



orBogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Asunto	Proceso ordinario de controversia contractual
Radicación No.	11001-33-43-060-2018-00041-00
Accionantes	Sociedad Meltec Comunicaciones S.A.
Accionado	Sociedad Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP
Sentencia No.	2020-0175RD
Tema	Inexistencia de incumplimiento contractual
Sistema	Oral

Contenido

1. ANTECEDENTES.....	3
2. PARTES.....	3
3. LA DEMANDA.....	3
3.1 HECHOS RELEVANTES.....	3
3.1.1 HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA, SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO Y ACTA DE INICIO.....	3
3.1.2 HECHOS GENERADORES DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE ETB.....	4
3.1.3 HECHOS RELACIONADOS CON LA EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES POR PARTE DE LA ETB.....	9
3.1.4 HECHOS RELACIONADOS CON LA ELABORACIÓN DEL MATERIAL POP- 13.500 LAPICEROS.....	12
3.2 PRETENSIONES.....	13
3.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	16
3.3.1 RÉGIMEN APLICABLE AL CONTRATO 4600015691 DE 2016.....	16
3.3.2 EL CONTRATANTE DEBE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES.....	17
3.3.3 DE LOS DAÑOS MATERIALES EN OBLIGACIONES DINERARIAS.....	17
3.3.4 PRINCIPIO DE CONSENSUALIDAD.....	17
3.3.5 EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO – RETRASO POR CAUSAS ATRIBUIBLES A ETB.....	17
3.3.6 AMPLIACIÓN TÁCITA DEL CRONOGRAMA CON LA SUSCRIPCIÓN DE LAS PRÓRROGAS.....	22
3.3.7 FALTA DE COMPETENCIA DE ETB PARA IMPONER Y COBRAR DE MANERA UNILATERAL MULTAS Y CLÁUSULA PENAL. EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES POR PARTE DE ETB.....	24
3.3.8 AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LOS PRESUNTOS DAÑOS Y/O PERJUICIOS ADUCIDOS POR ETB.....	27
3.3.9 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DE ETB Y CORRELATIVO EMPOBRECIMIENTO SIN CAUSA DE MELTEC.....	28
3.4 NORMAS VIOLADAS.....	29
3.5 CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.....	29
4. LA DEFENSA.....	33
4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	33



4.4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA, SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO Y ACTA DE INICIO.....	33
4.4.2 ACERCA DE LOS HECHOS GENERADORES DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE ETB	33
4.4.3 ACERCA DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON LA EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES POR PARTE DE LA ETB	35
4.4.4 ACERCA DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON LA ELABORACIÓN DEL MATERIAL POP – 13.500 LAPICEROS	36
4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES	36
4.3 RAZONES DE LA DEFENSA	36
4.3.1 SOBRE LA TRASGRESIÓN DE LOS PRINCIPIOS PACTA SUNT SERVANDA Y BUENA FE	36
A. APROBACIÓN DISEÑOS ZONAS WiFi EN LOS TIEMPOS ESTABLECIDOS EN EL CRONOGRAMA	36
B. INCUMPLIMIENTOS.....	38
4.3.2 FALTA DE GESTIÓN DE PERMISOS POR MELTEC COMUNICACIONES.....	40
4.1.3 SOBRE EL RESPETO DE LA FALTA DE AUTONOMÍA DEL CONTRATISTA EN CUANTO A LA SOLICITUD DE PERMISOS.....	41
4.1.4 SOBRE LA SUPUESTA AMPLIACIÓN TÁCITA DEL CRONOGRAMA POR LAS PRÓRROGAS SUSCRITAS	41
4.1.5 SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA PARA COBRAR MULTAS Y CLÁUSULA PENAL	42
4.1.6 SOBRE LA MALA FE PROCESAL EN CUANTO A LA SOLICITUD DE DESCONOCER CLÁUSULAS ACORDADAS Y RECONOCIDAS POR MELTEC COMUNICACIONES S.A. ...	44
5. TRÁMITE	44
6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	45
6.1 PARTE DEMANDANTE	45
6.1.1 CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE MELTEC DENTRO DEL PLAZO CONTRACTUAL	45
6.1.2 INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE ETB	47
6.1.3 EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO – RETRASO POR CAUSAS ATRIBUIBLES A ETB	53
6.1.4 IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR EL COBRO DE MULTAS A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO	55
6.1.5 AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LOS PRESUNTOS DAÑOS Y/O PERJUICIOS ADUCIDOS POR ETB.....	56
6.1.6 SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA DE ETB PARA COBRAR Y APLICAR DIRECTAMENTE MULTAS Y CLÁUSULA PENAL.....	56
6.1.7 SOBRE LA NO PRESENTACIÓN DE EXCEPCIONES POR PARTE DE ETB.....	58
6.2 PARTE DEMANDADA.....	58
7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO	59
8. CONSIDERACIONES	59
8.1 PROBLEMAS JURÍDICOS Y SU SOLUCIÓN.....	59
8.1.1 PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA DE ETB PARA COBRAR Y APLICAR DIRECTAMENTE LAS MUTAS Y CLÁUSULA PENAL	59



8.1.2 SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO 4600015691.....	62
8.1.3 TERCER PROBLEMA JURÍDICO: AMPLIACIÓN TÁCITA DEL CRONOGRAMA DEL CONTRATO	63
8.1.4 CUARTO PROBLEMA JURÍDICO: CONSIGNACIÓN DE SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN.....	77
8.1.5 QUINTO PROBLEMA JURÍDICO: EL PAGO DE MATERIAL DE PROMOCIÓN	78
8.3 COPIAS Y ARCHIVO.....	83
9. DECISIÓN.....	83

1. ANTECEDENTES

Agotadas las etapas del proceso declarativo ordinario pasa a proferirse sentencia dentro del presente proceso.

2. PARTES

Son partes del proceso las siguientes:

A. Demandante	Identificación
1 Sociedad Meltec Comunicaciones S.A.	Nit. 830.079.015-1
B. Demandada	Identificación
1 Sociedad Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP	Nit. 899.999.115-8
C. Ministerio Público	
1 Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá	

3. LA DEMANDA

Los elementos esenciales de la demanda se resumen a continuación

3.1 HECHOS RELEVANTES

Los hechos se resumen de forma cronológica y atendiendo las etapas contractuales.

3.1.1 HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA, SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO Y ACTA DE INICIO

El 28 de julio de 2016 la sociedad ETB envió a MELTEC COMUNICACIONES S.A. los términos de referencia del proceso de selección directa para la contratación del diseño, instalación, operación, servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, así como la promoción de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio de internet a la comunidad a través de redes inalámbricas Wi-Fi. Lo anterior, con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas entre ETB y el Fondo Tecnologías de Información y las Comunicaciones FONTIC.

El 1 de agosto de 2016, la sociedad demandante presentó Oferta al proceso de selección directa convocado por ETB (Anexo 2).



El 3 de agosto de 2016 la demandante presentó documento de subsanación de la Oferta precisando el cronograma de ejecución de las actividades objeto del contrato.

El 24 de agosto de 2016 la ETB emitió documento de Aceptación de Oferta 4600015691, cuyo objeto fue definido de la siguiente forma: "el diseño, instalación, operación, servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, así como la promoción de la infraestructura necesaria para la prestación de servicio a internet a la comunidad, a través de las redes inalámbricas con tecnología WiFi, para el cliente Fondo Tecnologías de Información y las Comunicaciones FONTIC, de conformidad con las estipulaciones contenidas en los términos de referencia, en la oferta, contraoferta, y en el presente documento y en el Manual de Contratación de ETB" (Anexo 4)

De conformidad con el Literal K) del Numeral 1 los Términos de Referencia; en la página 3 de la comunicación de Aceptación de Oferta 4600015691 y en los considerandos de los Acuerdos 1 y 2 al Contrato 4600015691, se pactó el plazo inicial de ejecución hasta el 30 de noviembre de 2016.

El precio del contrato se pactó en \$1.433.209.800 más un IVA de hasta \$229.313.568 discriminados así:

Ítem	Concepto	Valor	Iva
(i)	Suministro de bienes y servicios para la instalación de zonas WiFi	\$1.232.798.982	\$197.247.832
(ii)	Servicios de soporte y mantenimiento	\$98.986.008	\$15.837.761
(iii)	Servicios de Promoción y Apropiación	\$101.424.840	\$16.227.964

La forma de pago se acordó de la siguiente forma:

Ítem	Forma de pago
(i) Suministro de bienes y servicios para la instalación de zonas WiFi	El 100% del precio de los bienes y servicios necesarios para la instalación y configuración de cada una de las zonas WiFi (Anexo Financiero 1) se pagará por cada zona instalada y debidamente funcionado, en pesos colombianos, a los 60 días calendario siguientes a la radicación de la factura comercial en el Equipo de Cuentas por Pagar de ETB, acompañada del Acta de Recibo por cada zona instalada y en funcionamiento a entera satisfacción suscrita por el supervisor del contrato y el contratista, previa aprobación del cliente de ETB
(ii) Servicios de soporte y mantenimiento	El 100% del precio mensual de los servicios de soporte y mantenimiento se pagará, mediante mensualidades fijas vencidas por cada zona WiFi, a los 60 días calendario siguientes a la radicación en el Equipo de Cuentas por Pagar de ETB, de la factura comercial acompañada del acta de recibo a satisfacción de los respectivos servicios, la cual debe estar suscrita por el supervisor del contrato y el contratista, previa aprobación del cliente de ETB
(iii) Servicios de promoción y apropiación	El 100% del precio de los servicios de promoción y apropiación de cada zona WiFi se pagará mediante mensualidades fijas vencidas en pesos colombianos, a los 60 días calendario siguientes a la radicación, en el Equipo de Cuentas por Pagar de ETB, de la factura comercial, acompañada del Acta de Recibo de los respectivos servicios a entera satisfacción suscrita por el supervisor del contrato y el contratista, previa aprobación del cliente de ETB

El 2 de septiembre de 2016 se firmó el acta de inicio.

3.1.2 HECHOS GENERADORES DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE ETB

Desde la suscripción del contrato, el contratista emprendió a cabalidad la ejecución de las actividades previstas según el cronograma presentado en el documento de Subsanción de Oferta:



No.	Actividad	Duración	Predecesoras
1	Firma del contrato	1D	
2	Orden de Inicio	1D	1
3	Diseño de las Zonas WiFi	10D	2
5	Aprobación del Diseño	2D	3
4	Gestión de permisos	19D	5
6	Instalación, configuración y puesta en funcionamiento de las Zonas WiFi	19D	5+2
7	Documentación	5D	6
8	Servicio de Promoción y Apropiación	5D	6
9	Servicio de Operación y Mantenimiento	60D	6

El 12 de octubre de 2016 (Anexo 6), el contratista reiteró a ETB el cronograma contractual junto con las fechas de ejecución inicialmente previstas de la siguiente forma:

	Nombre	Duración	Inicio	Terminado	Predecesores
1	Proyecto Zonas WiFi – ETB	129 días	2016/08/24 08:00	2016/12/30 17:00	
2	Firma del contrato	1 día	2016/08/24 08:00	2016/08/24 17:00	
3	Acta de inicio	1 día	2016/08/02 08:00	2016/09/02 17:00	2
4	Diseño de las Zonas WiFi	10 días	2016/09/03 15:00	2016/09/17 15:00	3
5	Aprobación de diseño	2 días	2016/09/14 08:00	2016/09/14 17:00	4
6	Gestión de permisos	19 días	2016/09/17 08:00	2016/10/04 17:00	5
7	Instalación, configuración y puesta en funcionamiento de las zonas WiFi	19 días	2016/10/12 08:00	2016/10/30 17:00	5FS+2 días
8	Documentación	5 días	2016/10/31 08:00	2016/11/04 17:00	7
9	Servicio de promoción y apropiación	60 días	2016/10/31 08:00	2016/12/29 17:00	7
10	Servicio de operación y mantenimiento	60 días	2016/10/31 08:00	2016/12/29 17:00	7
11	Fin del proyecto	1 día	2016/12/30 08:00	2016/12/30 17:00	10

Nótese que el cronograma presenta las actividades a ejecutar por parte de MELTEC debidamente numeradas y en orden ascendente, actividades que seguían una secuencia lógica e interdependiente para su ejecución, es decir que la actividad 3 solo podía adelantarse cuando se completara totalmente la actividad 2 y así sucesivamente.

Así, para poder ejecutar la Actividad 7 – Instalación, Configuración y puesta en Funcionamiento de las Zonas WiFi, debían haberse cumplido totalmente, en orden secuencial y en las fechas previstas en el cronograma las siguientes actividades:



La demandada aprobó los diseños el 20 de septiembre de 2016 como se evidencia en el Acta de Reunión No. 1 del 24 de octubre de 2016 (Anexo 7), lo cual según el cronograma debía producirse del 14 al 15 de septiembre, siendo claro que la ETB incumplió el plazo



establecido en dicho cronograma para la aprobación de los diseños, por cuanto realizó dicha aprobación 5 días después de lo pactado contractualmente.

Además, en la comunicación del 12 de octubre de 2016 (Anexo 6), el contratista informó a ETB que el 5 de octubre de 2016 la supervisión había modificado los formatos de solicitud de permisos (numeral 6 en el orden de actividades a ejecutar), por lo cual procedería a solicitar nuevamente tales permisos y, adicionalmente, puso de presente a ETB y a la supervisión los inconvenientes que se estaban presentando en las actividades de gestión de permisos ante las entidades territoriales así:

"4. GESTIÓN DE PERMISOS.

*MELTEC inició con la gestión de los permisos iniciales a entes territoriales desde la última semana de Agosto, el **comunicado de interventoría donde solicitan nuevos permisos fue socializado por ETB el 5 de Octubre de 2016, a partir de esa fecha iniciamos nuevamente esta solicitud. Es de anotar que las respuestas a estos permisos y tiempos de respuesta constituyen para Meltec un motivo de fuerza mayor ya que estos entes territoriales se abstienen de emitir estos permisos en algunos casos y en otros los han expresado de manera verbal. Sin embargo Meltec inició las implementaciones demostrando su compromiso con el proyecto. (...)**"*
(Subrayado y negrita del demandante)

En el cronograma inicial, la Gestión de Permisos, que corresponde a la actividad 6, tiene una duración de 19 días comprendidos entre el 16 de septiembre y el 4 de octubre de 2016, por lo que MELTEC, con suficiente antelación, realizó la solicitud de permisos (Anexo 8), a pesar de lo cual, no fue sino hasta el 5 de octubre -un día después del vencimiento del término previsto para esta actividad en el cronograma- que la supervisora del contrato mediante correo electrónico (Anexo 9) presentó a MELTEC la primera versión de los formatos "aprobados" por la supervisión para que el contratista solicitara "nuevamente los permisos" ante los entes territoriales.

