teniendo en cuenta: i) el valor total de la Orden de Compra; ii) la vigencia de la Orden de Compra; iii) el valor mensual del servicio que se obtuvo de dividir el monto total de la Orden de Compra sobre la cantidad de meses de vigencia; iv) además a este valor mensual se le extrajo el 10%; v) y, finalmente, a este valor, se le extrajo el 70,84% correspondiente al componente laboral de la Orden de Compra. De esta operación se obtuvo el monto de la cláusula penal.

Por cuenta de lo descrito, es menester concluir que el valor de la penalidad no obedeció a meros caprichos de Colombia Compra Eficiente, sino que, por el contrario, para arribar a dicha suma de dinero, esta entidad acudió a parámetros de proporcionalidad.

Por último, en relación con el argumento según el cual en este caso no procedía la imposición de la cláusula penal, acotó la entidad demandada que, en contravía con tal parecer, lo cierto es que en el sub judice la imposición de la cláusula penal resultaba no solamente procedente, sino que además imperativa, al tratarse de un incumplimiento parcial pero grave. Nadie puede dudar de que la obligación de pago de salarios es vertical a la prestación del servicio de aseo y cafetería en la medida en que el operario, en tanto recurso humano, es quien presta directamente el servicio. De acuerdo con los correos electrónicos que sustentaron la decisión y que nunca fueron objetados en su contenido por la Unión Temporal, es claro que el servicio sí fue afectado en razón a que los operadores manifestaron en diversas ocasiones su inconformismo por el no pago oportuno de salarios y, adicionalmente, porque ese incumplimiento afectaba la posibilidad de transportarse al sitio de labores. En conclusión, la afectación al servicio fue materializada por cuenta del incumplimiento del Proveedor.

Recordó que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cláusula penal tiene la vocación de ser una estimación anticipada de perjuicios que se abre paso ante un incumplimiento parcial o total del contrato. Tal es el caso de lo ocurrido en este caso particular: la Unión Temporal incumplió la cláusula 15.8 del Acuerdo Marco y ante tal situación, Colombia Compra Eficiente declaró ese incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal.

-Sobre el **cargo denominado indebida tasación de la sanción**, indicó que para la parte actora, la cláusula penal fue tasada de manera indebida y esto se debió a que Colombia Compra Eficiente no tuvo en cuenta situaciones que debieron tenerse como atenuantes.

Al respecto, la entidad demandada reiteró que la cláusula penal fue impuesta atendiendo a criterios de proporcionalidad e incluso, en su momento, al resolver la reposición, fue disminuida por cuenta de la aplicación de estos criterios. Luego, falta a la verdad el libelista cuando da a entender que Colombia Compra Eficiente impuso el monto máximo de la cláusula penal sin más. Dicho de otro modo, la cláusula penal fue reducida acudiendo a los parámetros que precisamente el demandante dice que fueron obviados. Ello, a juicio de la entidad demandada, acarrea que el cargo de la parte actora resulte absurdo pues es como si no hubiese analizado la resolución que resolvió el recurso de reposición.

-En relación con el **cargo denominado errado entendimiento del concepto de cláusula penal**, advirtió la entidad demandada que, para la Unión Temporal, Colombia Compra Eficiente empleó la cláusula penal bajo un entendimiento errado de la figura, puesto que esta solo es aplicable ante el incumplimiento de obligaciones principales y ante incumplimientos definitivos.

Al respecto, indicó que la cláusula penal también resulta procedente ante incumplimientos parciales, de acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado. Ello es así por cuanto esta se concibe como una estimación anticipada de perjuicios, los cuales pueden provenir tanto de un incumplimiento total como de un incumplimiento parcial.

Consideró que debe recordarse, de otro lado, que las obligaciones principales son aquellas que no se encuentran subordinadas a otras obligaciones, en tanto que subsisten por sí mismas. De conformidad con esta definición, la obligación de pago de salarios, además de ser vertebral para la correcta ejecución del Acuerdo Marco, se constituye como una obligación principal dado que no se encuentra subordinada a ninguna otra obligación, de suerte que puede subsistir por sí misma.

-En cuanto al **cargo denominado ausencia del perjuicio**, para la demandante, Colombia Compra Eficiente no acreditó la existencia del perjuicio en la prestación del servicio, de suerte que éste es un evento de responsabilidad objetiva, ya que dicha entidad no demostró la culpa del Proveedor.

Advirtió inicialmente la entidad demandada que, la parte actora confunde culpa con perjuicio. En efecto, la Unión Temporal afirma que, como no se demostró el perjuicio, entonces, Colombia Compra Eficiente atribuyó responsabilidad bajo un régimen objetivo desligándose de la necesidad de demostrar culpa o dolo. Vale aclarar, pues, que una cosa es la prueba del perjuicio como afectación o lesión de intereses o derechos, y otra si ese perjuicio proviene de una actuación culposa, por dolo o culpa, o es objetivamente atribuible.

Refiriéndose a cada punto por separado, por ser dos cosas distintas, sostuvo que en relación con el perjuicio, éste no debía ser probado por dos razones: la primera, porque la cláusula penal es una estimación anticipada de perjuicios que, por tanto, exime a quien la cobra de demostrarlos. Si se pacta una estimación anticipada de perjuicios no tiene sentido luego tener que probarlos; la segunda razón radica en que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 avala la posibilidad de que la entidad contratante estime los perjuicios derivados del incumplimiento, lo cual, la exime de probarlos. Al respecto, como ya fue advertido, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-499 de 2015 avalando tal prerrogativa.

En lo que respecta a la prueba de la culpa, resaltó que en este caso se está ante un régimen de responsabilidad contractual en el que lo relevante es que el incumplimiento del contrato se haya presentado sin que mediara una causa de exoneración. Tratándose de una obligación de resultado como el pago de salarios, lo cierto es que poco importa si la Unión Temporal actuó con diligencia y cuidado a la hora de efectuar el pago si este no fue oportuno, en la medida en que lo único que la exoneraría sería que el pago tardío fue fruto de situaciones exógenas e imprevisibles. Nada de lo aportado en la actuación ni lo allegado al presente proceso judicial, permite inferir que hayan sucedido hechos calificables como causa extraña que deslignen a la Unión Temporal del incumplimiento.

-En torno al **cargo denominado indebido entendimiento del proceso sancionatorio**, fue sustentado en el hecho que, según el demandante, Colombia Compra Eficiente debió cerrar el procedimiento administrativo una vez tuvo noticia de que la Unión Temporal se puso al día en el pago de salarios por virtud de lo establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474.

Al respecto, afirmó la entidad demandada, que es claro que el artículo 86 de la Ley 1474 establece una facultad que puede o no ser utilizada por Colombia Compra Eficiente, relativa a cerrar la actuación cuando haya cesado la situación de incumplimiento. De aceptarse que la Unión Temporal puede exigir como derecho el archivo de la actuación por haberse puesto al día en el pago de salarios, cuando, a decir verdad, el pago inoportuno o tardío es un incumplimiento contractual, significa que el contrato puede ser cumplido como a bien tenga el Proveedor y no como en realidad fue pactado. Eso es una burla a la Administración y a los fines de la contratación pública, y por lo tanto es inadmisibile.

Por lo anterior, consideró que aceptar que Colombia Compra Eficiente tenía la obligación de cerrar la actuación por cuenta de que el Proveedor se puso al día con posterioridad al plazo establecido, sería contrario a los fines de la contratación pública y la coherencia administrativa. En otras palabras, si bien el contratista puede ejecutar la prestación en tiempo posterior al pactado, lo cierto es que el

incumplimiento se configura por la no materialización de la obligación dentro del término que determina el orden jurídico y contractual, de manera que no hay forma de superar la situación de incumplimiento, salvo que demuestre la configuración de una causal de exoneración de responsabilidad.

-Sobre el **cargo denominado errores de forma en la resolución**, donde la actora indica que Colombia Compra Eficiente ignoró los argumentos de la Unión Temporal e inició la actuación luego de que esta se pusiera al día en el pago de salarios, además en su criterio hubo prejuzgamiento; manifestó la entidad demandada que la afirmación según la cual se ignoraron los argumentos de la Unión Temporal, es absolutamente falsa; al respecto indicó cómo fueron respondidos los argumentos de descargo tanto del contratista como de su garante en la Resolución 857 de 2015. De otra parte, en el acto administrativo que resolvió los recursos de reposición, es decir, la Resolución 917 de 2016, Colombia Compra Eficiente se refirió a cada uno de los cargos formulados por la Unión Temporal y el garante en contra de la Resolución 587 de 2015; para esto, los enunció todos para indicar que basta con revisar la Resolución 917 para deducir que cada uno de estos cargos fueron analizados y resueltos por Colombia Compra Eficiente; es más, indicó que la entidad accedió a la reducción del monto de la cláusula penal, precisamente, atendiendo a uno de los cargos formulados, de tal forma que ello deja en evidencia que ninguno de los argumentos expuestos fueron “simplemente ignorados” como se manifiesta de manera ligera en la demanda.

En lo que respecta al hecho de que Colombia Compra Eficiente inició la actuación después de que el pago de salarios fue efectuado, anotó que, en primer lugar, está probado que dicho pago fue extemporáneo, pues se llevó a cabo, en lo que hace relación con el mes de septiembre, 10 días después de lo acordado, es decir, el 20 de octubre de 2015. Así pues, recuérdese que el cumplimiento tardío de una obligación es, al final de cuentas, un incumplimiento que genera la posibilidad de que la administración declare que este se materializó. En todo caso, al iniciar la audiencia Colombia Compra Eficiente no sabía que el Proveedor se había puesto al día, como lo dice el libelista. Señaló que el demandante no probó que Colombia Compra Eficiente en verdad supiese del pago de salario, con lo que su afirmación carece de sustento probatorio.

Por último, en relación con el supuesto prejuzgamiento, agregó que el hecho de que en la resolución se señale que el Secretario General expuso “el incumplimiento” no significa, de modo alguno, que ese prejuzgamiento se haya materializado. El acto administrativo refiere a que el mencionado funcionario presentó la situación de posible incumplimiento para que el Proveedor y su garante expusieran sus argumentos de defensa, aportara las pruebas que tuviera en su poder para soportar esa defensa y pidieran la práctica de las pruebas que fuera

necesarias, todo esto, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

-En relación con el **cargo denominado extralimitación de funciones**, el cual se sustentó aduciendo que el incumplimiento de obligaciones laborales no podía ser sancionado por Colombia Compra Eficiente toda vez que: i) ello corresponde a otras autoridades, ii) el reclamo debe provenir del empleado y iii) la matriz de riesgos preveía otras consecuencias; esgrimió la entidad demandada que el pago oportuno de salarios fue concebido como una obligación contractual prevista en la cláusula 15.8 del Acuerdo Marco. De esta manera, lo cierto es que en este caso se está ante un régimen normativo contractual diferenciado del régimen administrativo sancionatorio o judicial a cargo de otras autoridades, de tal forma que, cada uno de estos órganos es competente para sancionar una misma actuación desde la perspectiva que determina su ámbito de competencia, ante la configuración de hechos que pueden acarrear consecuencias jurídicas en cada uno de estos escenarios.

En su entender, en el contexto que nos convoca, se está ante la aplicación de un régimen contractual, en el que Colombia Compra Eficiente reprocha el incumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco y como tal, se rige por la lógica expuesta en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas atinentes a la declaratoria de incumplimientos contractuales en materia de contratación pública por parte de entidades contratantes.

Siendo así, el no pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales de los operadores en el contexto del Acuerdo Marco, provoca en sí mismo las consecuencias que prevé el orden jurídico que deben ser impuestas al contratista al que le es imputable. Nótese entonces, que se trata de la sanción contractual, en tanto fue incumplida una sanción del negocio, lo cual de por sí, hace evidente que Colombia Compra Eficiente sí es competente para imponer la cláusula penal como sanción de tal comportamiento. No se trata, por tanto, de un asunto que sea del resorte de otra autoridad administrativa como lo pone de presente la demandante, dado que aun cuando la conducta es la misma que puede tener otras secuelas, las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, son de distinta naturaleza; de un lado, están las consecuencias propias del incumplimiento del contrato y, de otra parte, surgen las consecuencias relacionadas con sanciones administrativas por violaciones al régimen laboral colombiano o, inclusive, las condenas en sede judicial que puedan darse por cuenta de las eventuales demandas que quieran interponer los trabajadores en contra de su empleador. En conclusión, una misma actuación puede generar la declaratoria de incumplimiento contractual y otro tipo de consecuencias jurídicas.

Conforme con lo argumentado, señaló que tampoco tiene razón la demandante cuando aduce que, en el sub lite, el pago de salarios sea un aspecto que incumba únicamente al empleador -la Unión Temporal- y los operarios. Reiteró que por tratarse de una obligación contractual libremente consentida por la Unión Temporal al suscribir el Acuerdo Marco e incluso desde el momento en que presentó su Oferta, entonces, el no pago oportuno trasciende de la esfera de la relación jurídica habida entre el empleador y el empleado, para convertirse en un asunto de relevancia en el íter contractual del Acuerdo Marco.

Ahora bien, en lo que respecta a la matriz de riesgos diseñada para el Acuerdo Marco, trajo a colación el riesgo 12, en tanto que versa sobre el incumplimiento en el pago de salarios. Señaló que el riesgo en mención fue asignado al Proveedor -la Unión Temporal- y que el hecho de que a Colombia Compra Eficiente le haya sido asignada la responsabilidad de implementar el tratamiento, implica ejercer la potestad que dio lugar a la actuación que desembocó en la expedición de las resoluciones demandadas, en la medida en que en la misma matriz se establece como forma de tratamiento la declaratoria de incumplimientos.