En el Acta No. 1 del 31 de octubre de 2016, se deja constancia de que el contenido del formato de solicitud de permisos no se encontraba definido en los términos de referencia del proceso y tan solo fue en una fecha posterior (en el Acta se indica que fue el 23 de noviembre de 2016) que la interventoría y ETB informaron al contratista los requisitos mínimos que debía contener cada formato, lo cual implicaba una modificación de las condiciones inicialmente pactadas por las partes.

El formato de permiso, "aprobado por la interventoría", tuvo diversas modificaciones y nuevos requerimientos de contenido por parte de ETB (Anexo 11), modificaciones que no se contemplaban en los términos de referencia del proceso de selección. Es claro entonces que la versión final de los formatos de permisos fue enviada por la supervisora de ETB a MELTEC mediante correo electrónico del 31 de octubre de 2016.

La ETB a través de la supervisora impartió instrucciones escritas a MELTEC sobre los formatos que debía usar para el cumplimiento de la obligación de gestión de permisos. Formatos que -pese a lo expresado por ETB- eran de obligatorio cumplimiento para el contratista, de forma que como se dijo en Acta No. 1 del 31 de octubre de 2016 (Anexo), los permisos presentados en otro formato no serían aprobados ni por la supervisión ni por la interventoría (Anexos 9, 10, 11 y 12), lo cual no era un procedimiento definido en los términos de referencia ni estaba pactado en el contrato.

Desde el inicio de la solicitud de los permisos, MELTEC informó a la supervisión acerca de los inconvenientes que se presentaban con algunos entes territoriales que no reconocían a



MELTEC como entidad competente para realizar el trámite de solicitud y gestión de permisos, por lo que el contratista oportunamente solicitó apoyo a ETB para el trámite de la solicitud y consecución de permisos, a lo cual la ETB respondió que *"estudiará la posibilidad de realizar gestiones en coordinación con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y con el fabricante Huawei, para apoyar la gestión tendiente a la expedición de los permisos (...)"*

Como lo manifiesta ETB en comunicación del 28 de abril de 2017 (Anexo 14), desde los primeros días de noviembre de 2016, la ETB asignó a ÁNGELA MARÍA BALLÉN para brindar apoyo a MELTEC en la consecución de los permisos, a pesar de lo cual, no fue posible obtener algunos de ellos antes del 20 de diciembre de 2016, lo cual demuestra la dificultad de la consecución de los mismos, no solo para el contratista sino para la propia ETB, por lo cual las partes de común acuerdo convinieron el 30 de noviembre de 2016 la primera prórroga del Contrato 4600015691 (Anexo 15).

El análisis del cronograma del contrato, los cambios requeridos por ETB, la supervisión y la interventoría a los requisitos de contenido de los permisos, quedando en firme el formato final el 31 de octubre de 2016, es claro que el término inicial de la etapa de solicitud de permisos por parte del contratista debe contarse a partir del 1 de noviembre de 2016, fecha a partir de la cual el contratista contaría nuevamente con el término de 19 días para realizar la solicitud de permisos ante las respectivas entidades territoriales. Lo anterior, por cuanto ETB no podía exigir el cumplimiento de una actividad a la que solicitó permanentes modificaciones.

El contratista, mediante comunicación del 29 de noviembre de 2016 (Anexo 16), solicita una nueva prórroga del contrato hasta el 15 de diciembre *"con el fin de completar los requerimientos de las entregas de tipo técnico y documental, teniendo en cuenta los incidentes y dificultades externas presentadas para las implementaciones en las diferentes localidades, referentes a autorizaciones y gestión de empresas de servicios públicos y entes territoriales"*; presentando adicionalmente el estado de implementación y entrega técnica a la interventoría, el estado de las autorizaciones, relación de puntos por instalar y proponiendo un nuevo cronograma de trabajo para las actividades pendientes de entrega.

Ello demuestra que la Supervisión de ETB:

- i) Tenía conocimiento de los cambios de condiciones para el cumplimiento del cronograma, producto de la inclusión de formatos de permisos el 31 de octubre de 2016.
- ii) Estaba al tanto de las dificultades de MELTEC para ser reconocida por los entes territoriales para el trámite de solicitud de permisos.
- iii) Tenía como finalidad el "Propender porque no se generen conflictos entre las partes y adoptar medidas tendientes a solucionar eventuales controversias" (Anexo 17)
- iv) Contaba con la comunicación del 29 de noviembre de 2016, mediante la cual MELTEC solicita la prórroga del contrato y la modificación del cronograma de entrega de actividades (Anexo 16)

Lo anterior sirvió como fundamento para la aprobación de la prórroga del contrato, sin realizar manifestación expresa y formal en el documento contentivo de la misma, sobre la supuesta existencia de un presunto incumplimiento del CONTRATISTA, seguramente, porque tal afirmación, sería un contrasentido en virtud de todas las vicisitudes ocurridas con los permisos, lo cual es ajeno al contratista.

El 30 de noviembre de 2016 se suscribió el Acuerdo No. 1 al Contrato 4600015691 pactando la prórroga del contrato por 9 días calendario a partir del 1 de diciembre de 2016. En este



documento no se hizo mención de que la prórroga se suscribiera sin perjuicio de la causación de multas por presuntos incumplimientos parciales del contrato. ETB únicamente indicó que la prórroga se otorgaba "sin perjuicio de las eventuales sanciones que se puedan generar para resarcir los posibles daños ocasionados a la ETB por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones" (Anexo 15)

El 9 de diciembre de 2016, el contratista, mediante Acta No 4 solicita la prórroga del contrato hasta el 26 de diciembre de 2016, con el fin de entregar el 100% de las zonas en correcto funcionamiento y con el lleno de todos los requisitos exigidos por ETB.

En esa fecha se suscribe el Acuerdo No. 2 al Contrato 4600015691 (Anexo 19), mediante el cual, se pactó la prórroga del plazo de ejecución a partir del 10 de diciembre de 2016 y hasta el 20 de diciembre del mismo año. En este documento las partes no hicieron mención de que la prórroga se otorgaba "sin perjuicio de las eventuales sanciones que se puedan generar para resarcir los posibles daños ocasionados a la ETB por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones."

En la Cláusula Segunda del Acuerdo No. 2 al Contrato 4600015691 las partes convinieron modificar la forma de pago de la siguiente forma:

"SEGUNDA: SUMINISTRO DE BIENES Y SERVICIOS PARA LA INSTALACIÓN DE ZONAS WIFI: (I) BIENES: ETB pagará el valor de los bienes de cada una de las soluciones (Zonas WIFI), de la forma descrita a continuación: **a)** El 10% del precio de los bienes de cada una de las zonas WiFi que conforman la solución, descritos en el anexo financiero N° 1 A que se incorpora mediante el presente acuerdo, denominado "relación de precios unitarios para el suministro de bienes y servicios de instalación para las zonas WiFi, IVA incluido", que se pagará a los sesenta (60) días calendario siguientes a la entrega de la factura comercial que respalda el 100% del valor de los bienes recibidos por ETB, y de la radicación del aviso de cobro, discriminando el porcentaje y valor a pagar en el Equipo de Cuentas por Pagar de ETB, acompañado del acta de recibo de los bienes instalados y debidamente aprobados por el supervisor del contrato, la cual debe estar suscrita por el supervisor del contrato y el contratista. **PARÁGRAFO PRIMERO:** La entrega de la factura comercial que respalda el 100% del precio de los bienes, debido a que conforme a lo pactado el 90% del precio restante se pagará en el segundo evento de pago que se relaciona más adelante. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** Para la suscripción del acta, es requisito que el contratista entregue al supervisor del contrato las fotocopias de las declaraciones de importación en donde conste que los bienes ingresaron legalmente al país, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 3 y 87 del Decreto 2685 de 1999, y la garantía de fabricante por 1 año. **b)** **El 90% restante del precio de los bienes de cada una de las zonas WiFi que conforma la solución, a los sesenta (60) días calendario siguientes a la radicación del aviso de cobro, en el Equipo de Cuentas por Pagar de ETB, acompañado del acta de recibo a satisfacción en donde conste el correcto y estable funcionamiento de la solución y la verificación de todas las obligaciones pactadas por las partes en el contrato y en los términos de referencia. El acta debe estar suscrita por el supervisor del contrato y por el Contratista.** **(II)** **El precio de los servicios con excepción de los servicios de operación, y de apropiación y promoción, se pagará a los sesenta (60) días calendario siguientes a la radicación, de la factura comercial en el Equipo de Cuentas por Pagar de ETB acompañada del Acta de recibo a satisfacción en donde conste el correcto y estable funcionamiento de la solución y la verificación de todas las obligaciones pactadas por las partes en el contrato y en los términos de referencia. Dicha acta debe estar suscrita**



por el supervisor del contrato, el contratista previo el recibo a satisfacción del cliente FONTIC. (Subrayado y negritas del demandante)

Durante el plazo de ejecución del contrato, el contratista fue entregando a ETB los bienes y servicios requeridos en el objeto contractual, por lo cual al finalizar el plazo contractual los equipos se encontraban correctamente instalados y en operación.

Todas las 44 zonas con sus permisos fueron entregadas a satisfacción a ETB y ésta a su vez las entregó al FONTIC el 20 de diciembre de 2016 a entera satisfacción como lo expresa el Acta entregada por FONTIC a ETB (Anexo 21)

3.1.3 HECHOS RELACIONADOS CON LA EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES POR PARTE DE LA ETB

El 20 de diciembre de 2016, fecha de finalización del plazo contractual, mediante comunicación sin número (Anexo 22), ETB informó a MELTEC que procedería a aplicar la multa por retardo en el cumplimiento de la implementación de las 44 zonas WiFi, cuya tasación se efectuaría desde la fecha pactada para la entrega (según la ETB el 30 de octubre de 2016), hasta la fecha real de entrega de cada una de las zonas (según la ETB el 20 de diciembre de 2016).

En dicha comunicación la ETB informó a MELTEC que se había configurado un incumplimiento del contrato debido a que ETB supuestamente tuvo que "conseguir los permisos con el lleno de los requisitos; realizar directamente actividades de instalación e implementación de algunas zonas; asumir el pago de los servicios de conectividad prestados por terceros; asumir el pago de pasajes y viáticos del personal dispuesto por ETB para la gestión y consecución de los permisos en las diferentes zonas; y asumir el costo de pasajes y viáticos derivados de las visitas programadas por la Interventoría" (Anexo 22), contra este acto la ETB no concedió recurso alguno.

El 30 de diciembre de 2016 el contratista da respuesta a la comunicación del 20 de diciembre de 2016, presentando su oposición total a los argumentos planteados por ETB y solicitando el pago de los saldos de bienes y servicios correspondientes al contrato por cuanto no había lugar a la aplicación de la Cláusula Penal y/o Multas en la medida en que MELTEC actuó con prontitud y diligencia en la ejecución del contrato y sin causar perjuicio a ETB.

El 10 de febrero de 2017, la ETB denegó lo solicitado mediante la comunicación 22017007010.

Igualmente, la ETB informó que los valores de la multa y cláusula penal ascendían a \$133.826.713 y \$286.641.960 respectivamente. Contra este acto tampoco procedió recurso. Con esta comunicación se anexaron las facturas 15109 y 15110 por medio de las cuales se realizó el cobro unilateral e injustificado de Multas y Cláusula Penal del Contrato 4600015691 a Meltec.

Finalmente, para el pago de los bienes y de los servicios pendientes de facturar por parte de MELTEC, equivalentes a \$1.151.749.070 antes de IVA, ETB adjuntó el Acta No. 2 de Bienes y Acta No. 1 de servicios suscritas por la supervisora para la firma del contratista.

En abuso de su posición dominante, la ETB incluye la declaración unilateral de incumplimiento del Contrato 4600015691 y el descuento unilateral de las sumas tasadas por ETB como sanción (multa y cláusula penal) equivalentes a \$420.468.673.

En el Acuerdo No. 2, las partes modificaron la forma de pago, pactando que para el pago por parte de ETB del 90% de los bienes y del 100% de los servicios prestados por el



contratista con ocasión del Contrato, MELTEC debía presentar junto con las facturas de los bienes y servicios, las correspondientes Actas de Recibo de los Bienes y Servicios suscritas por el supervisor del contrato y por el contratista.

Es claro entonces que las Actas No. 1 de Servicios y No. 2 de Bienes hacen parte de la documentación necesaria para la radicación de las facturas por parte de MELTEC a ETB, pues de lo contrario serían rechazadas. En el momento en que ETB incluyó en el texto de las actas la declaración unilateral de incumplimiento, multas y cláusula penal, condicionó a MELTEC a aceptar dichos términos, aunque no estuviera de acuerdo, para facturar. O, sí MELTEC decidía no firmar las mencionadas actas, tampoco podría facturar los bienes y servicios prestados y por ende de los saldos que no se encontraban en disputa.

En consecuencia, si MELTEC no aceptaba los descuentos realizados por concepto de sanciones, tampoco podía solicitar el pago de los bienes ya facturados a ETB, ni facturar las sumas pendientes por los servicios prestados a esa misma entidad.

El 16 de febrero de 2017 MELTEC rechazó y devolvió las facturas 15109 y 15110 presentadas por ETB.

En respuesta a la comunicación 22017007010 de ETB, el 20 de febrero de 2017 el contratista a través de su apoderada radicó el documento CD&A-2017-077 presentando los fundamentos de orden fáctico, jurídico y técnico de su desacuerdo con los presupuestos planteados por ETB en la comunicación del 10 de febrero de 2017 junto con sus respectivos soportes y solicitó una reunión para clarificar los temas objeto de duda y lograr la liquidación bilateral del contrato.

El 20 de marzo de 2017 las partes suscribieron el Acuerdo No. 3 mediante el cual prorrogaron por 3 meses la etapa de liquidación hasta el 20 de junio de 2017.

En reunión del 24 de marzo de 2017, las partes expusieron los temas objeto de diferencia y acordaron realizar las verificaciones de orden técnico tendientes a determinar de forma conjunta el cumplimiento del objeto contractual.

A la reunión asistieron la supervisora del contrato, la coordinadora jurídica de la ETB, la profesional del Grupo de Contratos, el Vicepresidente de Infraestructura, el profesional de Integración de Grandes Clientes y el Líder de Proyectos Sector Gobierno, y por parte de MELTEC el presidente, la gerente, el Director de Proyectos y el Director Soluciones TIC, así como sus dos apoderados.

El 29 de abril de 2017 los delegados de orden técnico por parte de MELTEC y de ETB se reunieron para verificar la entrega de los requerimientos técnicos del contrato y concluyeron que a 20 de diciembre de 2016 se habían entregado todos los requerimientos de orden técnico a satisfacción de ETB y del interventor del contrato por parte de MINTIC.

A pesar de lo anterior, en comunicación 220170020891 del 28 de abril de 2017, la ETB responde la comunicación CD&A-2017-077 del 20 de febrero de 2017, ratificando las sanciones impuestas en comunicación 22017007010 e invitando al contratista a suscribir el acta de liquidación en la que el contratista debía aceptar el incumplimiento impuesto unilateralmente por ETB y los descuentos correspondientes a la multa y a la sanción, de forma que ETB solamente realizaría el pago de los valores pendientes de cancelar a MELTEC por los bienes entregados y los servicios efectivamente prestados a la fecha contra el Acto Administrativo Contractual proferido por ETB. Nuevamente, no se concedió algún recurso.

El 9 de mayo de 2017, MELTEC recibe comunicación JC-17-0698 suscrita por el gerente de la firma JC Lurduy Asociados S.A.S., por medio de la cual informaba que MAPFRE SEGUROS



GENERALES DE COLOMBIA S.A., había designado a dicha firma como ajustadora externa para atender la solicitud presentada por la ETB como consecuencia del presunto incumplimiento por parte de MELTEC de las obligaciones adquiridas para el desarrollo del Contrato 4600015691.

El 23 de mayo de 2017, MELTEC mediante documento CD&A-2017-169 y correo electrónico de la misma fecha da respuesta a la comunicación atrás mencionada manifestando su objeción a la reclamación de ETB ante el presunto incumplimiento del Contrato 4600015691 alegado y a la imposición y tasación unilateral de sanciones efectuadas por la ETB.

El 7 de junio de 2017, MELTEC radica ante ETB la comunicación CD&A-2017-182 solicitando:

- i) La reconsideración por parte de ETB de la decisión tomada en comunicación 220170020891 del 28 de abril de 2017, exponiendo sus argumentos respecto de la declaratoria de incumplimiento y a la aplicación de las sanciones (multas y cláusula penal) realizadas en forma unilateral por ETB y subsidiariamente;
- ii) La liquidación bilateral del contrato con salvedades.

El 15 de junio de 2017, las partes sostuvieron una reunión en la que ETB señaló que había reconsiderado su decisión en cuanto a la aplicación de multas y cláusula penal a MELTEC, anunciando que el Comité de Conciliación de la Entidad revisaría los planteamientos hechos por el contratista en la comunicación CD&A-2017-182.

El 16 de junio de 2017, de conformidad con lo tratado en la reunión, las partes suscribieron el Acuerdo No. 4 prorrogando el plazo de liquidación hasta el 19 de julio de 2017.

En reunión del 18 de julio de 2017 la ETB informa que el Comité de Conciliación de la Entidad había decidido recalcular el valor del supuesto retardo o mora de la implementación de las zonas WiFi, por lo cual el nuevo valor de la multa ascendía a \$71.506.342. Igualmente manifestó que el Comité de Conciliación había decidido recalcular el valor de la Cláusula Penal Pecuniaria de forma proporcional al supuesto incumplimiento, por lo cual ETB fijó como nuevo valor de la Cláusula Penal la suma de \$164.268.439.

El 19 de julio de 2017 las partes suscribieron el Acuerdo No. 5 prorrogando el plazo de liquidación del contrato hasta el 11 de agosto de 2017.

El 2 de agosto de 2017 la supervisora del contrato remitió para verificación de MELTEC los borradores del Acta de Bienes No. 2, del Acta de Servicios No.1 y del Acta de Liquidación del Contrato.

El 8 de agosto de 2017, el contratista envía las actas revisadas con los comentarios generados para ser incluidos en cada documento junto con el anexo en el que se mencionaban *in extenso* las salvedades planteadas por MELTEC respecto del Acta de Liquidación del Contrato.

El 9 de agosto de 2017 la supervisora se pronuncia indicando lo siguiente "Adjunto las actas aceptando algunos de los cambios solicitados. ETB no está de acuerdo en incluir el anexo 1 de salvedades debido a que en el acta se vinculan las comunicaciones." (Subrayado del demandante)

El 9 de agosto los representantes de MELTEC sostuvieron una videoconferencia con la supervisora del contrato, reiterando el contratista la necesidad de incluir las salvedades en el acta de liquidación, agregando que si bien ETB no permitiría incluir el Anexo 1 de salvedades del contratista como adjunto al acta de liquidación, MELTEC requería que dentro del acta de liquidación se incluyera un numeral con un resumen de las salvedades



expresadas por el contratista, salvedades que MELTEC incluyó en el Acta de Liquidación y envió a la supervisión en la misma fecha.

El 10 de agosto de 2017 la supervisora del contrato remite para revisión de MELTEC el Acta de Servicios No. 2.

El 11 de agosto de 2017, el contratista radica la comunicación MC-E0032-17 que contenía las salvedades *in extenso* del Acta de Liquidación programada para ser suscrita en esa misma fecha, en la medida que el texto inicialmente propuesto como Anexo 1 al Acta de Liquidación no fue aceptado por ETB.

El 11 de agosto de 2017 en horas de la tarde, el representante legal de MELTEC y la supervisora del contrato suscribieron el Acta de Bienes No. 2 (Anexo 40), el Acta de Servicios No. 1 (Anexo 41) y el Acta de Servicios No. 2 (Anexo 42), en las cuales se incluyó la salvedad del contratista respecto de los descuentos realizados por ETB por concepto de sanciones, salvedades que MELTEC indicó se detallarían en el Acta de Liquidación Bilateral a suscribir.

Con la suscripción del Acta de Bienes No. 2, el Acta de Servicios No. 1 y el Acta de Servicios No. 2, el contratista finalmente, después de casi 8 meses de haber entregado los bienes y servicios contratados, pudo facturar la suma de \$1.193.193.970 sin incluir IVA y proceder a hacer el cobro de las sumas que no eran objeto de disputa y que habían sido retenidas por ETB desde el 20 de diciembre de 2016, monto que representaba aproximadamente un 59% del valor total del suministro de bienes y servicios para la instalación de las zonas WiFi equivalente a \$964.143.309 como consta en la certificación emitida por ETB el 24 de octubre de 2017 (Anexo 53).

No obstante lo anterior y pese a las reiteradas comunicaciones radicadas por MELTEC ante ETB, la supervisora del contrato presenta el Acta de Liquidación firmada por el facultado por ETB, en la cual se suprimía la parte fundamental de las salvedades expresadas por el Contratista, sin las cuales, según lo expresado por la jurisprudencia, MELTEC no cumpliría con los requisitos exigidos por el Consejo de Estado para presentar ante el Juez de lo Contencioso Administrativo sus inconformidades en la liquidación del contrato.

Ante lo anterior y pese a haber solicitado a la supervisora del contrato reconsiderar la inclusión de las salvedades completas del Contratista, la ETB se pronuncia de forma negativa, por lo que el 25 de agosto de 2017 el contratista radicó el documento MC-E0033-17 (Anexo 44), comunicando que "(...) 29. desafortunadamente no es posible para MELTEC suscribir el Acta de Liquidación remitida por ustedes. Lo anterior, en vista de que la ETB no incorporó en el Acta de Liquidación el texto completo de las salvedades vehementemente solicitadas por MELTEC, coartando así el derecho de MELTEC a incluir dentro del texto del Acta sus salvedades con los fundamentos de hecho y derecho que las sustentan para los efectos judiciales a que haya lugar."

El 28 de agosto de 2017 la ETB pagó al contratista las facturas 34784 y 34785 radicadas el 11 de agosto de 2017 y la cuenta de cobro por el 90% del valor de los bienes entregados desde el 20 de diciembre de 2016, descontando del saldo a favor de MELTEC la suma de \$235.774.781 por concepto del supuesto incumplimiento, multas y cláusula penal impuestos, declarados y descontados unilateralmente por ETB, sin la anuencia del contratista.

El monto de las deducciones aplicadas al contratista sobre los pagos realizados fue certificado por ETB mediante comunicación del 24 de octubre de 2017 (Anexo 53)

3.1.4 HECHOS RELACIONADOS CON LA ELABORACIÓN DEL MATERIAL POP- 13.500 LAPICEROS



Según el cronograma inicial del proyecto, las Actividades de Promoción y Apropiación comenzaban en octubre de 2016, y en diversas reuniones ETB solicitó a MELTEC estar preparada para la ejecución de tal etapa. El contratista, en cumplimiento del objeto contractual, emitió la Orden de Compra 2162214 a la firma 360 Agencia S.A.S. para la elaboración de:

- i) 7400 Esferos promocionales bayona color morado. Impresión tinta blanca
- ii) 6100 Esferos promocionales dely stylus2. Impresión tinta blanca

Por un valor total de \$21.065.600 IVA incluido (Anexo 45)

El 21 de octubre la firma 360 Agencia S.A.S. hizo entrega de los productos y radicó la Factura de Venta P 010 de la misma fecha por valor de \$21.065.600, valor que efectivamente fue cancelado por MELTEC como consta en los reportes de transferencias "Detalle del archivo número 19333063 y 19710248" (Anexo 47)

Estos productos fueron presentados a ETB para su recibo, obteniéndose respuesta negativa por parte de la supervisora del contrato quien indicó que la entidad no recibiría el material ni realizaría el pago por cuanto la ETB no había autorizado por escrito a MELTEC para realizar tal actividad.

3.2 PRETENSIONES

Las pretensiones han sido planteadas de la siguiente forma:

"Las pretensiones de la demanda corresponden al concepto legal de reparación integral. En tal virtud de lo anterior, lo que se pretenda a través de la presente demanda, deberá leerse a la luz del concepto de reparación integral en concordancia con lo estipulado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que textualmente cita:

"Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."

2.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS.

PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que MELTEC COMUNICACIONES S.A.S. cumplió con el objeto, alcance y obligaciones del Contrato No. 4600015691, suscrito con EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB-, cuyo objeto consistió en "el diseño, instalación, operación, servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, así como la promoción de la infraestructura necesaria para la prestación de servicio a internet a la comunidad, a través de las redes inalámbricas con tecnología WiFi, para el cliente Fondo Tecnologías de Información y las Comunicaciones FONTIC, de conformidad con las estipulaciones contenidas en los términos de referencia, en la oferta, contraoferta, y en el presente documento y en el Manual de Contratación de ETB".

SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB- incumplió gravemente el Contrato No. 4600015691, al: i) No coordinar interinstitucionalmente con los entes territoriales respectivos, de manera eficiente y previa al inicio del contrato, los términos y condiciones de ejecución del proyecto; ii) No presentar en debida forma al ejecutor del Contrato MELTEC y acordar con los entes territoriales los requisitos mínimos necesarios para



la solicitud de permisos para la instalación las zonas wifi o proveer desde un principio el formato que se debía usar para la gestión de los mismos; iii) No aprobar los diseños de las zonas WIFI en los tiempos estipulados en el cronograma contractual; iv) No respetar la autonomía del CONTRATISTA en cuanto al formato de solicitud de permisos, pues al modificar innumerable veces los requerimientos de los permisos, hizo más gravosa la gestión de solicitud de los mismos para MELTEC; v) Negarse a recibir y pagar los 13.500 lapiceros suministrados por el CONTRATISTA; vi) No pagar oportunamente los bienes entregados y los servicios prestados por la DEMANDANTE; y v) Al no disponer la liquidación bilateral final definitiva del Contrato No. 4600015691, para efectos del correspondiente ajuste de cuentas con MELTEC, pues habiendo podido hacerla no la hizo, o por cualquier otro hecho, conducta u omisión que resulte probado dentro del presente proceso.

TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que el anterior incumplimiento causó perjuicios de todo orden a MELTEC COMUNICACIONES S.A., los cuales deben ser reparados en su totalidad y los cuales se estiman en las pretensiones de condena.

CUARTA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad de los Actos Administrativos Contractuales emitidos por ETB en fechas 20 de diciembre de 2016, 10 de febrero de 2017, 28 de abril de 2017 y 11 de agosto de 2017 (Actas de Bienes No. 2 y de Servicios No. 1) mediante los cuales la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB- declaró unilateralmente el incumplimiento del Contrato No. 4600015691 a MELTEC COMUNICACIONES S.A., confirmó e hizo efectiva dicha decisión respectivamente, en la medida que ETB no contaba con la competencia legal para declarar de forma unilateral el supuesto incumplimiento y al hacerlo se extralimitó en sus funciones.

QUINTA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad de los Actos Administrativos Contractuales emitidos por ETB en fechas 20 de diciembre de 2016, 10 de febrero de 2017, 28 de abril de 2017 y 11 de agosto de 2017 (Actas de Bienes No. 2 y de Servicios No. 1) mediante los cuales la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB- impuso, confirmó e hizo efectivas en forma unilateral multas a MELTEC COMUNICACIONES S.A. en desarrollo del Contrato No. 4600015691, en la medida que ETB no contaba con la competencia legal para imponer y cobrar unilateralmente las supuestas multas al CONTRATISTA y al hacerlo se extralimitó en sus funciones.

SEXTA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad de los Actos Administrativos Contractuales emitidos por ETB en fechas 20 de diciembre de 2016, 10 de febrero de 2017, 28 de abril de 2017 y 11 de agosto de 2017 (Actas de Bienes No. 2 y de Servicios No. 1) mediante los cuales la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB- aplicó, confirmó e hizo efectiva de manera unilateral la cláusula penal del Contrato No. 4600015691 a MELTEC COMUNICACIONES S.A., en la medida que ETB no contaba con la competencia legal para imponer y cobrar unilateralmente la cláusula penal por el supuesto incumplimiento del CONTRATISTA y al hacerlo se extralimitó en sus funciones.