-En cuanto al **cargo denominado incumplimiento de la entidad contratante**, la demandante expone que la Entidad Compradora realizó los pagos de las facturas de manera tardía, por suerte de lo cual, se configura la excepción de contrato no cumplido.

Recordó inicialmente la demandada, cuáles son los requisitos exigidos a la luz de la jurisprudencia para que proceda la figura de contrato no cumplido; luego, advirtió que en la Resolución 917 de 2016 la entidad despachó desfavorablemente la configuración de la señalada excepción en razón a que el Proveedor no cumplió de manera adecuada con todos los requisitos para los pagos. Conforme con esto, advirtió que resulta claro que si la Unión Temporal no cumplía con los requisitos necesarios para poder efectuar los pagos, la génesis del no pago de la Entidad Compradora es la actuación de la Unión Temporal.

La entidad demandada también se refirió al modo en que la demandante tasó los perjuicios en la demanda, para concluir que, es claro que a la Unión Temporal no se le ha causado ningún perjuicio con la expedición de los actos administrativos demandados, de tal suerte que no existe mérito para reconocer restablecimiento del derecho a su favor.

Finalmente, solicitó al Despacho denegar las pretensiones de la demanda y tener por cierto que las resoluciones 857 de 2015 y 917 de 2016 expedidas por Colombia Compra Eficiente, cumplen con todos los requisitos constitucionales, legales y procedimentales y por ende, se ajustan al ordenamiento jurídico superior.

1.4. TRÁMITE PROCESAL

El trámite en esta instancia ha cursado de la siguiente manera:

-La demanda fue presentada el 1º de julio de 2016 (fl.47 c. principal).

-Este Despacho mediante auto de 18 de octubre de 2016, admitió la demanda, disponiendo su notificación a la demandada y al Ministerio Público (fls.71-72 c. principal). Las notificaciones y traslados se surtieron, tal como se evidencia a folios 74-81.

-En proveído de 15 de febrero de 2018, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 27 de junio de 2018 a las 9:00 a.m., haciendo las precisiones de rigor a las partes (fl.194 c. principal).

En la fecha y hora programada se desarrolló la audiencia inicial (fls.196-201 c. principal), en la cual en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

“Encuentra el Despacho que la fijación del litigio se centra en establecer si se declara la nulidad de la Resolución No. 857 del 09 de noviembre de 2015, proferida por la Agencia Nacional de Contratación Pública, “por la cual declaró el incumplimiento de la Cláusula 15.8 del AMP CCE-146-1-AMP-2014 e hizo efectiva la cláusula penal por valor de \$176.521.611,11” y la Resolución 917 del 04 de febrero de 2016, por la cual se confirmó la anterior reduciendo la cláusula penal a la suma de \$12.504.790,93 y en consecuencia si hay o no el reconocimiento de los perjuicios a la sociedad demandante” (fls.199 reverso c. principal).

-La audiencia de pruebas se desarrolló en dos sesiones: los días 11 de julio (fls.244-245 c. principal) y 10 de octubre de 2019 (fls.260-261 c. principal), oportunidad última en la cual el Despacho, al verificar el recaudo de todas las pruebas y que el término probatorio se encontraba vencido, fijó el término de 10 días para que las partes alegaran de conclusión.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

-PARTE DEMADANTE

Radicó el memorial contentivo de sus alegatos de conclusión el día 22 de octubre de 2019 (fls.271-277 c. principal).

En sus alegatos, los argumentos del extremo activo se basaron fundamentalmente en el hecho de que la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales a sus

operarios dentro de los 10 primeros días no existe, ni en el Acuerdo Marco ni en la orden de compra.

Como consecuencia de lo anterior, afirmó que el procedimiento sancionatorio a partir del cual se expidieron los actos administrativos demandados estuvo viciado desde el principio. Si no existe la obligación, no podría endilgarse ningún tipo de incumplimiento a la Unión Temporal.

Se refirió a diversos argumentos expuestos por la entidad demandada para afirmar que son falacias que pretenden sustentar una actuación abiertamente arbitraria y contraria del debido proceso.

Luego, aludió a los testimonios de los señores Carlos Alberto Molina Díaz y Nicolás Penagos, para expresar las contradicciones entre lo afirmado y la manera en que procedieron durante la ejecución de la Orden de Compra y el proceso sancionatorio.

Reiteró los argumentos que sustentan los cargos endilgados a los actos demandados: ausencia de tipicidad, falsa motivación, indebida tasación de perjuicios, falta de proporcionalidad y errado entendimiento de la cláusula penal.

Solicitó que sea declarada la nulidad de las resoluciones 857 de 9 de noviembre de 2015 y 917 de 4 de febrero de 2016 y, en consecuencia, se ordene el restablecimiento del derecho en los términos solicitados en la demanda, es decir, reconociendo el daño emergente, el lucro cesante y los perjuicios extrapatrimoniales causados por el irregular actuar de la administración.

-PARTE DEMANDADA

En memorial de fecha 25 de octubre de 2019 (fls.278-285), a través de su apoderado, la parte demandada presentó sus alegatos.

Luego de recapitular las pretensiones y hechos de la demanda, la entidad demandada se pronunció respecto de cada uno de los cargos formulados en contra de las resoluciones demandadas, reforzando su posición al respecto.

En suma, sustentó la legalidad de las Resoluciones No. 857 de 2015 y 917 de 2016 emitidas por Colombia Compra Eficiente, advirtió que estos actos administrativos fueron proferidos por la autoridad competente, con observancia del principio de legalidad y de los derechos de defensa y contradicción; se respetó el procedimiento señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se escuchó en descargos al Proveedor, se interpusieron y desataron de manera motivada los recursos de

reposición, situación que motivó, en el trámite del recurso, reconsiderar la decisión y aplicar el principio de proporcionalidad en la sanción.

Finalmente, solicitó negar las pretensiones del demandante; absolver, como consecuencia, a la entidad de los cargos y peticiones formuladas en el libelo; condenar en costas a la parte demandante; que la sentencia haga tránsito a cosa juzgada y que se disponga el archivo del expediente.

II. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente en razón de la cuantía para decidir dentro del presente medio de control, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155 numeral 5° y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. PLANTEAMIENTO DEL CASO

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 857 de 2015 y 917 de 2016 con las cuales, de un lado, se declaró el incumplimiento de la cláusula 15 del AMP CCE-146-1-AMP-2014 e hizo efectiva la cláusula penal por valor de \$176.521.611,11; y, de otro, se resolvió el recurso de reposición en contra de dicha decisión, reduciendo el valor de la cláusula penal pecuniaria a \$12.504.790,93.

El extremo demandado sostuvo que el procedimiento administrativo sancionatorio se desarrolló con observancia de las normas que regulan dichos trámites y que se encuentran contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que se dieron los presupuestos de incumplimiento necesarios para imponer al contratista la cláusula penal pecuniaria.

2.3. DEL PROBLEMA JURÍDICO

Gira en torno a lo siguiente:

Determinar si: i) las Resoluciones Nos. 857 de 9 de noviembre de 2015⁹ y 917 de 4 de febrero de 2016¹⁰, adolecen de alguna causal de nulidad que genere su extracción del ordenamiento jurídico, y en consecuencia, el reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados por la demandante a título de restablecimiento del derecho.

⁹ “Por la cual se declara un incumplimiento contractual”

¹⁰ “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No. 857 de 2015”

2.4. HECHOS PROBADOS

De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

Valor probatorio de los documentos

Los documentos aportados por las partes se valorarán de conformidad con lo establecido en el artículo 246 del Código General del Proceso y, de acuerdo con lo decidido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno, en su sesión del 28 de agosto de 2013. Se le otorgará valor probatorio a todos los documentos traídos al proceso en copia simple, siempre que su aporte se haya producido durante las oportunidades previstas por las normas procesales aplicables a los juicios de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no hayan sido tachados como falsos en los términos de los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por la parte contra la cual se pretenden hacer valer¹¹.

De este tipo de pruebas, se encuentra demostrado lo siguiente:

■ Condiciones pactadas en el Acuerdo Marco de Precios CCE-146-AMP-2014 y la Orden de Compra 1598

- Entre Colombia Compra Eficiente y la Unión Temporal CCEficiente¹² se suscribió el contrato denominado **Acuerdo Marco de Precios CCE-146-AMP-2014**¹³. Por parte de la entidad, lo suscribió la entonces Directora General, María Margarita Zuleta González mientras que, por el contratista, el apoderado especial de la unión temporal, señor Luis Carlos Romero.

La cláusula 1 del contrato, en cuanto a su objeto, lo estableció así:

“Cláusula 1 – Objeto del Acuerdo Marco de Precios.

El objeto del Acuerdo Marco de Precios es (a) establecer las condiciones para el Servicio Integral de Aseo y Cafetería al amparo del Acuerdo Marco de Precios; (b) establecer las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco de Precios; (c) la prestación del Servicio Integral de Aseo y Cafetería por parte de los Proveedores; y (d) la adquisición del Servicio Integral de Aseo y Cafetería por parte de las Entidades Estatales”

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

12 La Unión Temporal está conformada de la siguiente forma: Flórez & Álvarez S.A., Nit. 807.003.866-2 con un 50%, correo: contabilidad@florezyalvarez.com; y Clean Depot S.A., Nit. 830.052.914-0 con el restante 50%, correo: contabilidad@cleandepot.com.co (fls.32-33).

13 Fls.54-69 c. principal.

- La cláusula 3ª. estableció el alcance del objeto del Acuerdo Marco de Precios, así:

“Los Proveedores se obligan a prestar a las Entidades Compradoras el Servicio Integral de Aseo y Cafetería en las condiciones establecidas en el presente documentos...”

- En cuanto a las obligaciones de los Proveedores, su cláusula 15 estableció:

*“15.3. Cumplir con los plazos establecidos en el presente Acuerdo Marco de Precios.
(...)”*

15.8. Cumplir oportunamente con el pago de los salarios, aportes de seguridad social, prestaciones sociales, aportes parafiscales, horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos, indemnizaciones y demás costos derivados de la relación laboral con el personal que cumple las labores cubiertas por el Acuerdo Marco de Precios y con todo su personal, conforme lo establecen las reglamentaciones laborales vigentes en Colombia, y publicar mensualmente en la Tienda Virtual del Estado Colombiano un certificado suscrito por su representante legal en el cual manifieste que el Proveedor está a paz y salvo con sus obligaciones frente al sistema de seguridad social integral y demás aportes relacionados con sus obligaciones laborales.”

- La cláusula 223 del Acuerdo Marco de Precios estableció lo relativo a la cláusula penal de la siguiente manera:

“En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones del Proveedor establecidas en el presente Acuerdo Marco de Precios, este deberá pagar a título de cláusula pena una suma equivalente al 10% del valor total de las Órdenes de Compra que incumplió. Este valor puede ser compensado con los valores que le adeuden las Entidades Compradoras a favor de quienes el Proveedor debe pagar el valor de la cláusula penal de conformidad con las reglas del Código Civil.

El incumplimiento de las obligaciones relativas al personal del Proveedor cuya exigibilidad sobrepasa la vigencia del Acuerdo Marco de Precios están cubiertas por la cláusula penal.”

- La supervisión del Acuerdo Marco de Precios estuvo a cargo de la subdirección de negocios de Colombia Compra Eficiente, tal como lo acordaron las partes en la cláusula 30 del contrato.

- En la matriz de riesgos del Acuerdo Marco de Precios, el riesgo denominado Incumplimiento del Proveedor en el pago de salarios y prestaciones sociales a su personal, fue asignado al Proveedor (fl.17 c. principal).

- El anexo 1 del Acuerdo Marco de Precios, denominado Definiciones, contiene varios conceptos que es pertinente tener en cuenta para este caso particular:

Entidades Compradoras: son las entidades (a) a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007; y (c) que por disposición de la Ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 o cualquier otra entidad estatal que de manera autónoma decida comprar por medio del presente Acuerdo Marco de Precios.

Operación secundaria: son las actividades que debe adelantar la Entidad Compradora para contratar, recibir y pagar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería.

Orden de Compra: Es la manifestación de la Entidad Compradora de Vincularse al Acuerdo Marco de Precios, obligarse a sus términos y condiciones y es el soporte documental de la relación entre el Proveedor y la Entidad Compradora.

Proveedor: es quien ha sido seleccionado como resultado de la licitación pública LP-AMP-021-2014 y que suscribe el Acuerdo Marco de Precios con Colombia Compra Eficiente.

- El Acuerdo Marco de Precios estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2016, de conformidad con lo estipulado en cláusula 17 del contrato y la constancia emitida por Colombia Compra Eficiente (fl.53 c. principal).

- Con base en el Acuerdo Marco de Precios, entre la Unión Temporal y SENA Regional Valle se pactó la Orden de Compra 1598, cuya vigencia fue entre el 20 de febrero y el 20 de diciembre de 2015 con un valor total de \$1.765.216.111,16 (fl.18).

■ En cuanto a los actos administrativos cuya nulidad se demanda

- Mediante la Resolución No. 857 de 9 de noviembre de 2015¹⁴, Colombia Compra Eficiente declaró que la Unión Temporal CCEficiente incumplió la obligación contenida en el numeral 15.8 de la cláusula 15 por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales de los operarios del Servicio Integral de Aseo y Cafetería del SENA Regional Valle, adquirido a través de la Orden de Compra 1598 de 2015; y, en consecuencia, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula 23 del Acuerdo Marco de Precios por valor de **\$176.521.611,11**.