SÉPTIMA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad absoluta de la Cláusula de Multas y de la Cláusula Penal Pecuniaria del Contrato No. 4600015691 por contravenir el ordenamiento jurídico vigente, estar viciadas por objeto ilícito y ser manifiestamente abusivas para el CONTRATISTA.

OCTAVA PRINCIPAL: Que se declare que el Cronograma del Contrato No. 4600015691 fue ampliado tácitamente por ETB y MELTEC con la suscripción de los



Acuerdos 1 y 2 al Contrato No. 4600015691, mediante los cuales se prorrogó el plazo contractual hasta el 20 de diciembre de 2016.

NOVENA PRINCIPAL: Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB- no contaba con la competencia legal para i) declarar el incumplimiento, ii) imponer multas y iii) aplicar la cláusula penal del Contrato No. 4600015691 a MELTEC COMUNICACIONES S.A., todo esto de forma unilateral.

DÉCIMA PRINCIPAL: Que se restablezca el derecho de la sociedad MELTEC COMUNICACIONES S.A. como consecuencia de las pretensiones anteriores.

DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. vulneró los derechos del CONTRATISTA, al no permitirle plasmar sus salvedades en el Acta de liquidación bilateral del Contrato No. 4600015691.

DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Que se liquide judicialmente el Contrato No. 4600015691, declarando que LA DEMANDADA debe pagar a MELTEC COMUNICACIONES S.A.S., el valor correspondiente a los perjuicios de toda índole que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales ha causado a MELTEC., según lo que resulte probado dentro del presente proceso.

2.2. PRETENSIONES DE CONDENA.

PRIMERA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de ETB respecto al pago de los 13.500 lapiceros solicitada en la Pretensión Declarativa Segunda Principal, se CONDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a pagar a MELTEC COMUNICACIONES S.A. la suma de VEINTIÚN MILLONES SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS (\$21.065.600.00), por concepto de servicios efectivamente prestados por MELTEC y no pagados por ETB, o el mayor valor que resulte probado en el presente proceso originados en el incumplimiento de LA DEMANDADA.

SEGUNDA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de ETB respecto al recibo de los 13.500 lapiceros solicitada en la Pretensión Declarativa Segunda Principal, se ORDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. recibir los 13.500 lapiceros suministrados por MELTEC.

TERCERA PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas anteriormente, se condene y ordene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. reintegrar a la sociedad MELTEC COMUNICACIONES S.A. la suma de SETENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$71.506.342.00) por concepto de las multas impuestas y descontadas sin facultades al CONTRATISTA mediante Los Actos Administrativos Contractuales de fechas 20 de diciembre de 2016, de 10 de febrero de 2017, 28 de abril de 2017, y 11 de Agosto de 2017 (Actas de Bienes No 2 y de Servicios No. 1), o el mayor valor que resulte probado en el presente proceso originados en el incumplimiento de LA DEMANDADA.

CUARTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas anteriormente, se condene y ordene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. reintegrar a MELTEC COMUNICACIONES S.A. la suma de CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$164.268.439.00) por concepto de la



aplicación unilateral de la cláusula penal pecuniaria al contratista mediante los Actos Administrativos Contractuales de fechas 20 de diciembre de 2016, de 10 de febrero de 2017, 28 de abril de 2017, y 11 de agosto de 2017 (Actas de Bienes No 2 y de Servicios No. 1), o el mayor valor que resulte probado en el presente proceso originados en el incumplimiento de LA DEMANDADA.

QUINTA PRINCIPAL: Que sobre las sumas que no eran objeto de discusión y fueron retenidas por ETB equivalentes a NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$964.143.309), se reconozcan a favor de MELTEC COMUNICACIONES S.A. los intereses moratorios correspondientes, a la tasa máxima legal permitida, desde la fecha en que debieron ser canceladas dichas sumas según contrato o desde que se hicieron exigibles y se actualicen hasta la fecha de la sentencia.

SEXTA PRINCIPAL: Que se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a que las sumas de dinero que se reconozcan a favor de MELTEC COMUNICACIONES S.A., se actualicen y/o indexen debidamente, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha de pago efectivo.

SÉPTIMA PRINCIPAL: Que se ordene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena, desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha del pago efectivo.

OCTAVA PRINCIPAL: Que, igualmente, se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. al pago de cualquier suma que resulte en favor de MELTEC, y se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada, de conformidad con lo que resulte probado en el presente proceso originados en el incumplimiento de LA DEMANDADA.

NOVENA PRINCIPAL: Que se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.”

3.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los acápites de los fundamentos de derecho se enuncian a continuación:

3.3.1 RÉGIMEN APLICABLE AL CONTRATO 4600015691 DE 2016

Sostiene la parte actora que el dada la naturaleza de la sociedad demandada como empresa de servicios públicos domiciliarios, le son aplicables las disposiciones de la Ley 142 de 1994.

De conformidad con lo previsto por el Artículo 31 de la Ley 142 (Modificado por el Artículo 3 de la Ley 689), el régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios es el del derecho privado, por lo tanto, cualquier contrato celebrado por una empresa de esta naturaleza, se rige en todos los aspectos por el derecho privado.

En consecuencia, las normas aplicables y bajo las cuales debe analizarse el presente caso son las propias del derecho privado y no debe emplearse el régimen o la regulación contenida en el Estatuto de la Contratación Pública.



3.3.2 EL CONTRATANTE DEBE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES

En materia de responsabilidad contractual, para que esta surja no basta el simple incumplimiento de la obligación contractual, sino que debe existir un daño, entendido este como la lesión o menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial, y debe ser cierto para ser indemnizado.

En el presente caso ente las partes se suscribió el contrato 4600015691 con sus respectivas modificaciones.

Con base en estos documentos, MELTEC debía desarrollar una serie de obligaciones que pesar de haber sido cumplidas en su totalidad el 26 de diciembre de 2016, tan solo fueron pagadas de forma parcial en el mes de agosto de 2017.

En efecto, MELTEC no ha recibido las sumas correspondientes a la actividad de elaboración de 13.500 lapiceros que a pesar de que fue ejecutada por MELTEC, pactada por las partes y solicitada de forma verbal por ETB.

En el presente caso existe entonces un contrato y sus modificaciones en el que se pactaron unas obligaciones a cargo de MELTEC y de ETB. MELTEC cumplió con sus obligaciones en tanto ETB no cumplió con su obligación de cancelar oportunamente las sumas de dinero por los trabajos realizados, lo que generó unos daños que deben ser reparados por la demandada.

3.3.3 DE LOS DAÑOS MATERIALES EN OBLIGACIONES DINERARIAS

El incumplimiento, entendido como la inexecución por parte del deudor de las obligaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa ejecución ha causado un daño al acreedor de conformidad con lo previsto en el Artículo 1613 del Código Civil, daño que puede consistir en lucro cesante y en un daño emergente.

En el presente caso, los incumplimientos de la demandada en el pago de los bienes y servicios prestados por MELTEC permiten que se solicite no solo el pago de lo adeudado, sino que dichas sumas sean indexadas y sobre las mismas se reconozcan intereses. En el caso de los intereses, el numeral 2.9 de los pliegos de condiciones estipula que en caso de mora en el pago se aplicaría la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera.

3.3.4 PRINCIPIO DE CONSENSUALIDAD

Dado que al contrato 4600015691 le es aplicable el derecho privado, es un acuerdo de voluntades que se rige por el principio de consensualidad, lo que significa que las obligaciones surgen con el solo acuerdo de las partes y no se requiere que consten por escrito.

En el presente caso, la demandante desarrolló alguna actividad de prestación de servicios que, si bien no quedaron por escrito, fueron ejecutadas, acordadas y consensuadas y deben ser pagadas y reconocidas por ETB, toda vez que constituyen verdaderos acuerdos contractuales.

3.3.5 EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO – RETRASO POR CAUSAS ATRIBUIBLES A ETB

Pese a que las obligaciones de MELTEC fueron cumplidas a cabalidad a la fecha de finalización del plazo contractual, ETB mediante acto administrativo contractual del 20 de



diciembre de 2016 anunció que, por supuestos incumplimientos del contrato, procedería a aplicar unilateralmente multa y cláusula penal al contratista.

Ahora bien, las múltiples comunicaciones radicadas por MELTEC evidencian que el contratista en todo momento sustentó su cumplimiento del contrato y desaprobó fehacientemente las decisiones de aplicación de multas y cláusula penal adoptadas unilateralmente por MELTEC.

En el evento de que se considere que MELTEC cumplió parcialmente o incumplió con parte de sus obligaciones, es preciso recordar que el Artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Esta norma, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual "la mora de uno purga la mora del otro", consagra la *exceptio non adimpleto contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra previamente tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica.

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas de derecho público.

*"La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones."*¹

Se tiene entonces que sobre los incumplimientos aducidos por ETB, en el presente caso se configura la excepción de contrato no cumplido, lo anterior bajo el entendido que, tal y como se evidencia en la demanda, la ETB incumplió de forma grave, seria, determinante, trascendente y de gran significación varias de las obligaciones contractuales que tenía a su cargo en virtud del Contrato 4600015691, tales como:

- a. Coordinar interinstitucionalmente con los entes territoriales respectivos, de manera eficiente y previa al inicio del contrato, los términos y condiciones de ejecución del proyecto;
- b. Presentar en debida forma al ejecutor del contrato MELTEC ante las entidades territoriales y acordar los requisitos mínimos necesarios para la solicitud de permisos para la instalación de zonas WiFi o proveer desde un principio el formato que se debía usar para la gestión de estos;
- c. Aprobar los diseños de las zonas WiFi en los tiempos estipulados en el cronograma contractual;
- d. Respetar la autonomía del contratista en cuanto a la solicitud de permisos, por cuanto al modificar en diversas ocasiones los formatos y requerimientos contractuales de los permisos, hizo aún más gravosa la obligación de gestión y solicitud de estos para MELTEC.
- e. ETB no coordinó interinstitucionalmente con los entes territoriales respectivos, de manera eficiente y previa al inicio del proyecto, los términos y condiciones de ejecución del proyecto, ni les presentó en debida forma al ejecutor MELTEC y tampoco acordó con

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217).



los municipios los requisitos mínimos necesarios para la solicitud de permisos para la instalación de las zonas WiFi.

Desde el inicio de la solicitud de permisos, MELTEC informó a la supervisión, principalmente en las reuniones sostenidas, los inconvenientes que se presentaban con algunos entes territoriales (anexos 6 y 13), los cuales no reconocían a MELTEC como competente, autorizado o legitimado para realizar el trámite de solicitud de los permisos para la instalación de la red WiFi, por ende, MELTEC se vio abocado a solicitar apoyo a ETB para el trámite de solicitud y consecución de permisos durante la ejecución del proyecto.

Es preciso traer a colación que, en el marco del Contrato Interadministrativo Marco 682 de 2016 suscrito entre ETB y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – FONTIC (Anexo 50), específicamente en el Numeral 6 de la Cláusula Cuarta del Anexo No. 1 (Anexo 51), ETB tenía la obligación de:

"7. Gestionar los permisos, trámites, autorizaciones y costos asociados a la instalación de la infraestructura requerida para llegar a cada uno de los sitios de instalación. (...). Aquellos permisos, trámites y autorizaciones que se requieran para la instalación de la infraestructura de la zona wifi y la puesta en marcha del servicio, se obtendrán con el apoyo y colaboración de la respectiva entidad territorial y del MINTIC." (Cursiva, negrilla y subrayado del demandante)

Por su parte, dentro del mencionado contrato **FONTIC** tenía la siguiente obligación:

"6. Apoyar en la consecución de permisos necesarios para que el operador seleccionado instale y ponga en marcha las zonas wifi."

Se observa entonces que ETB contaba con el apoyo de MINTIC y de las entidades territoriales para el trámite de permisos y autorizaciones para la instalación de la infraestructura de las zonas WiFi; sin embargo, ETB en el contrato 4600015691 decidió trasladar su obligación de gestión, trámite y consecución de licencias, autorizaciones, permisos, etc., para la instalación de la infraestructura de la zona WiFi al contratista, quien estaba en menor posibilidad de soportar o mitigar dicha obligación/riesgo, con la promesa verbal de que para el cumplimiento de dicha obligación MELTEC contaría con el apoyo y coordinación institucional tanto de la ETB como de MINTIC; promesa que a la final solo se evidenció cuando MELTEC, ante la demora de respuesta de las autoridades territoriales, insistió en su solicitud de apoyo de parte de MINTIC y de ETB para lograr una rápida gestión y trámite ante los diferentes entes territoriales, lo cual se incluyó en el Acta de Reunión No. 1 del 31 de octubre de 2016.

Si desde el comienzo hubiese existido una coordinación previa y efectiva por parte de ETB con los diferentes entes territoriales para la solicitud, gestión y trámite de permisos, autorizaciones y licencias, teniendo claros los formatos, entidades y demás requisitos requeridos por la interventoría para la aprobación de esta obligación, seguramente dichos permisos, autorizaciones y licencias se habrían obtenido satisfactoriamente para las partes en los tiempos necesarios para el buen cumplimiento del contrato.

Resulta entonces desproporcionado que ETB haya declarado unilateralmente el incumplimiento del contrato y adicionalmente, como condicionamiento al pago de lo adeudado al contratista, haya descontado \$235.774.781 por concepto de supuestas multas y cláusula penal pecuniaria, teniendo en consideración que el hecho generado del mayor plazo contractual fue la conducta omisiva o, por lo menos pasiva de ETB, al sustraerse de su obligación de realizar una diligente y previa coordinación institucional con los 44 municipios en donde se iba a llevar a cabo la instalación de las zonas WiFi, a efectos de



garantizar el pronto recibo de MELTEC por parte de las autoridades municipales y la consecuente expedición de los permisos requeridos para la instalación.

De tal forma MELTEC, dentro del alcance de sus posibilidades, actuó con la mayor prontitud y diligencia para la consecución de los permisos; sin embargo, al no contar con el respaldo diligente y oportuno de ETB, sus solicitudes no fueron atendidas con la oportunidad necesaria por las entidades territoriales respectivas.

A. ETB NO APROBÓ LOS DISEÑOS DE LAS ZONAS WiFi EN LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL CRONOGRAMA CONTRACTUAL

MELTEC presentó a ETB un cronograma para la ejecución de cada una de las actividades del contrato, el cual correspondía al plazo contractual.

Dicho cronograma, presentaba las actividades a ejecutar por parte del contratista debidamente enumeradas según su orden de realización. Dichas actividades seguían una secuencia lógica e interdependiente para su cumplimiento como se indicó en los hechos de la demanda.

No obstante, pese a que el término para la aprobación de diseños por parte de ETB estaba comprendido entre el 14 y el 15 de septiembre de 2016, ETB tan solo aprobó los diseños de las zonas WiFi el 20 de septiembre de 2016, es decir, 5 días después de lo pactado contractualmente en el cronograma de ejecución, tal y como la misma ETB manifiesta en Acta de Reunión No. 1 del 24 de octubre de 2016. Es claro entonces que ETB incumplió en primer lugar el cronograma de ejecución del contrato, generando con ello retrasos importantes en la ejecución del contrato.

B. ETB NO RESPETÓ LA AUTONOMÍA DEL CONTRATISTA EN CUANTO AL FORMATO PARA LA SOLICITUD DE PERMISOS Y MODIFICÓ LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO UNILATERALMENTE

Las actividades del contrato seguían una secuencia lógica e interdependiente para su cumplimiento, por lo cual, el retraso de una ellas o la modificación de sus requerimientos afectaba indefectiblemente el cumplimiento de las subsiguientes y por ende los plazos establecidos en el cronograma.

En el cronograma inicial, la actividad de "Gestión de Permisos" tenía una duración de 19 días comprendidos entre el 16 de septiembre y el 4 de octubre de 2016; por lo que MELTEC, con suficiente antelación realizó la solicitud de permisos ante los entes territoriales (Anexo 8), y no fue sino hasta el 5 de octubre de 2016, un día después del vencimiento del término previsto en el cronograma para la mencionada actividad, que la supervisora del contrato mediante presentó a MELTEC la primera versión de los formatos para solicitud de permisos aprobados por la supervisión, indicando expresamente que el contratista debía solicitar nuevamente los permisos ante los entes territoriales según el formato enviado.

Los formatos de permisos aprobados por la interventoría/supervisión tuvieron diversas modificaciones y nuevos requerimientos de contenido, que inicialmente no se contemplaban en los términos de referencia del proceso de selección, por lo cual la versión definitiva fue enviada al contratista el 31 de octubre de 2016.

Estos nuevos requerimientos obligaron a cambiar las solicitudes efectuadas por MELTEC a los entes territoriales desde septiembre de 2016 lo que ocasionó importantes demoras en la obtención de ellos. Lo anterior, se puede evidenciar al comparar la fecha de inicio de la actividad de "Gestión de Permisos" en el cronograma contractual (16 de septiembre



de 2016), la cual, por los requerimientos de ETB, se tuvo que iniciar nuevamente después del 31 de octubre de 2016, generando un atraso de 45 días en el cronograma.

En este orden de ideas, se evidencia que la ETB por medio de su supervisora, afectó la autonomía del contratista en la solicitud de permisos, por cuanto modificó los requerimientos contractuales e impartió nuevas instrucciones escritas al contratista sobre los formatos que se debían usar para el cumplimiento de la obligación de gestión de permisos.

Debe tenerse en cuenta que ni en los Términos de Referencia ni en el contrato mismo se indicó que el contratista tuviera que acoger un formato de permisos entregado por ETB, ni un procedimiento definido para la solicitud, trámite y aprobación de los permisos, por lo cual el contratista, según su experiencia y con la debida antelación, solicitó los permisos correspondientes a los entes territoriales bajo su propio formato.

A pesar de lo anterior, la supervisión del contrato, de forma unilateral e injustificada, consideró que los permisos solicitados por MELTEC no cumplían con lo deseado por ETB, así que impuso nuevos requerimientos a la solicitud de permisos de obligatorio cumplimiento para el contratista, por cuanto, tal como lo expresó la demandada en el Acta No. 1 del 31 de octubre de 2016 (Anexo 10), si se presentaban los permisos en un formato no aprobado por la supervisión, estos no serían aceptados por la supervisión ni por la interventoría, lo cual claramente no era un procedimiento definido en los Términos de referencia ni estaba pactado en el contrato.

De esta forma, los incumplimientos de ETB junto con la demora en la respuesta de las entidades territoriales fueron la causa eficiente de los retrasos presentados para la entrega de los permisos y de las zonas WiFi instaladas y en operación y sobre los cuales, ETB impuso multas y aplicó la cláusula penal a MELTEC, de manera consciente, unilateral y sin competencia para ello.

La jurisprudencia ha aceptado que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido se encuentra condicionada a los siguientes supuestos:

- a. 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 debe satisfacer, regla "do ut des" (te doy para que me des);
- b. El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes;
- c. Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista;
- d. 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;
- e. 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

En el presente caso se verifican los supuestos condicionantes que configuran la llamada excepción de contrato no cumplido, así:

- a. La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas. Efectivamente existió un contrato sinalagmático entre ETB y MELTEC, el contrato 4600015691 en el cual se pactaron obligaciones recíprocas para las partes.



En este caso, el cumplimiento de la obligación del contratista de ejecutar los servicios dentro de los plazos pactados inicialmente en el cronograma, requería el previo cumplimiento por parte de ETB de las obligaciones precedentes a su cargo, como eran la coordinación interinstitucional eficiente con el MINTIC y los entes territoriales; la aprobación de los diseños de las zonas WiFi y el cumplir con condiciones contractuales inicialmente pactadas con el contratista para la solicitud de permisos ante los entes territoriales.

- b. El no cumplimiento de obligaciones a cargo de una de las partes. En este caso es evidente el incumplimiento en que incurrió ETB en la falta de coordinación interinstitucional previa con MINTIC y los entes territoriales; en la aprobación tardía de los diseños de las zonas WiFi y en la vulneración de la autonomía del contratista y modificación unilateral de las condiciones contractuales inicialmente pactadas para la solicitud de permisos ante los entes territoriales.
- c. El incumplimiento de la parte debe ser grave, determinante y de gran significación, de manera tal que dificulte el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra parte. En este caso, la falta de coordinación interinstitucional previa por parte de ETB con MINTIC y con las entidades territoriales, la tardía aprobación de los diseños de las zonas WiFi y la constante modificación de las condiciones contractuales inicialmente pactadas con MELTEC respecto de la solicitud de permisos ante los entes territoriales, fueron determinantes para que el contratista no pudiera cumplir con sus obligaciones correlativas en los tiempos inicialmente pactados en el cronograma.

Las partes eran tan conscientes de dicha situación que suscribieron 2 prórrogas al plazo inicialmente pactado, sin mencionar en alguna de ellas como antecedente una supuesta mora o incumplimiento parcial de MELTEC como fundamento para ampliar el plazo inicial. Fue solamente hasta el último día del contrato, el 20 de diciembre de 2016, que ETB sorprendió al contratista con la imposición arbitraria y unilateral de multas y de la cláusula penal, por los supuestos retrasos que el contratista presentó durante la ejecución del contrato, conducta no solamente arbitraria e ilegal, sino carente de la buena fe negocial que toda relación contractual conlleva.

- d. Quien invoca la excepción no debe haber tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo. Este presupuesto se cumple en este caso, pues para poder iniciar la ejecución de las actividades a cargo de MELTEC, era necesario que previamente ETB realizara la coordinación interinstitucional con MINTIC y las entidades territoriales, aprobara los diseños de las zonas WiFi y precisara la totalidad de requisitos necesarios para la solicitud de permisos o en su defecto hiciera entrega del formato final de solicitud de permisos desde la formalización del contrato.

En consecuencia, se concluye que ETB incurrió en graves incumplimientos que afectaron la observancia del cronograma inicial del contrato, incumplimientos que impidieron la ejecución oportuna de las obligaciones contractuales a cargo de MELTEC, y que generaron demoras y retrasos en la realización de las actividades, razón por la cual se propone la excepción de contrato no cumplido.

3.3.6 AMPLIACIÓN TÁCITA DEL CRONOGRAMA CON LA SUSCRIPCIÓN DE LAS PRÓRROGAS

El contratista solicitó prórroga el 29 de noviembre de 2016 y hasta el 15 de diciembre de 2016, "con el fin de completar los requerimientos de las entregas de tipo técnico y documental, **teniendo en cuenta los incidentes y dificultades externas presentadas para las implementaciones en las diferentes localidades, referentes a autorizaciones y gestión de empresas de servicios públicos y entes Territoriales**" (Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto); presentando adicionalmente, el estado de



implementación y entrega técnica a interventoría, el estado de las autorizaciones, relación de puntos pendientes **y proponiendo un nuevo cronograma de trabajo para el cumplimiento de las actividades pendientes de entrega.**

En virtud de lo anterior, es claro que la supervisión de ETB:

- i) ETB tenía conocimiento de los cambios de condiciones para el cumplimiento del cronograma producto de la inclusión de formatos para los permisos el 31 de octubre de 2016 y de las dificultades con los entes territoriales para reconocer a MELTEC como autorizado o competente para tramitarlos;
- ii) Tenía entre sus funciones el: "Propender porque no se generen conflictos entre las partes y adoptar medidas tendientes a solucionar eventuales controversias"² (Anexo 17) y;
- iii) Contaba con la comunicación del 29 de noviembre de 2016 en la cual el contratista solicitaba prorrogar el contrato y modificar el cronograma de entrega de actividades (Anexo 16); fundamentos estos que la llevaron a aprobar la prórroga del contrato, **sin realizar manifestación expresa y formal en el documento contentivo de la misma, sobre una presunta existencia de un presunto incumplimiento del CONTRATISTA, seguramente, porque tal afirmación, sería un contra sentido en virtud de todas las vicisitudes ocurridas con los permisos, las cuales como se vio, eran ajenas al CONTRATISTA.**

Mediante comunicación del 29 de noviembre de 2016 (Anexo 16), MELTEC solicitó a ETB la prórroga del contrato y propuso un nuevo cronograma de trabajo para las actividades pendientes de entrega. En virtud de esta solicitud y sin salvedad o mención alguna a un presunto incumplimiento, la ETB concedió la prórroga, configurándose así la aquiescencia tácita de ETB respecto de las modificaciones propuestas por MELTEC. Igual ocurrió con la solicitud y trámite de la segunda prórroga.

De tal forma, y en virtud de la buena fe negocial que corresponde a las partes, el contratista suscribió las prórrogas al contrato, bajo el entendido que se había modificado el plazo contractual y por ende el cronograma de ejecución de actividades a los nuevos plazos propuestos en su comunicación del 29 de noviembre de 2016 (Anexo 16), sin consecuencia sancionatoria alguna, por lo que la conducta de la demandada vulnera el principio de buena fe.

Así mismo, dentro del texto de los acuerdos 1 y 2 al contrato, las partes no realizaron alguna manifestación relativa a que las mismas se otorgaban sin perjuicio de la aplicación de multas o de posibles incumplimientos que estuvieren generando dichas prórrogas, por lo tanto, pretender, una vez terminado el contrato, imponer multas y un presunto incumplimiento con fundamento en las citadas prórrogas, carece de sustento contractual y legal y atenta contra el principio de la buena fe negocial.

Vale la pena mencionar, que en las prenombradas prórrogas, solamente se pactó entre las partes, en el Parágrafo de la Cláusula Primera que: "La suscripción de la presente prórroga no exonera al contratista de las eventuales sanciones que se puedan generar **para resarcir los posibles daños ocasionados a ETB por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones pactadas inicialmente en el contrato**", lo único posible entonces para **ETB**, según lo pactado en las prórrogas, es buscar **RESARCIR DAÑOS CIERTOS** producto del retardo en el cumplimiento de las obligaciones del contrato, obviamente siempre y cuando estos sean injustificados y no estén amparados en un eximente de responsabilidad. Daños que eventualmente **ETB** debía solicitar y demostrar de manera idónea ante autoridad

² Manual de Contratación de ETB. Artículo 50, literal d.



competente, y no simplemente citar, cuantificar mecanográficamente y descontar unilateralmente los perjuicios.

Es claro que, en ningún aparte de las mencionadas prórrogas, **ETB** señaló que las mismas se otorgaban sin perjuicio de las posibles sanciones por el supuesto retardo en el cumplimiento de las obligaciones y, por lo tanto, no le era dable, como lo hizo, aplicar unilateralmente unas sanciones -multas y cláusula penal- que no pactó en las prórrogas o que no fueron puestas de presente expresamente en las mismas.

3.3.7 FALTA DE COMPETENCIA DE ETB PARA IMPONER Y COBRAR DE MANERA UNILATERAL MULTAS Y CLÁUSULA PENAL. EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES POR PARTE DE ETB

Respecto de la aplicación de multas y cláusula penal es necesario tener en cuenta los lineamientos que sobre el tema ha establecido la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*"Si bien es cierto que en los contratos sujetos a la normación del derecho privado, en su totalidad, por ser concluidos entre particulares, o en todo o en parte, por intervenir en su conclusión un Ente Público, pueden las partes contratantes pactar la cláusula de multa por incumplimiento parcial o mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, **no es menos cierto que la imposición y efectividad unilateral de la misma tiene el carácter de prerrogativa o facultad exorbitante que solamente compete a la autoridad pública como tal, siempre y cuando la ley se la haya otorgado.** En otras palabras y dentro del marco de la autonomía de la voluntad, principio general orientador del negocio jurídico y, no existiendo norma que lo prohíba, bien pueden las partes contratantes pactar multas para sancionar el incumplimiento o la mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. **Pero lo que no puede pactarse es la imposición unilateral de las mismas cuando el contrato ha sido concluido entre particulares, por ser tal poder de imposición prerrogativa que corresponde en forma exclusiva al Estado como manifestación del ejercicio del Poder Público, como tampoco puede hacerse aun cuando una de las partes contratantes sea un Ente Público si no existe norma legal que así lo autorice, pues se estaría violando el principio Constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la ley le autorice y por tanto estaría actuando por fuera de la órbita de su competencia.**³*
(Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto)

En este mismo sentido, se pronunció la Sala Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 20 de febrero de 2014, en la cual concluyó:

*"(..) **la facultad de ejecutar o hacer cumplir de manera unilateral las cláusulas de un contrato constituye la característica distintiva de las cláusulas excepcionales o exorbitantes, y en el presente caso esa potestad de cumplimiento no podía ser ejercida de manera unilateral por encontrarse sometida la relación contractual a las reglas propias del derecho privado, en las que no se permite -salvo en ciertos casos expresamente previstos en la ley- que las partes contratantes ejecuten o hagan cumplir las disposiciones pactadas. Por este motivo, es evidente que las decisiones unilaterales adoptadas por Ecopetrol S.A. de imponer multa, declarar el incumplimiento grave del contrato, declarar la ocurrencia del siniestro, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y liquidar unilateralmente el contrato son manifiestamente ilegales (...).** No sobra mencionar que la*

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 16 de diciembre de 1994. Rad. 7879. CP: Carlos Betancur Jaramillo.



ilegalidad encontrada se deriva de la ejecución unilateral de algunas de las cláusulas pactadas en el contrato, pues precisamente la exorbitancia consiste en la facultad de adoptar decisiones unilaterales y ejecutarlas de manera inmediata por quien las pactó a su favor sin necesidad de acudir a instancias judiciales o a un tercero que las haga cumplir, potestad que como se dijo sí ostentan las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación Estatal. Además, aunque Ecopetrol S.A. señaló que sus decisiones no podían ser catalogadas como actos administrativos, sino que tenían la calidad de ser actos contractuales, lo cierto es que son actos administrativos pues aparte de haber sido expedidos con base en facultades consagradas en normas de derecho público en las que se les confiere esa calidad, estas tienen la esencia de un acto administrativo al contener una manifestación unilateral de una entidad estatal dirigida a crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada⁴ (Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto)

De estos textos claramente se concluye que la competencia para imponer de manera unilateral multas, cláusulas penales o declarar incumplimientos radica sólo en las entidades sometidas al Estatuto de Contratación de la administración Pública en virtud de lo dispuesto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Así, las entidades estatales exceptuadas de la aplicación de este estatuto -como ETB- no pueden pactar su imposición o la posibilidad de hacerlas efectivas de manera directa y unilateral, toda vez que para el efecto deben acudir al juez natural del contrato. Esta regla es a todas luces aplicable a la demandada.