- Contra el mencionado acto administrativo sancionatorio, se interpusieron por parte de la Unión Temporal y su garante, los respectivos recursos de reposición, los cuales fueron resueltos por la entidad hoy demandada, mediante la Resolución No. 917 de 4 de febrero de 2016¹⁵, oportunidad en la cual, con base en los

¹⁴ Fls.3-6 c. principal.

¹⁵ Fls.7-15 c. principal.

argumentos de los recursos, se modificó el valor de la cláusula penal, ubicándolo en **\$12.504.790,93**.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Sobre la sanción contractual¹⁶

Respecto de esta temática, en términos generales, se ha establecido que el contrato celebrado por las entidades públicas está sujeto al ejercicio del poder de dirección, control y vigilancia para su cabal cumplimiento, en el entendido de que el contratista es un colaborador suyo, en el logro de los fines estatales y del interés general que se busca con la contratación, razones que justifican que las entidades tengan una variada gama de prerrogativas de control, dirección y coerción.

De este modo, el interés público que se pretende colmar a través de la actividad contractual está supeditado a que el contratista colaborador cumpla con sus obligaciones en el tiempo, modo, lugar y conforme a los demás aspectos y circunstancias convenidas en el contrato y, por ende, ejecute cabalmente su objeto. Por eso, el orden jurídico, atribuye a la Administración potestades exorbitantes de naturaleza sancionatoria que persiguen asegurar que se cumplan las obligaciones que emanan del contrato.

En efecto, la Administración no sólo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino también con fundamento en el *ius puniendi* del Estado, ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento en que incurra el contratista de sus obligaciones, las cuales se pueden traducir en la terminación anormal y anticipada del contrato (como ocurre con el decreto de caducidad del mismo), o, sin que suceda su extinción, en medidas coercitivas y apremiantes, para compelerlo a la observancia de los dictados del contrato y evitar así su incumplimiento total, de suerte que no se perturbe la prestación de los servicios o la obtención de los bienes u obras involucradas en el respectivo negocio jurídico.

Enseña la doctrina que si bien no cabe reconocer la posibilidad de que se puedan configurar sanciones implícitas no tipificadas legalmente, lo cierto es que el contratista se encuentra en un estado de sujeción que implica el eventual sometimiento a la configuración de un poder sancionatorio de la Administración, cuyo ejercicio no puede alterar el equilibrio contractual ni las garantías constitucionales (legalidad, tipicidad de la conducta, proporcionalidad, igualdad, patrimonio, etc.) lo cual significa que la interacción tripartita que opera entre dicho

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sala Plena. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Rad. 1996-03076 (18496)

poder, el objeto del contrato y las garantías debidas al contratista constituye el principal límite que lo acota.

En consecuencia, la existencia de la potestad sancionatoria encuentra su fundamento no sólo en el propósito de reprimir las faltas contractuales del cocontratante, sino principalmente en la necesidad de asegurar, mediante ese poder, la efectiva y debida ejecución del contrato, razón por la cual la ley dota a la Administración de una serie de facultades para constreñir al contratista, castigarlo ante el incumplimiento de sus obligaciones o incluso separarlo de la ejecución del contrato mediante la ruptura del vínculo (caducidad) en caso de ser necesario para la prestación regular, continua y eficiente del objeto contractual en procura de la satisfacción sin interrupciones y demoras del interés público perseguido.

Por consiguiente, la sanción contractual es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción y en particular del poder punitivo del Estado (*ius puniendi*), como respuesta al incumplimiento de las obligaciones de los contratistas de sus obligaciones y deberes, la cual debe encontrarse autorizada en la ley en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta actividad.

En el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia contractual se han identificado varios tipos a saber: (i) **sanciones pecuniarias como la efectividad de la cláusula penal**; (ii) sanciones rescisorias como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) sanciones coercitivas como la imposición de multas.

Se describe así el contexto en que se pueden ejercer este tipo de prerrogativas de la administración y las condiciones generales para su aplicación.

3.2. Sobre la facultad de las entidades públicas para declarar el incumplimiento de sus contratistas y debido proceso

El marco normativo de este asunto particular, está encabezado por el artículo 29 Superior que establece la aplicación del debido proceso a toda actuación administrativa incluyendo, por supuesto, a aquellas que tienen lugar en el marco de los contratos estatales.

De este modo, en la producción de la decisión administrativa, operan, entre otras, las garantías de:

“... [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii]

obtener asesoría legal; [vii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas”¹⁷.

A su vez, los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, son desarrollos legislativos del derecho, deber y principio del debido proceso en el marco de la gestión contractual de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La primera norma mencionada, además de ratificar el carácter superior de estas garantías en la materia, estableció la facultad de la entidad contratante de imponer multas y declarar el incumplimiento contractual **para hacer efectiva la cláusula penal**, mediante un procedimiento “mínimo” en que se permitiera el debido proceso del contratista, regulando el tema así:

“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.” (Se resalta)

La segunda norma aludida, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, **y hacer efectiva la cláusula penal**. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

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

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

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

<Texto adicionado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 537 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:>

Procedimientos sancionatorios. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto.”¹⁸

De este modo, el precepto recién citado instauró:

“... un procedimiento administrativo de carácter especial tendiente a la imposición de multas y demás sanciones pertinentes dentro de la actividad contractual, previa la declaratoria de incumplimiento, procedimiento éste con el cual se establecieron las bases legales para garantizar la aplicación efectiva del debido proceso constitucional en asuntos contractuales.”¹⁹

Queda establecido así el marco legal y jurisprudencial de la competencia que tienen las entidades públicas de que trata la Ley 80 de 1993, para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria a sus contratistas.

3.3. Sobre la naturaleza de la cláusula penal²⁰

Enseña la doctrina y la jurisprudencia que desde sus orígenes en el derecho romano, la *stipulatio poenae* fue concebida como una obligación de pagar una pena en caso de que otra obligación fuera incumplida, y tuvo una función originalmente represiva -punitiva-, en tanto se dirigía a sancionar cualquier incumplimiento del deudor, con independencia de la idea de si éste había causado o no un perjuicio al acreedor, pero que, con el tiempo, fue adoptando una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados para el acreedor, a partir del incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor.

En el ordenamiento jurídico colombiano, las normas de derecho privado que se refieren a la cláusula penal, se encuentran tanto en el Código Civil como en el de Comercio.

A este respecto, el primero, establece:

“Art. 1592- La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, dispone:

“Art. 867.- Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el

¹⁸ Expedida el 12 de julio de 2011. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 1 de junio de 2020. Rad. 08001-23-33-000-2012-00254-01 (48945)

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Rad. 110010326000200900034 00 (36600)

caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse (...).”

Ahora, en materia de contratación estatal, se observa que en los estatutos que la regularon en el pasado, el legislador previó la inclusión en los contratos administrativos, de una cláusula penal pecuniaria, con una connotación indemnizatoria, más que punitiva, frente al incumplimiento contractual. Al respecto, el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, disponía:

“Art. 72. De la cláusula penal pecuniaria.- En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.”

Y el artículo 73 del mismo estatuto, establecía que la entidad podía tomar el valor de la cláusula penal directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida, y si no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva.

El entendimiento jurisprudencial de esta disposición ha sido, entonces, principalmente, el de que se trata del cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad se derivan del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, por lo que una vez este se presenta, la entidad puede, o bien declarar la caducidad del contrato, si el mismo se halla vigente, o declarar el incumplimiento del mismo, si ya había vencido su plazo, y en ambos casos, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada:

“Se entiende la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria en el caso sub judice, porque el art. 72 corrobora la afirmación precedente, al disponer que ‘se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento’ y porque, además, el valor de la cláusula penal que se haga efectiva ‘se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante’. (Decreto 222 de 1983).

Cuando se declara la caducidad por incumplimiento o se declara el solo incumplimiento en los eventos del antecitado art. 72, la ley presume que se causaron perjuicios por el valor de la cláusula. Y hasta ese valor el acto de caducidad prestará mérito ejecutivo; vale decir, en este campo sólo hasta ese valor irá el poder exorbitante de la administración contratante en materia de perjuicios por incumplimiento. Porque si la administración estima que los perjuicios son superiores al valor de la aludida cláusula, tendrá que exigirlos y demostrarlos ante el juez del

contrato mediante una acción de responsabilidad contractual y no establecerlos en forma unilateral.”²¹

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

Fue con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que el legislador incorporó nuevamente dichas potestades a favor de las entidades estatales, puntualmente en su artículo 17.

A partir de esta disposición, al lado de la facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato, surge también la posibilidad de la entidad contratante de declarar su incumplimiento para efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que hubiere sido pactada, lo que puede hacer directamente la entidad, mediante la compensación con las sumas debidas al contratista, el cobro de la garantía correspondiente, o ejecutivamente para obtener su pago.

De acuerdo con lo anterior, en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de caducidad del contrato **o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.**

En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento.

En este último caso, es decir, cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1989, expedientes 5253 y 5298, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

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.

3.4. Sobre la interpretación de los contratos estatales

El artículo 28 de la Ley 80 de 1993 establece al respecto:

“ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES., En la interpretación de las normas sobre contratos estatales relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

Frente a dicho precepto, ha afirmado la jurisprudencia que, contiene unos parámetros hermenéuticos que resultan insuficientes para el juez al acometer la labor de dar claridad a pasajes oscuros en el contenido de las estipulaciones del contrato o cuando pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo negocial; dado que si bien, dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan, inspiran o informan la referida actividad, no obstante, tales previsiones no constituyen reglas interpretativas precisas como las que sí se encuentran plasmadas en el Código Civil, normas a la que, concluye, es preciso acudir, vía la remisión hecha por el artículo 13 de la misma Ley 80 de 1993.

De este modo, respecto a la labor de interpretación de los contratos estatales, ha afirmado la jurisprudencia²² que la primacía de la intención perseguida por los sujetos contractuales respecto de su expresión material, deriva directamente del postulado mismo de la autonomía de la voluntad si se tiene que cuenta que quizás la principal razón de ser de los actos jurídicos estriba en la imposibilidad, para el legislador, de regular en su integridad todas las relaciones que se tejen en la vida social o el tráfico jurídico, por manera que no le queda más remedio que exhortar a los particulares para que ellos contribuyan voluntariamente en esa función reguladora; por lo anterior se asegura que el elemento verdaderamente relevante en las actuaciones jurídicas de las personas es la voluntad real que las anima, más que la apariencia real que resulta de su exteriorización y que se plasma en el contrato, consideración esta que justifica el aforismo en virtud del cual *la voluntad*

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 9 de mayo de 2012. Radicado 88001233100020000057 01 (22714)

es la sustancia de los actos jurídicos, de suerte que siempre que se establezca la discordancia entre el tenor literal o verbal de la declaración y la voluntad real de los sujetos en ella intervinientes, ésta última debe ser preferida por el intérprete al tratar de aplicar el acto a de deducir sus alcances o sus efectos.

La indudable acogida de este planteamiento en el Código Civil colombiano, no sólo se desprende de la consagración de toda una batería de herramientas encaminadas a permitir al intérprete la identificación del querer de las partes en la relación negocial -artículo 1618 a 1624-, sino de la importancia que se reconoce al consentimiento, a la voluntad o la intención entre los requisitos exigidos para la existencia y validez de los actos jurídicos en general -artículo 1502- y, muy especialmente, de la contundente afirmación y regla de hermenéutica contenida en el artículo 1618 del mismo código citado, en el sentido de que *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*; de ahí que se haya subrayado que la interpretación de los contratos, aún cuando guarda innegables paralelismos con la interpretación de las leyes en la medida en que ambas apuntan a disipar dudas o a deshacer ambigüedades, difiere sustancialmente de ésta habida consideración de que debe enfocarse en la búsqueda de elementos invariablemente subjetivos como son los que conectan con la intención, el querer o la voluntad real de los contratantes.

De la misma manera que existen reglas que presiden y disciplinan la interpretación de las normas jurídica, tienen que existir reglas que gobiernen la interpretación de los contratos. Sin embargo, mientras la tarea del intérprete, en cuanto a la interpretación de las normas jurídicas, debe limitarse a librarlas de dudas y oscuridades, siendo por tanto una interpretación esencialmente objetiva, *la tarea de quien interpreta un contrato es más ardua y compleja porque además de eliminar las eventuales dudas y ambigüedades del contrato, debe tratar de encontrar la concreta voluntad de las partes contratantes*, por lo cual la interpretación del contrato ha de cumplir una función que es al mismo tiempo objetiva y subjetiva. La interpretación de las normas es siempre una atribución de sentido y de significación a algo que por su naturaleza se presenta como una formulación abstracta de un deber ser jurídico. La interpretación de un contrato es por el contrario interpretación de un supuesto de hecho concreto que es un comportamiento humano. La interpretación del contrato tiene con todo una función análoga a la función de interpretación de las normas. *Se trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerado en su combinación y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes. La interpretación es así una tarea de indagación de la concreta “intención” de los contratantes*, pero es también una tarea de atribución de “sentido” a la declaración.