La jurisprudencia del Consejo de Estado reiterada desde 2004 señala que las empresas como ETB no pueden declarar el incumplimiento de su contratista, ni imponerle de manera unilateral multa y/o cláusula penal, porque ello implica una exorbitancia ajena al derecho privado, cuya estipulación es ineficaz de pleno derecho y acarrea la nulidad del acto⁵. Lo procedente para estas entidades es acudir de forma inmediata ante el juez del contrato para hacerlas exigibles si así lo considera procedente.

Tan es claro que ETB no tiene la facultad para aplicar unilateralmente multas ni cláusula penal, que el Consejo de Estado en sentencia del 12 de noviembre de 2014 así lo precisó a la misma ETB, indicándole que, en el marco de los contratos suscritos por ETB regidos por el derecho privado, no puede expedir actos administrativos que impongan multas al contratista. Dijo el Consejo de Estado sobre el particular:

"(...) en aquellos contratos gobernados por el derecho privado – (...) – las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad.

Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista".

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Rad. 68001-23-31-000-2010-00262-01(45310). CP: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias de 16 de diciembre de 1994. Rad. 7879. CP: Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia de 21 de octubre de 1994, Exp. 9288; Sentencia de 20 de octubre de 2005, Rad. 14.279; Sentencia de 23 de marzo de 2009. Rad. 16372. MP: Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia de 23 de septiembre de 2009, MP: Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia de 28 de septiembre de 2011, Rad. 15.476. MP: Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 20 de febrero de 2014 Rad. 45310. MP. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 8 de abril de 2014, Rad 25801; Sentencia del 2 de noviembre de 2014. Rad. 29165. MP: Hernán Andrade Rincón.



"(...) es claro entonces que la cláusula (...) se encuentra viciada de nulidad por objeto ilícito por contravenir normas de orden público, en tanto que por tratarse de un contrato sujeto a normas de derecho privado, no resultaba posible pactar la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, dado que dicha estipulación es a todas luces contraria al mandato constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la Ley lo autorice, norma que delimita el campo de acción de la Administración frente a los administrados y que goza de la naturaleza de orden público".⁶ (Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto)

Frente a la facultad de liquidar el contrato de forma unilateral, la Sala precisó:

*(...) es claro que la potestad que tiene la Administración – **en este caso ETB** – para liquidar unilateralmente un contrato, es una facultad que debe estar asignada por la Ley, pues de lo contrario, la entidad carecería de competencia para tomar decisiones unilaterales"* (Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto)

Se concluye que las entidades estatales regidas por el derecho privado (como las empresas prestadoras de servicios públicos), no pueden aplicar unilateralmente multas ni cláusula penal así las hayan pactado, pues tal posibilidad quedó expresamente excluida al autorizarse el ejercicio de tal facultad únicamente a las entidades sometidas al estatuto general de la contratación estatal⁷, al señalar que: "Las decisiones unilaterales adoptadas (...) de imponer multa, declarar el incumplimiento grave del contrato, declarar la ocurrencia del siniestro, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y liquidar unilateralmente el contrato son manifiestamente ilegales (...) No sobra mencionar que la ilegalidad encontrada se deriva de la ejecución unilateral de algunas de las cláusulas pactadas en el contrato, pues precisamente la exorbitancia consiste en la facultad de adoptar decisiones unilaterales y ejecutarlas de manera inmediata por quien las pactó a su favor sin necesidad de acudir a instancias judiciales o a un tercero que las haga cumplir, potestad que como se dijo sí ostentan las entidades públicas sometidas al Estatuto General de la Contratación Estatal."

Es claro entonces que, en los contratos regidos por el derecho privado, las partes actúan en igualdad de condiciones, por lo cual es claro que ninguna de ellas se encuentra autorizada por la ley para hacer uso de prerrogativas o potestades que son de derecho público y, por ende, no usuales en el derecho común. Sobre el particular, el Consejo de Estado⁸ ha sostenido lo siguiente:

"Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el Juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del incumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600019971388901 (29165) de 12 de noviembre de 2014. C. P. Hernán Andrade

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Rad. 68001-23-31-000-2010-00262-01(45310). CP: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

⁸ Sentencia proferida el 23 de septiembre de 2009 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 24639. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.



*o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso.”
(Cursiva y subrayado fuera de texto)*

Quiere esto decir que en los contratos celebrados por entidades de derecho público pero sometidos al derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, ninguna de las partes puede ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias exorbitantes devienen de la ley y no del pacto contractual, de forma que en este caso la demandada excedió sus competencias al imponer las multas y declarar el incumplimiento, cuando ello solamente puede ser declarado, tasado e impuesto por el juez competente, a pesar de las manifestaciones que en sentido contrario realizara el contratista.

3.3.8 AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LOS PRESUNTOS DAÑOS Y/O PERJUICIOS ADUCIDOS POR ETB

Es claro que, en las prórrogas suscritas por las partes, ETB únicamente indicó que las mismas se otorgaban “sin perjuicio de las eventuales sanciones que se puedan generar para resarcir los posibles daños ocasionados a la ETB por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones”. En ningún momento o aparte de las mencionadas prórrogas, ETB señaló que las mismas se otorgaban sin perjuicio de las posibles sanciones por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones y, por lo tanto, no le es dable ahora, pretender aplicar unas sanciones -multas y cláusula penal- que no mencionó en las prórrogas y que no fueron puestas de presente expresamente en las mismas. Solamente ETB podrá eventualmente ante el juez competente exigir las sanciones generadas PARA RESARCIR POSIBLES PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA ETB; perjuicios que obviamente deberá demostrar y probar de manera idónea.

Tal y como lo menciona ETB en la comunicación del 10 de febrero de 2017 y en los acuerdos de prórroga en plazo 1 y 2 al contrato, las partes pactaron una cláusula penal RESARCITORIA, es decir, que está destinada exclusivamente al resarcimiento de los daños -ciertos y reales- que pueden originarse del incumplimiento de una obligación, ergo al ser resarcitoria la entidad debe acreditar en debida forma los daños ciertos sufridos.

Para acreditar el daño sufrido es preciso que quien lo reclama demuestre dos elementos esenciales del daño:

- a. Que sea personal. El daño es personal cuando quien reclama la reparación de un interés lesionado es el titular de este, es decir, que la víctima haya sufrido en sí misma un perjuicio.
- b. Que sea cierto. El carácter cierto del perjuicio hace referencia a la real ocurrencia del perjuicio, por lo que los daños hipotéticos o eventuales no son indemnizables.

En sentencia del 30 de septiembre de 1949 el Consejo de Estado señaló:

“Tanto en lo civil como en lo administrativo, para que exista responsabilidad, es necesario que el daño se haya ocasionado”⁹

De esta forma, no debe existir duda sobre la ocurrencia del daño en aras de indemnizar el perjuicio; el perjuicio debe ser susceptible de apreciación, materializándose en el menoscabo, detrimento, etc., debiendo ser además demostrable.

⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 30 de septiembre de 1949.



En consecuencia, ETB debía acreditar en debida forma y con los soportes correspondientes las erogaciones realizadas, los daños supuestamente sufridos, por cuanto los daños hipotéticos o eventuales no son indemnizables y por ende no son resarcibles.

Se resalta que ETB no acreditó con soportes contables la causación de los presuntos daños y/o perjuicios, y en el hipotético caso que se hubiesen causado, se recuerda que el competente para determinar si hubo incumplimiento, daños y perjuicios es el juez del contrato y no la ETB.

3.3.9 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DE ETB Y CORRELATIVO EMPOBRECIMIENTO SIN CAUSA DE MELTEC

Bajo el entendido de que la demandada no tiene la competencia para pactar ni para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato, aplicar multas o hacer efectiva la cláusula penal -por cuanto dichas actuaciones serían nulas de pleno derecho al estar viciadas por objeto ilícito- se concluye que el descuento de las supuestas sanciones aducidas por ETB, generaron un enriquecimiento sin justa causa para ETB y un correlativo menoscabo patrimonial para MELTEC por las siguientes razones:

- a. MELTEC entregó a ETB los bienes y servicios requeridos en el objeto contractual.
- b. Al finalizar el plazo contractual, los equipos se encontraban correctamente instalados y en operación.
- c. Solamente hasta el 28 de agosto de 2017, es decir, 8 meses después de haber entregado los bienes y servicios requeridos en el objeto contractual, ETB pagó a MELTEC las sumas adeudadas, y que no eran objeto de discusión por valor de \$964.143.309.
- d. ETB actualmente tiene en su poder los bienes debidamente instalados, las zonas WiFi completamente operantes y la suma de \$235.774.781 descontada unilateralmente, sin contar con la aquiescencia de MELTEC, por concepto de supuestas multas y cláusula penal aplicadas arbitrariamente por ETB.
- e. ETB no acreditó haber sufrido un daño cierto con ocasión de la ejecución del contrato por parte de MELTEC.
- f. MINTIC, destinatario final del proyecto, recibió a satisfacción y sin salvedad alguna el proyecto ejecutado por MELTEC, cancelando a ETB el valor total del respectivo contrato (Anexo 52)

La Corte Constitucional en Sentencia T-219 de 1995 estableció los requisitos que deben probarse para la configuración de un enriquecimiento sin justa causa:

"Son tres los requisitos que deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico."

Para el caso particular se tiene lo siguiente:

- a. Efectivamente existe un enriquecimiento y aumento del patrimonio de ETB, por cuanto actualmente esa entidad tiene en su poder los bienes entregados por MELTEC, debidamente instalados, las zonas WiFi completamente operantes y la suma de \$235.774.781 descontadas por la declaratoria e imposición unilateral de multas y cláusula penal;
- b. La ETB suscribió las actas de bienes y servicios para el pago de los servicios prestados por MELTEC 8 meses después de la terminación del contrato, reteniendo en ese tiempo los dineros pertenecientes al contratista que no eran objeto de disputa por un total de \$964.143.309;



- c. Evidentemente se presentó un menoscabo correlativo en el patrimonio de MELTEC, habida cuenta de que el contratista pagó a sus proveedores los bienes que fueron debidamente entregados a ETB, prestó los servicios y ejecutó las actividades contractuales pactadas en el contrato, pero para recibir el pago de los bienes y servicios que no eran objeto de disputa tuvo que esperar 8 meses y para lograr dicho pago, pese a que no consintió en momento alguno la imposición de multas y de la cláusula penal, firmó las actas de bienes y servicios con salvedades para recuperar los dineros que no eran objeto de controversia;
- d. El enriquecimiento de ETB se ha producido sin una justa causa por cuanto las decisiones tomadas por ETB y las cláusulas sancionatorias incluidas en el Contrato suscrito con MELTEC se encuentran incursas en una causal de nulidad absoluta y, adicionalmente, ETB no acreditó haber sufrido daño cierto alguno.

3.4 NORMAS VIOLADAS

Nulidad del acto de declaratoria de incumplimiento y de las cláusulas de multas y cláusula penal.

Los actos administrativos contractuales emitidos por ETB el 20 de diciembre de 2016, 10 de febrero de 2017, 28 de abril de 2017 y 11 de agosto de 2017 (actas de bienes No. 2 y de Servicios No. 1) mediante los cuales la ETB declaró unilateralmente incumplimiento; impuso, confirmó e hizo efectivas en forma unilateral multas; y aplicó, confirmó e hizo efectiva de manera unilateral la Cláusula Penal del Contrato 4600015691 a MELTEC COMUNICACIONES S.A., contrariaron lo previsto en las siguientes disposiciones:

Constitución Política : Artículos 2 y 90
Código Civil : Artículos 1604, 1608, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1617
Ley 80 de 1993 : Artículo 14

La ETB vulneró los derechos que el estatuto contractual consagra para los contratistas, en especial, lo relacionado con la aplicación de cláusulas que al ser excepcionales no podían ser aplicadas de forma omnimoda por la administración, sino que es indispensable acudir al juez del contrato para hacerlas efectivas.

En este sentido, al expedir la demandada los actos mediante los cuales hizo efectivas las multas en forma unilateral vulneraron lo dispuesto en el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en la medida que, al ser una entidad de derecho privado, exceptuada de lo previsto en el Estatuto General de la Contratación Pública, la competencia para decretarlas y hacerlas efectivas corresponde al juez del contrato.

3.5 CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Al regirse ETB por el derecho privado en sus relaciones contractuales, no cuenta con las facultades exorbitantes previstas en el Estatuto General de la Contratación Estatal para declarar el incumplimiento del contrato, imponer multas o la Cláusula Penal unilateralmente.

Sin embargo, en los términos de referencia se incluyeron facultades exorbitantes a favor de la ETB así:

"m) Multas

Si hay retardo en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, pagará al contratista una multa equivalente al 1.5% del precio de la parte incumplida, por cada semana de atraso o proporcional por fracción, sin perjuicio de la aplicación de la



cláusula penal pecuniaria. El valor de la multa no puede exceder el 20% del valor del valor total del contrato.

ETB emitirá cuenta de cobro y podrá descontar el valor de las multas de las sumas que le adeude al contratista por cualquier concepto. De no ser posible el descuento total o parcial, el contratista se obliga a consignar en la cuenta que ETB indique el valor o el saldo no descontado dentro del plazo que se señale en la cuenta de cobro que se le curse con tal fin. El contratista renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de su constitución en mora.

n) Cláusula Penal Pecuniaria

En caso de incumplimiento total o parcial de cualquiera de las obligaciones del contratista, se genera a su cargo el pago de una cláusula penal pecuniaria cuyo monto será del 20% del precio del contrato. La pena no exime al proveedor del cumplimiento de la obligación principal, ni el pago de los perjuicios que superen el valor de este porcentaje en los términos del artículo 1594 del Código Civil y demás normas concordantes.

ETB emitirá cuenta de cobro y podrá descontar el valor de la cláusula penal pecuniaria de las sumas que adeude al contratista por cualquier concepto. De no ser posible el descuento total o parcial, el contratista se obliga a consignar en la cuenta que ETB le indique el valor o el saldo no descontado dentro del plazo que se señale en la cuenta de cobro que se le curse con tal fin. El contratista renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de su constitución en mora. (Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto)

Aceptación de Oferta No. 4600015691

*"Si hay retardo en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, **pagará el contratista** una multa equivalente al 1.5% del precio de la parte incumplida, por cada semana de atraso o proporcional por fracción, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria. El valor de la multa no puede exceder el 20% del valor total del contrato.*

ETB emitirá cuenta de cobro y podrá descontar el valor de las multas de las sumas que le adeude al contratista por cualquier concepto. De no ser posible el descuento total o parcial, el contratista se obliga a consignar en la cuenta que ETB indique el valor o el saldo no descontado dentro del plazo que se señale en la cuenta de cobro que se le curse con tal fin. El contratista renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de su constitución en mora.

*En caso de incumplimiento total o parcial de cualquiera de las **obligaciones del contratista**, se genera a su cargo el pago de una cláusula penal pecuniaria cuyo monto será del 20% del precio del contrato. La pena no exime al proveedor del cumplimiento de la obligación principal, ni el pago de los perjuicios que superen el valor de este porcentaje en los términos del artículo 1594 del Código Civil y demás normas concordantes.*

ETB emitirá cuenta de cobro y podrá descontar el valor de la cláusula penal pecuniaria de las sumas que adeude al contratista por cualquier concepto. De no ser posible el descuento total o parcial, el contratista se obliga a consignar en la cuenta que ETB le indique el valor o el saldo no descontado dentro del plazo que se señale en la cuenta de cobro que se le curse con tal fin. El contratista renuncia expresamente a todo



requerimiento para efectos de su constitución en mora.”(Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, la demandada se arrogó facultades exorbitantes como la de aplicar y cobrar de forma unilateral multas y cláusula penal pecuniaria al contratista, cláusulas que al contravenir el ordenamiento jurídico vigente están viciadas por objeto ilícito¹⁰ y por ende tienen causal de nulidad absoluta.

Al respecto en sentencia¹¹ del 20 de febrero de 2014 dijo el Consejo de Estado:

*“las cláusulas en las que se faculta a Ecopetrol a imponer o declarar ese tipo de exorbitancias **adolecen de vicios de nulidad, incluso absoluta por objeto ilícito, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo.** En otras palabras, las diferencias que pueda haber entre Ecopetrol y sus contratistas se deben dirimir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”* (Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto)

Sobre este punto específico, el Artículo 1741 del Código Civil prescribe de forma expresa que la nulidad producida por un objeto ilícito es absoluta, así:

*“Artículo 1741. Nulidad absoluta y relativa. **La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.***

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.” (Cursiva, negrilla y subrayado del demandante)

En la sentencia antes mencionada, el Consejo de Estado, al estudiar los efectos jurídicos de incluir cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos de servicios públicos domiciliarios, los cuales por disposición de la ley se encuentran sometidos a las reglas del derecho privado, sostuvo¹²:

“La administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994. (...) Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el

¹⁰ Código Civil. Artículo 1519. Objeto Ilícito. **Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación.** Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”. (Cursiva, negrilla y subrayado del demandante)

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00262-01(45310)

¹² Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2011, exp. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



*reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículos 6º, 121 y 122 superiores). **Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que la situación descrita acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito. (...) el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) faculta al juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre alguna o algunas de sus cláusulas. (...) Así las cosas, el juez administrativo no sólo está facultado sino que tiene el deber de declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes**¹³.*" (Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto)

Se concluye entonces que en el contrato suscrito entre ETB y MELTEC no podían ser incluidas ni pactadas las cláusulas excepcionales al derecho común consignadas en el Estatuto General de Contratación Estatal por inexistencia de habilitación legal expresa a ETB para su inclusión y aplicación, con lo cual es evidente que dichas cláusulas están viciadas de nulidad absoluta por contener facultades no concedidas por la legislación a la demandada.

Lo anterior por cuanto ETB debe desarrollar su objeto social en igualdad de condiciones con los particulares sujetándose a las reglas del derecho común, en las que no existe la prerrogativa o poder excepcional de hacer cumplir de manera unilateral las disposiciones pactadas en el contrato, de ahí que también pueda considerarse que el ejercicio del poder exorbitante de hacer cumplir las cláusulas de manera unilateral supone la vulneración al principio de legalidad y la extralimitación en el ejercicio de sus funciones cuando es ejercida por una entidad sometida al derecho común. Situación que se torna más grave cuando dichas atribuciones se ejercen a sabiendas de que son contrarias al ordenamiento jurídico vigente.

Así las cosas, como quiera que en presente caso la ETB:

- a. Declaró unilateralmente el incumplimiento parcial del Contrato 460015691 a MELTEC, mediante actos administrativos contractuales del 20 de diciembre de 2016 y 10 de febrero de 2017, ratificando su decisión mediante acto administrativo contractual del 28 de abril de 2017 (Anexos 22, 24 y 14) y formalizado en Acta 2 de Bienes y Acta 1 de Servicios (Anexos 40 y 41)
- b. Impuso multa de manera unilateral a MELTEC mediante actos administrativos contractuales del 20 de diciembre de 2016 y 10 de febrero de 2017, ratificando su decisión mediante acto administrativo contractual del 28 de abril de 2017 (Anexos 22, 24 y 14) y formalizada en las Actas 2 de Bienes y 1 de Servicios (Anexos 40 y 41)
- c. Aplicó de forma unilateral la Cláusula Penal a MELTEC mediante actos administrativos contractuales del 20 de diciembre de 2016 y 10 de febrero de 2017, ratificando su

¹³ Consejo de Estado. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00262-01(45310)



- decisión mediante acto administrativo contractual del 28 de abril de 2017 (Anexos 22, 24 y 14), formalizada en Acta 2 de Bienes y Acta 1 de Servicios (Anexos 40 y 41) y;
- d. Declaró unilateralmente el siniestro de la Póliza de Cumplimiento otorgada por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., la cual ampara el cumplimiento del contrato 4600015691, como se evidencia en la comunicación enviada por la firma ajustadora (Anexo 28); siendo evidente que las decisiones unilaterales adoptadas por ETB de imponer multa, declarar el incumplimiento parcial del contrato, declarar la ocurrencia del siniestro, hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria y declarar el siniestro del contrato son manifiestamente ilegales por haber sido expedidas sin ostentar la competencia, habilitación o facultad legal requerida para ello y por desconocer las disposiciones que regulan el régimen al que se somete el contrato celebrado entre ETB y MELTEC.

Es claro entonces que, las decisiones tomadas por ETB y las cláusulas sancionatorias incluidas en el contrato suscrito con MELTEC, adolecen de objeto ilícito por haberse desconocido la aplicación de las normas vigentes aplicables para la materia y, por ende, sobre ellas se configura una causal de nulidad absoluta, que mediante este documento es expuesta por MELTEC ante el juez del contrato.

4. LA DEFENSA

La parte demandada descurre el traslado de la siguiente forma:

4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

Respecto de los hechos, la sociedad demandada se pronuncia de la siguiente forma:

4.4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA, SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO Y ACTA DE INICIO

Son ciertos los hechos relativos al trámite precontractual, aceptación de oferta y suscripción del contrato y de su acta de inicio.

4.4.2 ACERCA DE LOS HECHOS GENERADORES DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE ETB

No es cierto que la sociedad contratista haya cumplido cabalmente con sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario la aplicación de la multa a MELTEC por los retrasos soportados en días de entrega no habría tenido razón de ser. Sobre el particular puede ser consultado el documento "Cálculo de Multa por la no entrega a tiempo de las 44 zonas WiFi del Contrato No. 4600015691 suscrito entre MELTEC COMUNICACIONES S.A. y ETB S.A. E.S.P."

Este documento, producto de las certificaciones de recibido del supervisor del contrato, arrojan un atraso promedio de 51 días por cada zona WiFi.

El incumplimiento del contratista corresponde a los ítems 6 y 7 del cronograma señalado por MELTEC COMUNICACIONES.

Se aclara que el cumplimiento del cronograma correspondía al contratista y en algunos casos sin perjuicio de la colaboración del contratante, según lo establecido en el contrato y los términos de referencia del mismo, de otras partes relacionadas directa o indirectamente con las actividades del contrato, por ejemplo el caso del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la aprobación de los diseños de la Actividad No. 5



del cronograma o las aprobaciones del interventor del contrato interadministrativo 682 de 2016, Universidad de Caldas, por ejemplo lo atinente a la gestión "de los permisos enmarcados en la Actividad No. 6 del mismo cronograma".

Respecto de la aprobación de los diseños, no es preciso afirmar que esta labor competiera únicamente a ETB, pues debe tenerse en cuenta la perspectiva de una coligación contractual indirecta con el Contrato Interadministrativo 682 de 2016, para acometer los fines estatales de dicho contrato, por lo que, tal como se desprende del objeto de los términos de referencia del Contrato 4600015691, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones adquiridas entre ETB y el FONTIC, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones aprobaba igualmente el diseño de las zonas WiFi.

Tampoco es cierto el incumplimiento del plazo para aprobación de diseños de las plataformas a instalar por parte de ETB como se indica en la demanda, pues la aprobación de estos competía igualmente al FONTIC, hecho que pretende ser ignorado por el contratista a pesar de que se encuentra como aprobación obligatoria en los términos de referencia del Contrato 4600015691 en el Numeral 3.5.1.1. Además, dicho retraso de 5 días no fue tenido en cuenta por ETB de buena fe por el hecho de un tercero contractualmente coligado, ni objeto de conteo para la multa impuesta por el incumplimiento de MELTEC, así como tampoco para la tasación de la cláusula penal cobrada al contratista incumplido.

Se aclara además que la interventoría cumplía un rol determinante en el cumplimiento del tema relativo a la gestión de permisos requeridos para la instalación de zonas WiFi; teniendo en cuenta los derechos reales ajenos involucrados. Por lo anterior, la parte actora incurre en error cuando emplea el término "formatos de solicitud de permisos", pues como se puede establecer, dichos formatos no existen a nivel legal, pero además tampoco se menciona un formato de solicitud de permisos como se afirma en la demanda. En efecto, las observaciones de la interventoría estuvieron encaminadas a señalar que el contenido para solicitar dichos permisos era insuficiente, por lo cual se solicitó al contratista la complementación de la solicitud de los permisos y los permisos como tal, y así evitar acciones jurídicas en el futuro respecto de la afectación de derechos de terceros, que implicaban la instalación de las zonas WiFi, aspectos estos indiferentes al contratista, lo que le hizo incurrir en yerros a la hora de solicitar dichos permisos.

Resulta evidente la contradicción en que incurre la parte actora en tanto por un lado reclama al Despacho por la modificación de formatos de solicitud de permisos, pero por otro se indica que dicho formato no se encontraba definido en los términos de referencia, entonces ¿cómo es posible modificar un formato que no estuvo nunca definido? ¿modificar un formato que no existía?

Tampoco es cierto señalar que la interventoría y ETB hayan señalado requisitos mínimos posteriormente, pues dada la calidad del contratista en virtud de su experiencia debía conocer el contenido de los permisos con anterioridad a eventuales observaciones que pudiese hacer ETB o el interventor. En estos términos se expresa el Numeral 3.5.2 de los Términos de Referencia del Contrato 4600015691 al señalar en el subtítulo sobre gestión de permisos que: "El proveedor deberá cumplir con las normas aplicables en derecho, la regulación, la Constitución Nacional, los mandatos superiores en materia de telecomunicaciones, normas técnicas aplicables, normatividad nacional, departamental y municipal frente a licencias, permisos y autorizaciones."

Se precisa además que el supervisor en el ejercicio de sus funciones legales y contractuales no imparte instrucciones, sino que realiza una coordinación de actividades con sus supervisados, sin que ello implique de alguna manera subordinación, y que claramente dichas solicitudes no sustituyen procedimientos administrativos, pues se trata de subsanaciones requeridas al contratista, con base en la experticia técnica del interventor del



Contrato 682 de 2016 y la impericia por parte de MELTEC en la consecución de los permisos requeridos.

El oferente MELTEC debió manifestar las particularidades sobre posibles inconvenientes si así lo consideraba, para con los entes territoriales, ETB contaba con toda la confianza legítima de que su contratista era ampliamente conocido en el sector para el trámite de los anotados permisos, sin perjuicio de aclarar que estos no solamente debían darse con entes territoriales como se indica en la demanda, sino también con particulares, propietarios en algunos puntos donde se tenía pensado colocar dichos puntos, lo cual reafirma en últimas la insuficiencia de la planeación por parte de MELTEC de los trámites que tenía que realizar para la consecución de los permisos.

De otra parte, en cumplimiento de sus obligaciones de colaboración con el contratista, pero sobre todo con miras al cumplimiento del Contrato 682 de 2016, la ETB prestó sus buenos oficios para facilitar o agilizar la consecución de los permisos, sin que esto significara en ese momento el subrogarse en la posición del contratista.