Las reglas de interpretación de los contratos, obligatorias para el juez en la medida en que el ordenamiento jurídico pretende que la voluntad de las partes -y no la del

intérprete- sea escrupulosamente respetada al momento de aplicar o de establecer los alcances del acto o negocio del cual se trate, especialmente cuando el tenor literal de éste no resulta suficientemente esclarecedor respecto de dicha intención de los sujetos, se encuentran consagradas, como se ha expresado, en el Código Civil y resultan aplicables a la contratación estatal en casos como el sub judice, por virtud de lo normado tanto en el artículo 822 del Código de Comercio como en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

En este sentido, el juez deberá acudir a las reglas establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, las cuales se traen a colación y regulan la materia de la siguiente manera:

“TITULO XIII.

DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

ARTICULO 1618. **<PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN>**. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

ARTICULO 1619. **<LIMITACIONES DEL CONTRATO A SU MATERIA>**. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

ARTICULO 1620. **<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.

ARTICULO 1621. **<INTERPRETACIÓN POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO>**. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

ARTICULO 1622. **<INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACION Y POR APLICACION 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.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

ARTICULO 1623. **<INTERPRETACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE CASOS DENTRO DEL CONTRATO>**. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la

obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

ARTICULO 1624. <INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL DEUDOR>. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

En cuanto a la aplicación en la práctica de estas reglas de interpretación de los contratos estatales, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“2.1 Con la interpretación del contrato se persigue constatar el convenio negocial, la determinación de sus efectos y la integración de estos, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado.

“Sin embargo no debe perderse de vista que si las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de este señalamiento corresponde a una labor interpretativa mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes harán parte de la valoración.

“La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales.

“Esta búsqueda primordial de la común intención de las partes puede lograrse mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se compendian en que conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (art. 1618 del C. C.), que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2º) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art. 1622 inc. 3º), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que la expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).

“Sin embargo es posible que esa común intención de los contratantes no pueda ser verificada mediante la utilización de las reglas que precedentemente se mencionaron y es entonces cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de acudir a unas reglas de carácter subsidiario, también llamadas objetivas por la doctrina, en las que ya no interesa la indagación de la voluntad de los contratantes sino la

protección del acto dispositivo y sus principios o de las circunstancias particulares de alguna de las partes, reglas estas que se resumen en que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (art. 1620 del C. C.), que deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (art. 1621), que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (art. 1624 inc. 1º), y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (art. 1624 inc. 2º).”²³ (Se resalta)

De esta manera, se alindera el contexto relativo a la interpretación de los contratos, el cual, tal como ha sido formulada la demanda en el presente caso, es un asunto fundamental al momento en que se analice y resuelva el problema jurídico planteado.

3.5. Sobre la falsa motivación

Sobre los cargos de falsa motivación contra los actos administrativos contractuales, ha expresado el Consejo de Estado:

“96. Respecto de la falsa motivación, esta Sección ha indicado que es un cargo que ataca el elemento causal del acto administrativo, por atribuir la Administración una calificación errada a los motivos de hecho o de derecho que dan lugar a su expedición. Al respecto, en Sentencia de 12 de febrero de 2014[^{lxvii}] ²⁴, la Subsección A señaló (se transcribe):

“La falsa motivación de un acto administrativo es el vicio que afecta el elemento causal del acto, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo. Se genera cuando las razones expuestas por la Administración, para tomar la decisión, son contrarias a la realidad. Así, la jurisprudencia[^{lxviii}] ha sostenido que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública, ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas, iii) el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) los motivos que sirven de fundamento al acto no justifican la decisión””²⁵

²³ Consejo de Estado. de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia de 24 de mayo de 2012. Radicado 76001-23-25-000-1999-00272-01 (21181).

²⁴ La cita hecha corresponde: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de febrero de 2014, expediente 27.776.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata. Sentencia de 5 de junio de 2019. Radicado. 25000-23-26-000-2000-00108-02 (30634) acumulado, 25000-23-26-000-2000-00111-01 (34230).

3.6. Sobre la falta de competencia como vicio de nulidad de los actos administrativos

Al respecto ha enseñado el Consejo de Estado:

“4.1.- El de falta de competencia es uno de aquellos vicios invalidantes de los actos administrativos reconocidos por el derecho positivo colombiano. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al preceptuar que se declarará la nulidad de los actos “cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa y audiencia, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.” (Resaltado propio).

4.2.- En la estructura dogmática de los vicios invalidantes la falta de competencia se ubica como un vicio externo al acto toda vez que es alrededor del sujeto activo que expidió la decisión el eje sobre el que gravita el debate jurídico en orden a determinar si es éste al que el ordenamiento le ha reconocido la aptitud para actuar como legítimo portador de la voluntad estatal, concretamente como autoridad normativa, y le faculta para dictar actos de naturaleza administrativa creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas o de carácter general, en tanto manifestación de poder reglamentario.

4.3.- Ello responde, en esencia, al hecho de que el de competencia es un concepto normativo toda vez que es el propio derecho el que prescribe el modo, forma y condiciones de producción de las normas jurídicas (autorregulación) y en este escenario es que tiene lugar la determinación de los sujetos que fungen como autoridades normativas con poder decisorio para emitir actos jurídicos. Por tal razón, la averiguación sobre si un sujeto de derecho público es competente no es un asunto que demande reflexiones internas en torno a la decisión, esto es, su ilicitud, imposibilidad o inexistencia, ni su motivación o finalidad, sino que se contrae a indagar, en el marco del universo jurídico vigente, si tal o cual contenido normativo podía ser emitido por cierta autoridad administrativa.

4.4.- El atributo de la competencia, entonces, debe ser entendido como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia.

4.5.- De observarse lo reglado, se tendrá que la competencia atribuida a un sujeto –y su resultado- ha sido llevada a cabo de manera adecuada, mientras que, de no ser así,

*el acto jurídico ejecutado en contravención se verá expuesto a la consecuencia de la nulidad y se dirá que no se llevó a cabo con éxito la competencia otorgada*²⁶.

3.7. Sobre la excepción de contrato no cumplido

Respecto del origen, incorporación a los contratos estatales y los requisitos de esta figura, ha establecido el Consejo de Estado que:

*“La figura de la “excepción de contrato no cumplido” se encuentra prevista en el artículo 1609 del C. C., (...) Esta figura, en principio propia de los contratos de Derecho Privado, ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, con un alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos de Derecho Público y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos a cuya satisfacción se enderezan tales vínculos contractuales (...) la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.”*²⁷

3.8. El caso concreto

En el caso bajo estudio la parte actora pretende que se declare la nulidad de dos actos administrativos: i) de un lado, de la **Resolución No. 857 de 9 de noviembre de 2015** “Por la cual se declara un incumplimiento contractual” ii) de otro, de la **Resolución No. 917 de 4 de febrero de 2016** “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos en contra de la resolución No. 857 de 2015”, al esgrimir para ello, los cargos denominados ausencia de tipicidad; falsa motivación por incumplimiento de los requisitos en que debía fundarse el acto administrativo; ausencia de proporcionalidad; indebida tasación de la sanción; errado entendimiento del concepto de cláusula penal; y los cargos adicionales a los que

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 19 de septiembre de 2016. Radicado. 11001-03-26-000-2013-00091-00 (47693).

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia de 11 de abril de 2012. Radicado. 73001-23-31-000-1997-05591-01(17851).

denominó ausencia de perjuicio, indebido entendimiento del proceso sancionatorio, errores de forma en la resolución, extralimitación de funciones e incumplimiento por parte de la entidad contratante; en consecuencia, busca el reconocimiento de perjuicios a título de restablecimiento del derecho.

Sobre la nulidad de la Resolución No. 857 de 9 de noviembre de 2015 y 917 de 4 de febrero de 2016

Cargo primero denominado *ausencia de tipicidad*

Arguyó el demandante sobre este particular, que la obligación de realizar los pagos de salarios a su personal dentro de los 10 primeros días de cada mes no se encontraba establecida ni en el Acuerdo Marco de Precios CCE-146-1-AMP-2014, como tampoco en la Orden de Compra 1598 suscrita con el Sena Regional Valle del Cauca; por lo tanto, el contratista era libre de pactar dicha fecha con sus trabajadores.

Con base en la cita de la Sentencia C-1161 de 2000, advirtió que la facultad sancionatoria de las entidades públicas debe responder siempre al principio de tipicidad y legalidad, por lo cual no le es permitido a la administración multar a sus contratistas por conductas que no fueron definidas como obligación contractual. En consecuencia no había lugar a declarar el incumplimiento a fin de activar la cláusula penal por este concepto.

La entidad demandada señaló que no hay duda en torno a que el Acuerdo Marco de Precios establecía en el numeral 15.8 de la cláusula 15 una obligación a cargo de la Unión Temporal consistente en:

“Cumplir **oportunamente** con el pago de salarios, aportes de seguridad social, prestaciones sociales, aportes parafiscales, horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos, indemnizaciones y demás costos derivados de la relación laboral con el personal que cumple las labores cubiertas por el Acuerdo Marco de Precios y con todo su personal, conforme lo establecen las reglamentaciones laborales vigentes en Colombia...” (Se resalta)

A su juicio, la condición de que el pago fuera oportuno implica preguntarse acerca del momento en el cual el pago cumplía con dicha característica y, lo que es lo mismo, cuándo se volvía inoportuno.

Afirmó que la lógica de los demandantes contraría lo establecido en el artículo 1620 del CC, en la medida en que prefiere darle un sentido al término “oportunamente”, que no lo lleva a producir efecto alguno, pues al final de cuentas no hay una delimitación temporal para realizar el pago de salarios, con lo cual, daría lo mismo que dicha palabra estuviera o no establecida en el contrato. De lo anterior, arguyó,

salta a la vista que esa interpretación no es razonable y además va en contravía del orden jurídico.

Al contrario, estableció que la interpretación razonable es aquella que conduce a que la palabra “oportunamente” produzca algún efecto. Para lo cual, indicó que es preciso acudir al criterio interpretativo del artículo 1618 del Código Civil, según el cual, en los contratos *prevalece la intención de las partes*.

De este modo, la intención del SENA Regional Valle del Cauca, la Unión Temporal y la misma de Colombia Compra Eficiente, fue establecer que el término para el pago de salarios de los operadores que prestaban el servicio al amparo del Acuerdo Marco podía ser pactado por la Entidad Compradora y el Proveedor.

En este caso, dentro de la Orden de Compra 1598, de acuerdo con lo pactado por la Unión Temporal y el SENA Regional Valle del Cauca, el pago de salarios tenía que realizarse, por parte del Proveedor, dentro de los 10 primeros días de todos los meses. De esta manera, se le dotó de un contenido concreto y particular a la cláusula 15.8 contenida en el Acuerdo Marco.

Aludió a los correos electrónicos que obran en el expediente administrativo y que, además, fueron parte del plenario con base en el cual Colombia Compra Eficiente, tomó las decisiones administrativas ahora atacadas, a partir de los cuales es claro que las partes pactaron el referido plazo para el pago de salarios. De este modo, en la Resolución 917 de 2016 varios de estos correos fueron citados de manera detallada a fin de certificar que la Unión Temporal sí se había comprometido a realizar los pagos en ese plazo, en la medida en que el SENA Regional Valle del Cauca, una vez el Proveedor incumplía el plazo, lo requería a fin de que explicara qué estaba pasando y le solicitaba que efectuara el pago.

Dichos correos electrónicos enviados por la Unión Temporal, hoy demandante, nunca fueron desestimados y en estos, el Proveedor acepta de manera expresa que el no pago de los salarios dentro de los 10 primeros días del mes se constituía como un incumplimiento, en tanto que además de comprometerse a fechas próximas de pago, pedía disculpas por los inconvenientes ocasionados con la ausencia del pago oportuno denunciado por el SENA.

Al respecto, para el Despacho, lo primero que se debe establecer son los términos en los que el Acuerdo Marco de Precios CCE-AMP-146-1-2014 y la Orden de Compra 1598, establecieron la obligación del pago de salarios y demás prestaciones a los operadores del servicio de aseo y cafetería.

En efecto, la cláusula 15 del Acuerdo Marco de Precios en su numeral 15.8 estableció:

“Cumplir oportunamente con el pago de salarios, aportes de seguridad social, prestaciones sociales, aportes parafiscales, horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos, indemnizaciones y demás costos derivados de la relación laboral con el personal que cumple las labores cubiertas por el Acuerdo Marco de Precios y con todo su personal, conforme lo establecen las reglamentaciones laborales vigentes en Colombia , y publicar mensualmente en la Tienda Virtual del Estado Colombiano un certificado suscrito por su representante legal en el cual manifieste que el Proveedor está a paz y salvo con sus obligaciones labores frente al sistema de seguridad social integral y demás aportes relacionados con sus obligaciones laborales”²⁸ (Se resalta)

Se tiene entonces, que el Acuerdo Marco de Precios se limitó a establecer en el numeral 15.8 de la cláusula 15, que la obligación en cuanto al pago de salarios se debía *cumplir oportunamente*.

Por su parte, los documentos aportados respecto de la Orden de Compra No. 1598 no establecen nada al respecto²⁹.

Así, es preciso acudir a otros medios probatorios a fin de establecer, en primer lugar, tal como lo indican la reglas de interpretación de los contratos contenidas en el artículo 1618³⁰ y subsiguientes, la voluntad de las partes.

En este contexto, a juicio del Despacho, existen varios elementos probatorios que se constituyen en indicios a partir de los cuales se puede deducir un hecho cierto, que entre las partes de la Orden de Compra No. 1598 sí se pactó que el pago de los salarios de los operarios del servicio de aseo y cafetería, debería darse dentro de los 10 primeros días de cada mes:

-. En primer lugar, con la contestación de la demanda, en el cd 2, fueron aportados diversos correos electrónicos a través de los que la entidad contratante Sena Regional Valle del Cauca, puso de presente en su momento al contratista Unión Temporal CCEficiente, las dificultades por la demora en el pago de los operadores del servicio de aseo y cafetería. Se citan algunos de ellos así:

Para el caso del pago del mes de septiembre de 2015³¹ a través de un correo remitido por el señor Alex Amed Valencia Rojas, Subdirector del Centro de Diseño Tecnológico Industrial del Sena Regional Valle del Cauca, el día lunes 19 de octubre

²⁸ Fl.62 reverso.

²⁹ Fl.27.

³⁰ ARTÍCULO 1618. <PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN>. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

³¹ Mes respecto del cual declaró el incumplimiento por parte de la UT CCEficiente y se afectó la cláusula penal pecuniaria a través de los actos administrativos demandados.

de 2015, informó al área de servicio al cliente de Clean Depot³² y a Camila Martínez de esa misma empresa:

“El tema del no pago oportuno a los operarios de la compañía de aseo, ya es demasiado reiterativo y afecta el clima laboral de nuestros proveedores, razón por la cual de manera cordial solicito el pronunciamiento del supervisor de este contrato.”³³ (Se resalta)

Ese mismo día lunes 19 de octubre de 2015, el señor Carlos Alberto Raga Hurtado quien en su momento fungía como Líder de Gestión Infraestructura y Logística - CDTI- del Sena Regional Valle del Cauca, remitió un correo al área de servicio al cliente de Clean Depot y a Camila Martínez de esa misma empresa, en donde expresó:

“BUENOS DIAS. CAMILA el personal está muy molesto porque a la fecha del pago nada, se les había informado que les abonarían el viernes pasado y aún siguen esperando.”³⁴ (Se resalta)

Días antes, el miércoles 14 de octubre de 2015 a través de correo electrónico la señora Myriam J. Rodríguez de servicio al cliente de Clean Depot, informó lo siguiente al supervisor de la Orden de Compra 1598 Carlos Alberto Molina Díaz, quien ese mismo día por correo había solicitado información al respecto:

“Buena tardes, con la presente le comento que respecto a los pagos en el área de financiera me comentaron que hubo un inconveniente ya que la empresa hizo una dispersión (sic) la cual el Banco la toma a otros compromisos, por esta razón le solicito muy amablemente darnos una espera al viernes 16 de Octubre.

Con referente a los guantes de carnaza la coordinadora me informa que ya los solicito a bodega ya que por error se enviaron otros.

Quedo altamente agradecida por la comprensión que tenga con nosotros.”³⁵ (Se resalta)

El martes 14 de julio de 2015 el coordinador administrativo y financiero Carlos Gustavo Caultan y el supervisor de la Orden de Compra No. 1598, remitieron un correo a Colombia Compra Eficiente en donde advertían de las demoras en los pagos, enviándolo con copia a diversos funcionarios del contratista³⁶, mensaje electrónico en donde advertían lo siguiente:

³² Según el acuerdo de unión temporal, de la propuesta plural CCEficiente hacían parte las firmas: Flórez y Álvarez S.A. y Clean Depot S.A., las dos con una participación del 50% en la unión temporal.

³³ Dicho correo electrónico se encuentra ubicado en el archivo denominado octubre 19 Clean Depot Servicio al cliente PAGOS.msg del cd 2 aportado con la contestación de la demanda, el cual fue convertido a formato PDF por el Despacho, para poder ser revisado.

³⁴ Ibídem.

³⁵ Ibídem.

³⁶ Camila Martínez
Carlos.Ramirez@cleandepot.com.co;

(camila.martinez@cleandepot.com.co);
Hugo Leguizamón

“Señores Colombia compra eficiente les informamos los continuos incumplimientos por parte del consorcio CCEFICIENTE con respecto a la orden No 001598, con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, es repetitivo el problema de la cancelación a los operarios y en este momento se encuentran con justa razón los funcionarios de esta empresa que prestan su servicio en el SENA en un cese de actividades hasta tanto cumplan con el pago, **que debió ser el 10 de julio de 2015 y hoy ya es 14 de julio** y razón corta ni chica al respecto. Además como lo expreso es repetitivo el inconveniente además de otros.

Por favor solicitamos a la brevedad nos informen cuales son las acciones a seguir teniendo en cuenta que este contrato fue realizado por su entidad ya que esto constituye un problema delicado de orden social y administrativo en nuestra Entidad. Quedamos a la espera de su respuesta y directrices”³⁷ (Se resalta)

Dicho plazo para el pago de los salarios, según un correo del día 14 de septiembre de 2015 remitido a diversos funcionarios de Colombia Compra Eficiente por el Coordinador Grupo de Servicios Generales y Adquisiciones de la Dirección Administrativa y Financiera del Sena Regional Valle del Cauca, Juan Carlos Pote Cifuentes, fue confirmado por las partes de la Orden de Compra No. 1598 en una audiencia realizada el 22 de julio de 2015:

“Buenos días Paulina:

A continuación encontrarás una serie de correos electrónicos en los que se manifiesta que **nuevamente la Unión Temporal CCEFICIENTE incumplió el pago de los operarios, en la fecha acordada en la Audiencia llevada a cabo el 22 de julio de 2015.**

De igual forma, reitero lo expresado por el SENA en dicha audiencia, solicitando que Colombia Compra Eficiente se pronuncie respecto a la oportunidad de pago de los salarios de los empleados, la cual, según los términos señalados en el Código Sustantivo de Trabajo, debe ser de forma inmediata al terminar el periodo trabajado, salvo que exista un acuerdo escrito entre empleador y trabajador.”³⁸ (Se resalta)

Esta exigencia respecto al plazo para el pago a los operarios, fue reiterada por el mismo funcionario en un correo remitido el día 16 de octubre de 2015, nuevamente a diversos funcionarios y dependencias de Colombia Compra Eficiente en donde advirtió:

“Buenos días doctoras María Paulina y Marcela:

Por medio de la presente comunicación les informo que, **pese a los compromisos adquiridos por la UT CCEFICIENTE en la Audiencia de declaratoria de incumplimiento llevada a cabo en las Oficinas de Colombia Compra Eficiente el pasado 22 de julio de**

(alexander.leguizamon@cleandepot.com.co);
(tesoreria@cleandepot.com.co)

Tesorería

Clean

Depot

³⁷ Dicho correo electrónico se encuentra ubicado en el archivo denominado **INCUMPLIMIENTO PAGO OPERARIAS- REGIONAL VALLE DEL CAUCA- UT.msg** del cd 2 aportado con la contestación de la demanda, el cual fue convertido a formato PDF por el Despacho, para poder ser revisado.

³⁸ Ibídem.

2015, particularmente el de realizar los pagos oportunamente a sus operarios del SENA en la Regional Valle del Cauca, se evidencia que tanto en el mes de septiembre como en el presente mes de octubre, esta unión temporal ha incumplido dicho acuerdo, pues no ha realizado los pagos en las fechas establecidas, generando de esta forma, malestar en la prestación del servicio, así como la sensible afectación económica de los operarios con que esta empresa presta sus servicios.

Por lo anterior, solicito la inmediata intervención por parte de Colombia Compra Eficiente para que se tomen las medidas pertinentes ante este reiterado incumplimiento.”³⁹ (Se resalta)

-. Lo exigido por el Sena Regional Valle del Cauca a través de los diferentes correos electrónicos, de los que se deduce que el pago de los salarios de los operarios del servicio de aseo y cafetería debía efectuarse dentro de los 10 primeros días de cada mes fue, sino ratificado, si acordado por las partes en una audiencia de proceso de incumplimiento adelantada el 22 de julio de 2015; guarda concordancia con el informe de supervisión del contrato CCE-146-1-AMP-2014 con base en el cual se inició la actuación administrativa sancionatoria en la que tuvo lugar la expedición de los actos administrativos hoy demandados, en donde se indica que: “El Proveedor no realizó el pago oportuno de los salarios de los Operarios correspondiente al mes de octubre de 2015 en los tiempos pactados en la Orden de Compra, es decir, los primeros diez (10) días del mes.”⁴⁰

-. En el testimonio del señor Carlos Alberto Molina Díaz, a la sazón, supervisor de la Orden de Compra No. 1598, rendido el día 11 de julio de 2019, hizo alusión a los correos en los cuales se evidencia que se tenía establecido por las partes que el pago de los operarios con los cuales se prestaba el servicio de aseo y cafetería debía ser dentro de los 10 primeros días de cada mes (Min: 27:35).

-. Finalmente, dentro de los documentos aportados con la contestación de la demanda se encuentra la Resolución No. 1089 de 2016 “Por la cual se declara un incumplimiento contractual”⁴¹ en la cual, Colombia Compra Eficiente declaró que la Unión Temporal CCEficiente incumplió este mismo Acuerdo Marco de Precios, pero esta vez en relación con la obligación del numeral 15.8 de la Orden de Compra No. 3181, colocada esta vez por la Policía Nacional. Obligación que tiene que ver

³⁹ Dicho correo electrónico se encuentra ubicado en el archivo denominado INCUMPLIMIENTO PAGO OPERARIAS- REGIONAL VALLE DEL CAUCA- UT CCEFICIENTE.msg del cd 2 aportado con la contestación de la demanda, el cual fue convertido a formato PDF por el Despacho, para poder ser revisado.

⁴⁰ Este informe fue aportado dentro del testimonio rendido por el señor Nicolás Penagos Forero en la sesión de la audiencia de pruebas desarrollada el día 10 de octubre de 2019, en esa misma audiencia se puso en conocimiento del apoderado de la parte demandante. Este informe fue aportado e incorporado al expediente en virtud del numeral 6º del artículo 221 del CGP.

⁴¹ Dicho archivo se encuentra ubicado en el cd 3 aportado con la contestación de la demanda y se denomina 49. Resolución 1089 de 2016 declara incumplimiento.pdf.

con el pago oportuno de los salarios a los operarios dentro de los 10 primeros días de cada mes.

En este acto administrativo Colombia Compra Eficiente declaró el incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta decisión fue ratificada al resolver el recurso de reposición a través de la Resolución 1108 de 2016⁴².

De lo anterior, a juicio de esta sede judicial, se puede deducir que era habitual que, en el marco del Acuerdo Marco de Precios de marras, los Proveedores y las entidades que colocaban órdenes de compra, acordaran que el pago de salarios del personal adscrito a la prestación del servicio de aseo y cafetería se debía efectuar los primeros 10 días que cada mes.

Así las cosas, para el caso que nos ocupa en esta oportunidad, es preciso indicar que, si bien, en las documentales aportadas al proceso no se puede evidenciar directamente que entre la UT CCEficiente y el Sena Regional Valle del Cauca con ocasión de la Orden de Compra No. 1598 se acordó que el pago de salarios y demás prestaciones sociales se debía efectuar dentro de los 10 primeros días de cada mes, a partir de los indicios antes mencionados es posible deducir que, en efecto, las partes sí acordaron este término para efectuar los desembolsos a los operarios, el cual debía darse dentro del lapso antedicho.

De esta forma, dentro de la apreciación en conjunto que se ha hecho de estos indicios, a recordar: los diversos correos electrónicos, los testimonios y el documento aportado en el mismo, así como los actos administrativos sancionatorios por causa similar a la misma UT CCEficiente en el contexto del mismo Acuerdo Marco de Precios; el Despacho advierte que se encuentran debidamente probados⁴³, que además fueron incorporados dentro de las oportunidades probatorias que establece la Ley 1437 de 2011 y son concluyentes en el sentido de que permiten deducir con claridad y de manera lógica, que dentro de la Orden de Compra No. 1598 el plazo de los primeros 10 días que cada mes para el pago de los salarios, estaba pactado entre las partes.

42 Dicho archivo se encuentra ubicado en el cd 3 aportado con la contestación de la demanda y se denomina 50. Resolución 1108 de 2016 resuelve recurso.pdf.

43 López Blanco, Hernán Fabio: “Bien se observa entonces que el hecho conocido, o sea aquel a partir del cual se va a realizar la inferencia, debe estar cabalmente probado dentro del proceso por cualquier medio de prueba admisible, requisito central para que a partir del mismo pueda el juez arribar el hecho desconocido, de manera tal que no sería atendible la prueba indiciaria si el hecho indicador se establece sobre la base de conjeturas y no de estar demostrado, de donde surge la necesidad de que el juez al realizar el análisis crítico, haga, en primer término, expresa referencia a las pruebas que acreditan y le llevan certeza acerca del hecho conocido del cual parte su inferencia” Código General del Proceso. Pruebas. Dupre Editores Ltda. Bogotá, D.C., Colombia 2019. Pág. 437.

En ese sentido, si el hecho de que varias dependencias del Sena Regional Valle del Cauca, incluido, por supuesto, el supervisor de la Orden de Compra 1598 requerían periódicamente y desde meses atrás el cumplimiento del plazo para el pago de los salarios; además, si dicha situación guarda coherencia con la información que fue incluida dentro del informe de supervisión; y si, además, en el contexto del mismo Acuerdo Marco de Precios para la prestación del servicio de aseo y cafetería se tramitó un proceso administrativo sancionatorio por los mismos hechos, es decir, por no haber pagado los salarios dentro de los 10 primeros días del mes; para el Despacho resulta lógico inferir que en la Orden de Compra No. 1598 colocada por el Sena Regional Valle del Cauca, también se había pactado entre las partes, que el pago de los salarios y prestaciones sociales de los operarios, debía efectuarse dentro de este lapso.

Por las anteriores consideraciones el cargo primero denominado ausencia de tipicidad, no está llamado a prosperar.

Cargo segundo denominado falsa motivación – incumplimiento de los requisitos en que debía fundarse el acto administrativo

Indicó la parte demandante, en sustento de este cargo, que al revisar las actuaciones que dieron origen a los actos atacados, el pliego con el cual se informó a la UT CCEficiente el inicio del proceso sancionatorio, no cumplía con los requisitos previstos en el estatuto anticorrupción al omitir el sustento contractual y legal del supuesto incumplimiento e indicar una obligación inexistente; se observa que durante la realización de la audiencia, la entidad contratante participó exponiendo cargos y circunstancias diferentes y ajenas a las contenidas en la citación a la diligencia. Afirmó que también se omitió en la citación el análisis de culpabilidad del presunto infractor.

Alegó igualmente el extremo activo, que durante la diligencia, Colombia Compra Eficiente modificó los cargos por los cuales había sido citado a la audiencia y procedió a “amañarlos mediante un análisis incomprensible.”

En su defensa, la entidad demandada afirmó que, i) contrario al parecer de la demandante, la citación remitida a la Unión Temporal y a su garante, cumplió con todos los requisitos determinados en la ley; ii) al analizar el caso concreto, es evidente que Colombia Compra Eficiente citó a la audiencia por el incumplimiento en el pago de salarios en tanto cláusula contractual, y ésta fue a su vez, la razón por la cual declaró el incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal, de modo que nada de diferente hay entre la razón de la citación y la razón del incumplimiento; iii) el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 expresa cuáles son los requisitos del referido citatorio, dentro de los que no se encuentra el mencionado análisis de culpabilidad; en ese orden de ideas, la demandante echa de menos un

requisito que la ley no contempla para la citación; iv) en la Resolución 917 de 2016 Colombia Compra Eficiente puso en evidencia que las partes pactaron que el pago de salarios debía realizarse dentro de los 10 primeros días del mes.

Observa el Despacho que el argumento basal en que fundamenta la parte demandante sus pretensiones tiene que ver con que, a su juicio, la UT CCEficiente fue sancionada con base en una obligación inexistente, la ya conocida y en múltiples ocasiones reiterada, referente a que el pago de los operarios del servicio de aseo y cafetería debía efectuarse dentro de los primeros 10 días de cada mes.

Dado que al analizar y resolver el primer cargo contra los actos demandados esta sede judicial concluyó, a través de los señalados elementos indiciarios que las partes sí habían pactado esa obligación, este segundo cargo tampoco está llamado a prosperar, en sustento de lo cual se expresa lo siguiente:

En primer lugar, es preciso recordar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema, la cual ha establecido que

“96. Respecto de la falsa motivación, esta Sección ha indicado que es un cargo que ataca el elemento causal del acto administrativo, por atribuir la Administración una calificación errada a los motivos de hecho o de derecho que dan lugar a su expedición. Al respecto, en Sentencia de 12 de febrero de 2014[⁴⁴], la Subsección A señaló (se transcribe):

“La falsa motivación de un acto administrativo es el vicio que afecta el elemento causal del acto, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo. Se genera cuando las razones expuestas por la Administración, para tomar la decisión, son contrarias a la realidad. Así, la jurisprudencia[⁴⁵] ha sostenido que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública, ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas, iii) el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) los motivos que sirven de fundamento al acto no justifican la decisión””⁴⁵

Como se reitera, cuando se endilga un cargo de esta naturaleza, se ataca el elemento causal del acto administrativo, bien sea por una calificación errada a los motivos de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición; dicho de otro

⁴⁴ La cita hecha corresponde: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de febrero de 2014, expediente 27.776.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata. Sentencia de 5 de junio de 2019. Radicado. 25000-23-26-000-2000-00108-02 (30634) acumulado, 25000-23-26-000-2000-00111-01 (34230).

modo, se genera cuando las razones expuestas por la administración para tomar la decisión son contrarias a la realidad.

A partir de lo cual, como se ha advertido, el fundamento angular en el que basa el extremo activo su pretensión de nulidad es el que tiene que ver con que fue sancionado con base en una obligación inexistente, lo cual, de itera, ya fue desvirtuado por las razones expuestas anteriormente y en consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

Al continuar con el análisis de la causal de falsa motivación como fundamento para la nulidad de los actos administrativos se tiene que son varias las razones que pueden dar lugar a ella: i) por la **inexistencia de los fundamentos** de hecho o derecho en los que se basa la voluntad de la administración; ii) porque **los supuestos de hecho son contrarios a la realidad**; iii) porque el autor del acto le ha dado a los **motivos fácticos o jurídicos un alcance que no tienen** y; iv) porque **los motivos que fundamentan el acto no justifican la decisión**.

Así, ha afirmado la parte demandante que en la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se omitió el sustento contractual y legal del supuesto incumplimiento y se indicó una obligación inexistente, frente a lo cual, como ya se estableció por esta agencia judicial, en primer lugar, la obligación del pago de los salarios dentro de los 10 primeros días de cada mes sí existió; y en segundo lugar, respecto del sustento contractual y legal del supuesto incumplimiento, el extremo activo no aportó con la demanda o dentro de las demás oportunidades procesales pertinentes, el documento con el cual fue citado junto con su garante, por lo que a este respecto, no hay elementos suficientes para analizar este aspecto del cargo endilgado al acto administrativo. En la demanda se menciona el oficio de fecha 22 de octubre de 2015, no obstante, no se aportó.

De otro lado, otros argumentos en los que se fundamenta el cargo tienen que ver con que en la audiencia se expusieron cargos y circunstancias diferentes y ajenas a las contenidas en la citación a la diligencia. Frente a lo anterior, el Despacho debe advertir que tampoco fueron aportados al expediente, con la demanda o en las demás oportunidades probatorias, el acta y el audio de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de manera tal que a partir de éstos elementos se pudiera analizar este argumento de la parte demandante, razón por la cual se desestima.

Finalmente, la UT CCEficiente afirmó que se omitió en la citación el análisis de culpabilidad del presunto infractor. Dado que el documento de la citación, como ya se indicó, no fue aportado, tampoco se cuenta con elementos probatorios suficientes para analizar esta afirmación. En todo caso, se debe advertir que de los

requisitos establecidos en el artículo 86 citado con antelación, no se encuentra el que echa de menos la parte demandante, es decir, el argumento carece de fundamento legal.

Por las razones anteriores, el cargo segundo denominado falsa motivación – incumplimiento de los requisitos en que debía fundarse el acto administrativo, no está llamado a prosperar.

Cargo tercero denominado *ausencia de proporcionalidad*

A partir de afirmar nuevamente la ausencia de tipicidad alegada, a juicio de la parte demandante, es deber de la administración entender que el supuesto retardo en el pago de los salarios por parte del contratista, no puede traducirse automáticamente, en un incumplimiento grave del contrato, que amerite imponer una sanción, y mucho menos, hacer uso de la cláusula penal. Esto es así porque no necesariamente este hecho afecta la ejecución del contrato, pues para que ello ocurra sería necesario que se configuren hechos adicionales de verdadera trascendencia contractual.

En su entender, si a la sanción pecuniaria que impuso la administración se suma la publicación de la misma, y las consecuencias que ésta tiene en futuros procesos contractuales, salta a la vista que lo ocurrido en el proceso sancionatorio no es proporcional ni aceptable a los ojos de una administración pública responsable.

Argumentó que tampoco existe proporcionalidad en el monto de la sanción que se ha impuesto, dado que no tiene soporte ni justificación alguna que el contratista pierda el derecho a recibir la utilidad propia de los contratos bilaterales, que en estos casos no supera jamás el 10% por el simple hecho de que la entidad contratante considere que pagó con unos días de retraso los salarios a los operarios.

En suma, calificó la sanción impuesta a través de los actos demandados, como desproporcionada y arbitraria.

Para la entidad demandada, no hay prueba alguna que permita inferir la gravedad de las consecuencias que trae consigo la publicación del incumplimiento en los registros que determina la ley, en especial, en lo que concierne a la remisión de los actos administrativos a la Cámara de Comercio, de conformidad con el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012. Y no existe prueba de ello, puesto que la sola publicación de dicha información no genera, con certeza, que a los integrantes de la Unión Temporal se les limite la posibilidad de participar en otros procesos de contratación.

En lo que atañe al monto de la cláusula penal, expresó que debe tenerse en consideración que, contrario a lo que insinúa la demandante, el valor de la cláusula penal que finalmente fue impuesta, no corresponde al 10% del valor total de la Orden de Compra.

En relación con el argumento según el cual en este caso no procedía la imposición de la cláusula penal, acotó la entidad demandada que, en contravía con tal parecer, lo cierto es que en el sub judice la imposición de la cláusula penal resultaba no solamente procedente, sino que además imperativa, al tratarse de un incumplimiento parcial pero grave.

Para el Despacho es pertinente recordar que, de tiempo atrás la jurisprudencia ha calificado la actividad contractual del Estado y sus entidades como una función administrativa reglada, es decir, que en su ejercicio, la escogencia de los contratistas, la suscripción de los contratos, su ejecución y liquidación, está informada por las reglas que componen el estatuto general de contratación de la administración pública, las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y el Decreto Ley 019 de 2012 entre otras. Esto quiere decir, que uno de los principios que se deben observar es el de legalidad.

De otro lado, las personas tanto jurídicas como naturales que aspiren a ser contratistas del Estado, que intervienen en las licitaciones, concursos y demás convocatorias públicas, por regla general de la experiencia, es evidente que deben tener conocimiento de las reglas que rigen la contratación a la cual aspiran.

De este modo, tal como se ha demostrado y se reitera, la UT CCEficiente, en el marco del Acuerdo Marco de Precios y la Orden de Compra No. 1598, tenía la obligación de pagar oportunamente los salarios a sus operarios; en este contexto, en el acuerdo suscrito con Colombia Compra Eficiente, en las cláusulas 19 y 20 estaban claras para las partes las consecuencias de eventuales incumplimientos. Para este caso particular, la cláusula 20 estableció en cuanto a la cláusula penal:

“En caso de declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del Proveedor establecidas en el Acuerdo Marco, Colombia Compra Eficiente podrá hacer efectiva la cláusula penal, la cual es del 10% del valor total de las Órdenes de Compra que sirven de sustento a la declaratoria de incumplimiento.”

En el contexto de lo anterior, a contrario sensu de lo que sostiene la parte demandante, y para el caso particular, a juicio del Despacho, **no** es deber de la administración entender que el supuesto retardo en el pago de los salarios por parte del contratista, no se traduzca automáticamente en un incumplimiento grave del contrato, que amerite imponer una sanción, y mucho menos, hacer uso de la cláusula penal.

Sobre este particular es del caso recordar que uno de los deberes de las entidades estatales durante la ejecución de contratos, de los establecidos en el numeral 1° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, tiene que ver con exigir *del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado*, extendiendo tal obligación al garante. De esta forma, no es potestativo de la entidad estatal decidir si requiere o no a su contratista al evidenciar un presunto incumplimiento; expresado de otra manera, si el Sena Regional Valle del Cauca verificó (e incluso, en el plenario hay evidencia en diversos correos electrónicos que de tiempo atrás se venía presentando) que no se venía pagando oportunamente los salarios a los operarios, es decir, dentro de los 10 primeros días de cada mes; tenía la obligación, como así lo hizo, de reportarlo a Colombia Compra Eficiente para que, en aplicación del debido proceso legal y contractual, y luego de verificados los presupuestos necesarios, tomara las medidas del caso, como sucedió en este asunto particular, la declaratoria de incumplimiento y la afectación de la cláusula penal.

De igual forma, dado que la ejecución de la Orden de Compra 1598 para el servicio integral de aseo y cafetería era prestada a través de operarios contratados por la UT CCEficiente, no es de recibo para esta sede judicial el argumento de la parte demandante según el cual, la falta de pago de sus salarios y prestaciones sociales no comporta un incumplimiento y que el mismo, no puede ser calificado como grave; lo anterior, como quiera que, esto puede llevar a una consecuencia obvia, que se afecte directamente la prestación del servicio, porque son precisamente los trabajadores los que ejecutan la labor principal, es decir, desarrollan la gestión del aseo y cafetería en la entidad contratante.

Para la parte demandante, esto no necesariamente afecta la ejecución del contrato, pues para que ello ocurra sería necesario que se configuren hechos adicionales de verdadera trascendencia contractual; hechos que a más de estas afirmaciones, ni sustentó ni demostró a lo largo del proceso, por lo cual, tal como lo exige el artículo 167 del CGP, no se cumple en este caso con la carga de la prueba suficiente para que el Despacho se pronuncie al respecto.

En cuanto a la afirmación según la cual, la sanción impuesta es desproporcionada y arbitraria, en primer lugar es importante tener en cuenta que la afectación de la cláusula penal contenida en la resolución 857 de 2015 ascendió a un valor de \$176.521.611,11 y que, esta decisión inicial fue modificada por Colombia Compra Eficiente al resolver los recursos interpuestos contra este acto administrativo, disminuyendo el valor a \$12.504.790,93, a partir de un ejercicio analítico que a juicio del Despacho, se aviene con las exigencias de proporcionalidad en este tipo de actuaciones.

En segundo lugar, observa el Despacho, que a partir de los elementos aportados al proceso, Colombia Compra Eficiente ajustó el trámite del proceso sancionatorio que adelantó en contra de la UT CCEficiente a la normatividad vigente sobre la materia, en particular a los ya citados artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por los anteriores argumentos, a juicio del Despacho, el cargo tercero denominado ausencia de proporcionalidad, no está llamado a prosperar; las consecuencias del incumplimiento del contratista estaban claramente planteadas en el contrato y la ley.

Cargo cuarto denominado *indebida tasación de la sanción*

Con argumentos similares a los esgrimidos en sustento del cargo anterior, afirmó la UT CCEficiente que en cuanto a la tasación de la pena impuesta al contratista, la resolución parte de la base de que un incumplimiento, cualquiera que sea, da lugar a la aplicación de la cláusula penal; además, que al momento de tasar una sanción la entidad debe siempre considerar las situaciones que pueden atenuar el monto de la misma, entre las cuales se encuentra el hecho que dentro de las obligaciones del contrato hay unas principales y otras subsidiarias, accesorias o de servicio al objeto principal.

Al respecto, Colombia Compra Eficiente reiteró que la cláusula penal fue impuesta atendiendo a criterios de proporcionalidad e incluso, en su momento, al resolver la reposición, fue disminuida por cuenta de la aplicación de estos criterios. Esto, a juicio de la entidad demandada, acarrea que el cargo de la parte actora resulte absurdo pues es como si no hubiese analizado la resolución que resolvió el recurso de reposición.

Expresó finalmente que si la Unión Temporal se comprometió a cumplir con los plazos en el Acuerdo Marco, debió cumplirlos con rigor. El contrato, se sabe desde siempre, es ley para las partes. Luego, la posición de la demanda es desatinada como quiera que avala que el contrato puede ser cumplido en cualquier tiempo por el sujeto obligado sin que esto acarree ningún tipo de consecuencia.

Lo primero que debe advertir el Despacho en el contexto de lo ya expuesto respecto de otros cargos resueltos, es que la obligación de pagar los salarios a los operarios dentro de los 10 primeros días de cada mes, a su juicio, dado que tiene incidencia directa en la ejecución del objeto contractual de la Orden de Compra No. 1598, debe ser considerada una obligación principal.

Frente a la aplicación por parte de Colombia Compra Eficiente del principio de proporcionalidad en la sanción impuesta a la UT CCEficiente, esta agencia judicial

reitera lo ya afirmado anteriormente y sumado a ello, considera que no hay mejor prueba de la aplicación de este precepto superior, que, el hecho de que el valor de la afectación de la pena fue modificado sustancialmente por la entidad demandada, como ya se aludió, pasó de \$176.521.611,11 a \$12.504.790,93, cifra a la cual se llegó precisamente analizando objetivamente diversos factores relacionados directamente con la proporcionalidad que debía considerarse en este caso.

En suma, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, al estar clara la obligación del pago de salarios a sus operarios dentro de los primeros 10 días de cada mes, lo que ha debido observar la UT CCEficiente en aplicación del principio de la buena fe contractual, era un cumplimiento oportuno de dicho deber; si no lo efectuó así, es natural que esto le haya acarreado las consecuencias ya conocidas.

La cláusula penal tal como quedó establecida en el Acuerdo Marco de Precios, no diferenció a qué tipo de incumplimientos se aplicaría, si a la inobservancia de obligaciones principales o secundarias; por el contrario, fue clara en indicar que ante la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del Proveedor, Colombia Compra Eficiente podría hacer efectiva la cláusula penal. Y en ese marco procedió la entidad demandada.

Por los anteriores argumentos, a juicio del Despacho, el cargo cuarto denominado indebida tasación de la sanción, no está llamado a prosperar

Cargo quinto denominado *errado entendimiento de la cláusula penal*

Esgrimió la UT CCEficiente que el presunto pago tardío de los salarios de los operarios podría dar lugar a la imposición de las multas expresamente pactadas por las partes del contrato, pero no a la cláusula penal. Al revisar la cláusula 22.1 del Acuerdo Marco de Precios se puede constatar que no se previó como conducta originadora de multa el retardo en el pago de salarios, ni mucho menos, el pago con posterioridad a los primeros 10 días del mes; así las cosas, si una conducta no fue incluida como causa u origen de una multa, mucho menos puede tenerse como activadora de la cláusula penal, que responde al incumplimiento total del contrato.

En consecuencia, para la parte demandante, no es de recibo la interpretación realizada por Colombia Compra Eficiente y la consecuencia jurídica proyectada en la resolución impugnada, al declarar el incumplimiento e imponer la cláusula penal, pues, no se está ante un incumplimiento total y definitivo del contrato.

Para Colombia Compra Eficiente la obligación de pago de salarios, además de ser vertebral para la correcta ejecución del Acuerdo Marco, se constituye como una

obligación principal dado que no se encuentra subordinada a ninguna otra obligación, de suerte que puede subsistir por sí misma.

En este contexto, advirtió que la multa conminatoria no era procedente como lo pretende hacer ver la demandante, toda vez que en el sub lite está demostrado que el incumplimiento ya estaba cristalizado al momento de iniciar la actuación, por lo cual, no había lugar a compeler o advertir a la Unión Temporal. Ante un incumplimiento materializado, este debía ser declarado y consecuentemente debía condenarse al pago de la cláusula penal, como efectivamente sucedió.

En primer lugar, el Despacho encuentra que la cláusula penal pecuniaria establecida en la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios, no estaba diseñada únicamente para ser aplicada ante un incumplimiento total y definitivo del contrato; para arribar a esta conclusión basta una simple lectura de ésta, para lo cual se vuelve a citar:

“En caso de declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del Proveedor establecidas en el Acuerdo Marco, Colombia Compra Eficiente podrá hacer efectiva la cláusula penal, la cual es del 10% del valor total de las Órdenes de Compra que sirven de sustento a la declaratoria de incumplimiento.”

De este modo, la cláusula penal se podía activar “...en caso de declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del Proveedor”, a partir de lo cual no se diferencia entre cumplimientos defectuosos, tardíos o incumplimientos parciales, totales y definitivos de las obligaciones del contrato. De este modo, observa el Despacho que el errado entendimiento del concepto es, en este caso y por sus argumentos, de la parte demandante, que pretende extraer efectos disímiles de un texto que es absolutamente claro.

Tal como está clara y ampliamente demostrado, entre las partes de la Orden de Compra 1598 de 2015, sí se pactó la obligación del pago de salarios de los operarios dentro de los 10 primeros días de cada mes. En consecuencia, su incumplimiento podría acarrear la afectación de la cláusula penal pecuniaria con todo lo que esta implica. Cláusula que, como se indicó, podía activarse ante la evidencia de incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones.

La parte demandante, al afirmar que *si una conducta no fue incluida como causa u origen de una multa, mucho menos puede tenerse como activadora de la cláusula penal, que responde al incumplimiento total del contrato*, confunde las causales de multa, que están establecidas en la cláusula 19.1, con la posibilidad que tenía la entidad de hacer efectiva la cláusula penal ante un incumplimiento del contratista; para el demandante, pareciera que un incumplimiento debía estar incluido dentro de las causales de multa para que pudiera tener la virtud de activar la cláusula penal; a juicio del Despacho esta interpretación no es admisible; si bien las

cláusulas del contrato deben ser interpretadas en su conjunto y de manera sistemática, esto no puede derivar en que se desvirtúe o tergiversarse el alcance de alguna de ellas.

Por lo anterior, se desestiman los argumentos de la parte demandante orientados a sustentar este cargo quinto; en consecuencia, no está llamado a prosperar.

Cargos adicionales en contra de la Resolución 857 de 2015

a. Ausencia de perjuicio

Afirmó la parte demandante que para que se imponga una sanción por afectar la prestación del servicio, debe demostrarse que este realmente se vio afectado, cosa que no ocurrió. Se trata de una suposición del Sena que aspiraba que el contrato se ejecutara según su ideal y entendimiento. Evidentemente, esto no fue lo previsto en el Acuerdo Marco de Precios y la administración debe también garantizar los derechos de sus contratistas.

Teniendo claro que para el ordenamiento colombiano, la cláusula penal se entiende como una estimación anticipada de perjuicios, su concepto está ligado íntimamente a la ocurrencia de un perjuicio. Así las cosas, para aplicar la cláusula penal debe presentarse un hecho que tenga la capacidad de causar un perjuicio, descartándose que todos los demás hechos sin esta trascendencia puedan originar aplicación de la cláusula penal.

Por su parte, Colombia Compra Eficiente advirtió que la parte actora confunde culpa con perjuicio. En efecto, la Unión Temporal afirma que, como no se demostró el perjuicio, entonces, Colombia Compra Eficiente atribuyó responsabilidad bajo un régimen objetivo desligándose de la necesidad de demostrar culpa o dolo. Vale aclarar, pues, que una cosa es la prueba del perjuicio como afectación o lesión de intereses o derechos, y otra si ese perjuicio proviene de una actuación culposa, por dolo o culpa, o es objetivamente atribuible.

Refiriéndose a cada punto por separado, por ser dos cosas distintas, hay que decir, de una parte, que en relación con el perjuicio éste no debía ser probado por dos razones: la primera, porque la cláusula penal es una estimación anticipada de perjuicios que, por tanto, exime a quien la cobra de demostrarlos. Si se pacta una estimación anticipada de perjuicios no tiene sentido luego tener que probarlos; la segunda razón radica en que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, avala la posibilidad de que la entidad contratante estime los perjuicios derivados del incumplimiento, lo cual, la exime de probarlos. Al respecto, como ya fue advertido, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-499 de 2015 avalando tal prerrogativa.

En lo que respecta a la prueba de la culpa, es claro que en este caso se está ante un régimen de responsabilidad contractual en el que lo relevante es que el incumplimiento del contrato se haya presentado sin que mediara una causa de exoneración.

A juicio del Despacho, es preciso recordar que en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de caducidad del contrato **o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.**

En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el **cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista**, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento.

En este último caso, es decir, cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso.

En este contexto, para el Despacho es errada la lógica aplicada por la parte demandante respecto de la afirmación según la cual, *para que se imponga una sanción por afectar la prestación del servicio, debe demostrarse que este realmente se vio afectado, cosa que no ocurrió*; dado que a ella subyace el hecho que para el extremo activo el perjuicio se debe demostrar, cosa que no ocurre cuando se trata de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, ámbito en el cual, como se ha dicho, por tratarse ésta de un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos.

Afirma también el demandante que, *para aplicar la cláusula penal debe presentarse un hecho que tenga la capacidad de causar un perjuicio, descartándose que todos los demás hechos sin esta trascendencia puedan originar aplicación de la cláusula penal*; no obstante, lo cierto es que para aplicar la cláusula penal, la entidad, previamente debe haber desarrollado el trámite regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para, con aplicación del derecho de contradicción y defensa y las demás garantías propias del debido proceso, declarar el incumplimiento de alguna

obligación a cargo del contratista sin que medie alguna circunstancia que lo exonere.

Por las anteriores razones, el cargo denominado ausencia de perjuicio, no está llamado a prosperar.

b. Indebido entendimiento del proceso sancionatorio

A juicio de la parte demandante, Colombia Compra Eficiente, basada en lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, al habersele demostrado la cesación de la situación de incumplimiento ha debido acceder a la solicitud de archivo del expediente dentro del proceso administrativo sancionatorio.

Al haber cancelado la totalidad del salario, se preguntó: ¿Cuál es la razón para imponer la multa? Y más importante aún, ¿cuál es el sustento para que en lugar de una multa se acuda a la gravosa cláusula penal del contrato?

Al respecto, afirmó la entidad demandada, que es claro que el artículo 86 de la Ley 1474 establece una facultad que puede o no ser utilizada por Colombia Compra Eficiente, relativa a cerrar la actuación cuando haya cesado la situación de incumplimiento. De aceptarse que la Unión Temporal puede exigir como derecho el archivo de la actuación por haberse puesto al día en el pago de salarios, cuando, a decir verdad, el pago inoportuno o tardío es un incumplimiento contractual, significa que el contrato puede ser cumplido como a bien tenga el Proveedor y no como en realidad fue pactado.

Para esta sede judicial, es preciso aclarar que el precepto contenido en el literal d del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece que *“La entidad **podrá** dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”* En primer lugar, no establece una obligación para la entidad de cerrar el procedimiento administrativo sancionatorio cuando evidencia la cesación del incumplimiento. Para ser más claros, la norma indica que **podrá**, no que **deberá**, cerrar la actuación.

De otro lado, la norma citada tendría más aplicación si se tratara, a través del procedimiento, de la aplicación de una multa, cuya naturaleza es conminatoria; en el caso de la cláusula penal, cuyo carácter es eminentemente indemnizatorio, la norma citada debe analizarse precisamente desde la óptica de la obligación cuyo incumplimiento se trate. Para el caso particular, el incumplimiento consistió en el pago tardío de los salarios de los operarios del servicio de aseo y cafetería, no tiene la naturaleza de ser un incumplimiento defectuoso que pudiera subsanarse, en este caso, la tardanza respecto del plazo de los 10 primeros días de cada mes, así

se hubiera pagado en su totalidad, en todo caso, resultaría inoportuna, es decir, por fuera del lapso que las partes pactaron.

Dicho de otra manera, con el pago posterior de los salarios, no podía esperar la UT CCEficiente que por derecho propio, el procedimiento administrativo sancionatorio debía cerrarse, dado que la situación de incumplimiento iba a perdurar, es decir, en todo caso pagó tarde, más allá de los primeros 10 días del mes.

Luego, se pregunta el demandante: ¿cuál es el sustento para que en lugar de una multa se acuda a la gravosa cláusula penal del contrato? Cuando líneas atrás afirmaba que *se puede constatar que no se previó como conducta originadora de multa el retardo en el pago de salarios*.⁴⁶

Para el Despacho, el sustento para activar la cláusula penal del contrato tuvo su lugar en el hecho mismo del incumplimiento por parte de la UT CCEficiente y además, no se aplicó una multa por la misma razón a la que alude el mismo demandante, porque dicha conducta en se previó como originadora de multa dentro del Acuerdo Marco de Precios.

Por lo expuesto, el cargo por indebido entendimiento del procedimiento sancionatorio, no está llamado a prosperar.

c. Errores de forma en la resolución

Argumentó que en el proceso sancionatorio Colombia Compra Eficiente no atendió ni se preocupó por estudiar o verificar los argumentos de defensa del contratista. Al leer la resolución atacada se observa que los argumentos del contratista fueron ignorados.

Otro asunto que manifestó la parte demandante es que el proceso sancionatorio se inició después de que la administración había conocido y verificado el cumplimiento en el pago de los salarios de los operarios; de esta manera, no tenía objeto el proceso administrativo sancionatorio, desconociéndose así el fin de las multas y las sanciones contractuales.

Otra de las fallas de forma a las que aludió el extremo activo tiene que ver con que en el numeral 2.1 se indica que el Secretario General de Colombia Compra Eficiente inició la audiencia exponiendo “*el incumplimiento respecto del AMP146-1-AMP-2014, con ocasión de las circunstancias ocurridas con la Orden de Compra No. 1598 de 2015...*”. Para la parte demandante, se puede deducir que al iniciar la audiencia ya

⁴⁶ Fl.39.

se había decretado el incumplimiento sin atender al derecho de defensa y sin haber apreciado las pruebas o argumentos que podía exponer el contratista.

Colombia Compra Eficiente manifestó que la afirmación según la cual se ignoraron los argumentos de la Unión Temporal, es absolutamente falsa; al respecto indicó cómo fueron respondidos los argumentos de descargo tanto del contratista como de su garante en la Resolución 857 de 2015. De otra parte, en el acto administrativo que resolvió los recursos de reposición, es decir, la Resolución 917 de 2016, Colombia Compra Eficiente se refirió a cada uno de los cargos formulados por la Unión Temporal y el garante; es más, indicó que la entidad accedió a la reducción del monto de la cláusula penal, precisamente, atendiendo a uno de los cargos formulados, de tal forma que ello deja en evidencia que ninguno de los argumentos expuestos fueron “simplemente ignorados” como se manifiesta de manera ligera en la demanda.

En lo que respecta a que Colombia Compra Eficiente inició la actuación después de que el pago de salarios fue efectuado, anotó la entidad que, en primer lugar, está probado que dicho pago fue extemporáneo, pues se llevó a cabo, en lo que hace relación con el mes de septiembre, 10 días después de lo acordado, es decir, el 20 de octubre de 2015. Así pues, resaltó que el cumplimiento tardío de una obligación es, al final de cuentas, un incumplimiento que genera la posibilidad de que la administración declare que este se materializó.

Por último, en relación con el supuesto prejuzgamiento, debe exponerse que el hecho de que en la resolución se señale que el Secretario General expuso “el incumplimiento” no significa, de modo alguno, que ese prejuzgamiento se haya materializado.

Para el Despacho, de la lectura de las resoluciones 857 de 2015 y 917 de 2016 se puede concluir que las razones expuestas por la parte demandante en cuanto a este cargo específico, carecen de fundamento. En el primer acto administrativo se da cuenta de todos los argumentos presentados por la hoy demandante; en el segundo, la entidad demandada se refirió a todos los argumentos esgrimidos en los recursos. A este respecto, no se puede perder de vista que una cosa es que los argumentos expuestos por el contratista en el procedimiento administrativo sancionatorio no se hayan resuelto a su favor y otra cosa es que la entidad haya omitido referirse a ellos; y, en el presente caso, esto último no sucede.

En cuanto al argumento según el cual cuando se inició el procedimiento sancionatorio ya Colombia Compra Eficiente conocía y había verificado el cumplimiento del pago de salarios, advierte el Despacho que no existe prueba dentro del expediente que así lo acredite. En todo caso, en gracia de discusión, si así se encontrara probado, tal circunstancia resultaría irrelevante, dado que el

proceso sancionatorio adelantado en contra de la UT CCEficiente tuvo como resultado la afectación de la cláusula penal pecuniaria, la cual, como ya se estableció anteriormente, tiene un carácter eminentemente indemnizatorio, en cuya aplicación no interfiere el hecho que se tuviera conocimiento que ya el contratista hubiera pagado, si en todo caso, lo hizo con un retardo, es decir, con posterioridad a los 10 primeros días del mes.

Sobre el presunto prejuzgamiento en que incurrió la entidad demandada, para el Despacho, salta a la vista que es un argumento infundado, toda vez que se apega al tenor literal de una parte de uno de los actos administrativos atacados, literalidad que no se aviene con el proceder de Colombia Compra Eficiente al desvirtuar uno a uno los argumentos y cargos esgrimidos en el procedimiento administrativo, lo cual es muestra que lejos de haber prejuzgamiento, desarrolló un proceso sancionatorio apegado a los preceptos legales vigentes y con garantía de los principios que rigen este tipo de actuaciones.

Por las razones expuestas, el cargo por errores de forma en la resolución, no está llamado a prosperar.

d. Extralimitación de funciones

Para la parte demandante, el derecho colombiano es claro al identificar que el deber de sancionar a una empresa por el no pago de salarios corresponde a las entidades del Estado que han recibido constitucional, legal y reglamentariamente esta función. Por tanto, escapa al resorte de las entidades contratantes atribuirse estas funciones, puesto que su función es velar por el cumplimiento correcto del objeto del contrato.

Existe así, una extralimitación de funciones del ente sancionador, porque es claro que la administración no se ve afectada directa o inmediatamente por el presunto pago tardío de salarios por parte de su contratista; el único posible afectado con este hecho es el trabajador. Corresponde entonces a éste, decidir si es necesario y procedente iniciar algún tipo de acción legal contra su empleador, o si, como es el caso, considera que no existió mora en el pago y por lo tanto, no hubo perjuicio alguno.

Ante esto, esgrimió la entidad demandada que el pago oportuno de salarios fue concebido como una obligación contractual prevista en la cláusula 15.8 del Acuerdo Marco. De esta manera, lo cierto es que en este caso se está ante un régimen normativo contractual diferenciado del régimen administrativo sancionatorio o judicial a cargo de otras autoridades, de tal forma que, cada uno de estos órganos es competente para sancionar una misma actuación desde la perspectiva que determina su ámbito de competencia, ante la configuración de

hechos que pueden acarrear consecuencias jurídicas en cada uno de estos escenarios.

Para el Despacho no es de recibo el argumento de la demandante puesto que con éste parece querer sustraerse en el cumplimiento de sus obligaciones, las cuales, voluntariamente asumió al suscribir el Acuerdo Marco de Precios y aceptar la Orden de Compra, por lo que lo obligan y, además, está en el deber de cumplir de buena fe, tal como lo establecen los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, normas que resultan aplicables a este caso, por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Tal como con acierto lo señala la entidad demandada, éste es un escenario de una controversia contractual, y puede ser que la falta o mora en el pago de los salarios de sus operarios hubiera podido trascender a otros ámbitos jurídicos; no obstante, de lo que se trata aquí es de dirimir si los actos administrativos con los cuales se declaró el incumplimiento de una obligación contractual y se afectó la cláusula penal pecuniaria, son legales o si por el contrario, deben ser declarados nulos; por tanto, lo esgrimido por la UT CCEficiente no resulta pertinente frente al objeto de este litigio.

De igual forma, como ya se ha expuesto por esta sede judicial, a las entidades estatales les asiste la obligación legal de ejercer vigilancia, control y supervisión respecto de la ejecución de los contratos que suscriben, para esto basta remitirse al artículo 4° de la Ley 80 de 1993, además a los preceptos contenidos en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, así como a todo el desarrollo jurisprudencial respecto de la capacidad y competencia del Estado en materia sancionatoria contractual; para concluir que en presencia de un incumplimiento de obligaciones pactadas en los contratos, las entidades tienen plena capacidad de ejercer el *ius puniendi* observando, por supuesto, las garantías del debido proceso.

En consecuencia, el cargo denominado extralimitación de funciones no está llamado a prosperar.

e. Incumplimiento por parte de la entidad contratante

Colombia Compra Eficiente debió tener presente que un contratista tiene siempre derecho a recibir el pago por la prestación de sus servicios, obligación que desafortunadamente la entidad contratante no cumplió a cabalidad. Esta demora y retardo injustificado en los pagos, de una u otra manera, afecta el normal desarrollo en la ejecución del contrato. Los contratistas celebran el contrato haciendo un modelo financiero que parte de la buena fe de la administración en la ejecución, y no prevé dilaciones de este tipo en los pagos.

La entidad demandada advirtió que en la Resolución 917 de 2016 la entidad despachó desfavorablemente la configuración de la señalada excepción en razón a que el Proveedor no cumplió de manera adecuada con todos los requisitos para los pagos. Conforme con esto, es claro que si la Unión Temporal no cumplía con los requisitos necesarios para poder efectuar los pagos, la génesis del no pago de la Entidad Compradora es la actuación de la Unión Temporal.

Sobre este particular, estima el Despacho que es preciso recordar a la luz de la jurisprudencia, cuáles son los presupuestos para que proceda la excepción de contrato no cumplido:

“(…)la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.”⁴⁷

Visto lo anterior, advierte el Despacho que con la demanda o en las demás oportunidades probatorias de que trata el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, no se aportaron elementos para poder establecer este presunto incumplimiento por parte de Colombia Compra Eficiente y si el mismo fue de tal entidad o magnitud, que generó la imposibilidad a la UT CCEficiente de cumplir a su vez con su obligación de pagar a tiempo (dentro de los 10 primeros días de cada mes) los salarios a sus operarios.

Por las consideraciones expuestas, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

De esta forma, el problema jurídico planteado se resuelve en el sentido de establecer que i) las Resoluciones Nos. 857 de 9 de noviembre de 2015 y 917 de 4 de febrero de 2016, no adolecen de causal alguna de nulidad que genere su extracción del ordenamiento jurídico, y en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados por la demandante a título de restablecimiento del derecho.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia de 11 de abril de 2012. Radicado. 73001-23-31-000-1997-05591-01(17851).

IV. CONCLUSIÓN

De todo lo anterior se concluye que la pretensión de nulidad de los actos administrativos a través de los que se declaró el incumplimiento y se afectó la cláusula penal pecuniaria, resoluciones 857 de 2015 y 917 de 2016, no tienen vocación de prosperar.

El demandante no satisfizo su deber probatorio al pretender tales nulidades, carga relativa a probar alguno de los cargos contra las resoluciones mencionadas.

Por lo anterior, las pretensiones no están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte decisoria del presente fallo.

V. COSTAS

Sobre la condena en costas la Ley 1437 de 2011 en su artículo 188, consagró un mandato a cargo del Juez de resolver sobre este particular en la sentencia, la norma antes citada impone al Juez que disponga sobre la condena en costas, no obstante, para determinar en concreto la procedencia de dicha condena, se deben acatar las reglas especiales que se extraen del artículo 365 del CGP, norma en que consagra en su numeral 8, que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Se hace frente a lo anterior imperativo concluir que solo procede la condena en costas cuando, del contenido del expediente se evidencie la causación efectiva de gastos y erogaciones para el trámite del proceso, lo que no se ha evidenciado en la presente actuación, dado que el único gasto en que se ha incurrido es en la cancelación de los gastos ordinarios del proceso, carga que corresponde únicamente a la parte actora.

Adicionalmente, este Despacho hace suyo los argumentos de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo Cundinamarca, quien consideró que no procede condenar en costas a la parte vencida ya que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dicha condena no puede relevar la finalidad de los medios de control, que es la realización de los derechos y garantías del ciudadano frente al Estado, en el sentido que, no es suficiente ser vencido en el proceso para derivar condena en costas. Así lo dispuso la aludida Corporación⁴⁸.

“Avizora esta Corporación desacertada la condena del A Quo por costas, como quiera que desconoce que en jurisdicción contencioso administrativa, por preceptiva del artículo 103 del CPACA, los medios de control tienen por finalidad la efectividad de los

⁴⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera Subsección “C”, sentencia del 06 de noviembre de 2019, proceso 059-2016-00219 Magistrada Ponente María Cristina Quintero Facundo.

derechos reconocidos en la Constitución Política, en tamiz de los artículos 2º y 230 Superiores, siendo además insuficiente el ser vencido en el proceso para derivar tal condena, contrastado(sic) que en esta jurisdicción, la condena en costas no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso.

Es así por cuanto en consonancia con el precitado artículo 103 del CPACA, el artículo 188 ibídem, en tópico de la condena en costas emplea la alocución “dispondrá”, que no impone la misma, dado que significa: “mandar lo que se debe hacer”, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, eso solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.”

Conforme con lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en el asunto de la referencia.

En consecuencia, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: NEGAR la totalidad de pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: La presente sentencia se notificará de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos que llegaren a existir a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MAGDA CRISTINA CASTAÑEDA PARRA
Juez