Se reitera la parte demandada en que no hubo modificaciones a los términos de referencia ni a alguna prestación debida por el contratista, por lo cual los retrasos que justificaron el cobro de las multas y cláusula penal se deben a la impericia e inexperiencia de MELTEC para la consecución de los permisos relativos a la instalación de zonas WiFi.

En cuanto al Acuerdo No. 2, modificatorio del Contrato 4600015691 la prórroga se dio hasta el 20 de diciembre de 2016, sin que se modificara el cronograma y se resalta el Parágrafo Segundo de la Cláusula Primera sobre la visita de revisión de las 44 zonas WiFi que debía entregar el contratista, las cuales reconoce MELTEC, teniendo en cuenta el carácter consensual y suscrito por las partes de dicho documento, que el contratista aún no había reportado para la fecha del Acuerdo No. 2 las zonas objeto del contrato.

El contratista pretende esconder los yerros que de suyo ocasionaron retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones para la entrega de zonas WiFi, pretendiendo que ETB le acordara modificaciones que justificasen dichos retrasos.

En cuanto al monto de la tasación del monto de la sanción, se aportan las actas y oficios que ratificaron el incumplimiento del contratista MELTEC, tasaciones sancionatorias que de buena fue fueron reducidas por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de ETB.

4.4.3 ACERCA DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON LA EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES POR PARTE DE LA ETB

Una de las razones de aplicación de la cláusula penal al contratista fue su reiterada negligencia e incumplimiento en la entrega de las zonas WiFi, fueron en realidad las labores que directamente desarrolló la ETB las que permitieron cumplir con el Contrato Interadministrativo 682 de 2016, incluyéndose los gastos en que se incurrió en el monto de la sanción, teniendo en cuenta que constituían gastos imprevistos para la empresa contratante ahora demandada.

Se aclara que los acuerdos modificatorios y prórrogas tal como quedó consignado en estos, no obstaban para evidenciar el incumplimiento de MELTEC en lo que sus obligaciones se referían, cobrando las tasaciones que eventualmente se calcularan para el respectivo cobro. Otro error del contratista es pensar que la ETB ejerce como autoridad administrativa facultada para emitir actos administrativos en lo contractual, ya que rigiéndose por el Artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, lo contractual se rige por el derecho privado, careciendo de competencia para emitir actos administrativos contractuales y por ende para conceder recursos.



De esta forma, los cobros realizados se dieron con base en las cláusulas contractuales preestablecidas relativas a multas y a cláusula penal, no como manifestación del poder unilateral de ETB en el contexto del derecho administrativo sancionatorio.

Además, la parte demandada tiene como cierto que el Acuerdo 3 se suscribió después de vencido el plazo contractual al cumplir exclusivamente funciones de liquidación contractual.

En cuanto a lo consignado en las actas, la demandada se atiene al tenor de lo consignado en ellas.

Se aclara que las reuniones de avance en la ejecución contractual no son el escenario suficiente ni idóneo para aprobaciones o verificaciones de tipo técnico, si dichas actividades no están soportadas por documentos de recibo a satisfacción suscritos por funcionarios o trabajadores competentes, en este caso, el supervisor y el interventor.

Igualmente se atiene al contenido de las respuestas dadas al contratista.

En cuanto a las salvedades hechas por el contratista, la demandada se atiene a lo consignado en el acta correspondiente, las cuales se acompasaban con la realidad y por tanto aquellas que sean ciertas, a pesar de lo cual el contratista se negó a suscribir dicha acta.

Por último, respecto de la forma de pago, la parte demandada se atiene a la Cláusula del Contrato relativa al tema y precisa que dio cumplimiento a la misma.

4.4.4 ACERCA DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON LA ELABORACIÓN DEL MATERIAL POP – 13.500 LAPICEROS

No es cierto. La pretensión referida a unos esferos POP constituye una tergiversación de las especificaciones técnicas de los términos de referencia del contrato 4600015691 por parte del contratista, aclarándose que dicho material en ningún acápite de los términos de referencia se menciona, así como tampoco en alguna cláusula del Contrato, por lo cual no existe soporte legal ni contractual para reconocer el pago de dicho material.

4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La parte demandada se opuso expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

4.3 RAZONES DE LA DEFENSA

Los acápites correspondientes a las razones de la defensa planteadas por la sociedad demandada se resumen a continuación:

4.3.1 SOBRE LA TRASGRESIÓN DE LOS PRINCIPIOS PACTA SUNT SERVANDA Y BUENA FE

A. APROBACIÓN DISEÑOS ZONAS WiFi EN LOS TIEMPOS ESTABLECIDOS EN EL CRONOGRAMA

No se aportan pruebas con la demanda que demuestren tal trasgresión, pues la parte actora centra su atención sobre los 5 días de retraso en el cronograma, lo cual parece más un motivo distractor del verdadero incumplimiento del contratista, pues estos 5 días no se utilizaron como soporte para justificar la aplicación de la multa ni de la cláusula



penal cobradas a la accionante, pues se reconoce que dicho retraso no es imputable al accionante, tal como lo corrigió el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de ETB.

Lo anterior resulta claro al comparar la comunicación del ETB del 20 de diciembre de 2016 que indica "Cuya tasación se efectuará desde la fecha pactada para la entrega (30 de octubre de 2016)", y el Acta de Bienes No. 2 del 11 de agosto de 2017 que indicó que "se presentó el tema en el Comité de Conciliación y Defensa Judicial, en sesiones del 7, 14 y 21 de julio de 2017, quien recomendó en relación con la multa, ajustarla a la realidad de la mora o retraso en que incurrió el contratista, y en relación con la cláusula penal, aplicarla de forma proporcional al incumplimiento efectivamente demostrado." (Subrayado del demandado)

Por lo anterior, procedió a dar aplicación a dichas decisiones, para lo cual, tal como se puede verificar en la penúltima tabla del Acta de Bienes 2 del 11 de agosto de 2017, la Columba de la fecha contractualmente prevista para la entrega de la zona WiFi mutó del 30 de octubre de 2016 al 5 de noviembre del mismo año.

No ha podido la parte actora a lo largo de la demanda enlistar tan siquiera una sola obligación enmarcada en el contrato o en los términos de referencia que haya sido incumplida por ETB, pues sus alegados incumplimientos versan sobre aspectos ínfimos relativos a supuestas faltas de coordinación interinstitucional, presentación en debida forma ante entes territoriales o el respeto por la autonomía del contratista, sin encarar los reales y verificables incumplimientos que se le endilgan en los escritos justificativos de la aplicación tanto de la multa como de la Cláusula Penal por incumplimiento general del Contrato 4600015691, en especial que para el 5 de noviembre de 2016, **ninguna** de las 44 zonas WiFi había sido entregada, obligación esta principal y neurálgica del objeto contratado ente ETB S.A. y MELTEC COMUNICACIONES.

Adicionalmente, ETB cuenta con soportes fehacientes de los gastos en que incurrió para dar cumplimiento al Contrato 682 de 2016, subsanando las negligencias y retrasos de MELTEC, quien no pudo entregar a tiempo alguno de los 44 puntos de zonas WiFi convenidas contractualmente.

En estos términos se pronuncia el Acta de Bienes No. 2 del 12 de agosto de 2017, que aplicó el cobro de la multa convenida, la cual fue además corregida según el mandato del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de ETB y acogida en el Informe de Liquidación GSC-408-2017 del 3 de noviembre de 2017 que señala:

"La suma de \$71.506.342, una vez el Comité de Conciliación ETB solicitó el recálculo al facultado, quien a través del Área de Estudios Económicos, realizaron una revisión de los soportes, para emitir una nueva tasación del cobro relativo a la Cláusula de Multa, dando precisamente aplicación a la ley del contrato (pacta sunt servanda), teniendo en cuenta adicionalmente la aceptación de oferta del contratista Meltec en cuanto a que "Si hay retardo en el cumplimiento cualquiera de sus obligaciones, pagará al contratista una multa equivalente al 1.5% del precio de la parte incumplida, por cada semana de atraso, o proporcional por fracción, sin perjuicio de la cláusula penal pecuniaria. El valor de la multa no puede exceder el 20% del valor total del contrato."

Teniendo en cuenta que las multas consistían en advertencias de apremio al contratista para el cabal cumplimiento del contrato, estas fueron desatendidas, por lo que desembocó en la aplicación de la Cláusula Penal mediante el Acta de Bienes No. 2 del 11 de agosto de 2017, la cual utilizó en equidad los gastos en que incurrió ETB.



B. INCUMPLIMIENTOS

- NUMERAL 3.1 TÉRMINOS DE REFERENCIA DEL CONTRATO 4600015691 DESACATANDO LAS DIRECTRICES DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO MARCO No. 682 DE 2016
- NUMERAL 3.5 Y SUS SUBNUMERALES DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA DEL CONTRATO 4600015691
- NUMERAL 3.5.2 GESTIÓN DE PERMISOS: MELTEC como responsable de la gestión, trámite y consecución de licencias, autorizaciones y permisos a que haya lugar para el desarrollo del presente proyecto, así como pago de tasas y costos que se generen en la obtención de estos.
 - a. TÉCNICOS (OBRAS CIVILES Y SISTEMA ELÉCTRICO): Obras civiles requeridas para la instalación de los equipos que serán de responsabilidad del proveedor y tener en cuenta la solución energética para el suministro eléctrico específico de la zona WiFi y tomar las previsiones necesarias y los sistemas de protección y puesta a tierra que permitan ofrecer el servicio en la zona WiFi.
 - b. INSTALACIONES: El contratista incumplió en la instalación de algunas zonas WiFi donde se vio obligado a realizar actividades para terminar o concluir su instalación y contar con aprobación MINTIC, en concordancia con el objeto de los términos de referencia del contrato 4600015691 y el Contrato 682 de 2016 suscrito entre ETB y FONTIC.
 - c. GASTOS ADICIONALES DEL CONTRATANTE PARA REMEDIAR EL INCUMPLIMIENTO DE MELTEC: ETB asumió, además del pago para gestionar permisos y realizar actividades de instalación e implementación de algunas zonas WiFi, el pago de pasajes y viáticos derivados de las visitas programadas por la interventoría, discriminados así:

Ítem	Concepto	Detalle	Fecha	Valor antes de impuestos	Valor con impuestos	Clasificación
1	Adicionales	Pago certificado de tradición y libertad Ciénaga - Magdalena requerido para el proyecto Mintic-Esperanza Cabrera	13/12/2016	\$ 11.981,76	\$ 13.900,00	Permisos
2	Tiquetes y transporte	Mónica Liliana Fonseca BGT-CAR-BGT	16/11/2016	\$ 655.827,59	\$ 794.260,00	Permisos
3	Tiquetes y transporte	Luz Maritza Romero BGT-Pas-BGT	21/11/2016	\$ 1.080.406,17	\$ 1.286.770,00	Permisos
4	Tiquetes y transporte	Armando Javier Manrique BGT-Arauca-BGT	21/11/2016	\$ 621.094,83	\$ 753.970,00	Permisos
5	Tiquetes y transporte	Luz Maritza Romero Past-BGT	22/11/2016	\$ 209.741,38	\$ 275.800,00	Permisos
6	Tiquetes y transporte	Luz Marina Romero - BGT - Yopal	24/11/2016	\$ 710.706,90	\$ 857.920,00	Permisos
7	Tiquetes y transporte	Luz Maritza Romero Yopal-BGT	25/11/2016	\$ 631.655,17	\$ 650.220,00	Permisos
8	Tiquetes y transporte	Benjamín Ochoa Bohórquez	3/12/2016	\$ 750.801,72	\$ 904.430,00	Permisos
9	Tiquetes y transporte	Paula Guerra Támara	5/12/2016	\$ 615.775,86	\$ 747.800,00	Permisos
10	Tiquetes y transporte	Ilia Marina Obando de Torres	5/12/2016	\$ 984.887,93	\$ 1.175.970,00	Permisos
11	Tiquetes y transporte	Héctor Armando Castillo Amaya	5/12/2016	\$ 929.431,03	\$ 1.111.640,00	Permisos
12	Tiquetes y transporte	Ricardo Arturo Arias Beltrán	4/12/2016	\$ 572.913,79	\$ 705.080,00	Permisos
13	Tiquetes y transporte	Esperanza del Carmen Cabrera Rengifo	5/12/2016	\$ 832.603,45	\$ 999.320,00	Permisos
14	Tiquetes y transporte	William Puerto Corredor	6/12/2016	\$ 661.224,14	\$ 800.520,00	Permisos



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

Ítem	Concepto	Detalle	Fecha	Valor antes de impuestos	Valor con impuestos	Clasificación
15	Tiquetes y transporte	Wilmer Yessit Torres Vega	13/12/2016	\$ 724.706,90	\$ 874.160,00	Permisos
16	Tiquetes y transporte	Esperanza del Carmen Cabrera Rengifo	14/12/2016	\$ 617.672,41	\$ 750.000,00	Permisos
17	Tiquetes y transporte	Wilmer Yessit Torres Vega		\$ 190.964,66	\$ 255.019,00	Permisos
18	Tiquetes y transporte	Peajes Dorada-Gasolina	19/12/2016	\$ 66.034,48	\$ 76.600,00	Permisos
19	Viáticos	Julio César Ramírez	19/12/2016	\$ 221.493,38	\$ 240.937,00	Permisos
20	Viáticos	Mónica Liliana Fonseca	16/11/2016	\$ 690.067,66	\$ 722.811,00	Permisos
21	Viáticos	Carlos Arturo Orozco	17/11/2016	\$ 227.492,72	\$ 240.937,00	Permisos
22	Viáticos	Luz Maritza Romero	21/11/2016	\$ 524.016,11	\$ 542.109,00	Permisos
23	Viáticos	Armando Javier Manrique	21/11/2016	\$ 679.052,33	\$ 903.515,00	Permisos
24	Viáticos	Luz Maritza Romero	25/11/2016	\$ 524.016,11	\$ 542.109,00	Permisos
25	Viáticos	Armando Javier Manrique Álvarez	28/11/2016	\$ 369.201,98	\$ 379.476,30	Permisos
26	Viáticos	Ilia Marina Obando de Torres	5/12/2016	\$ 256.628,24	\$ 301.171,50	Permisos
27	Viáticos	Paula Guerra Támara	5/12/2016	\$ 267.018,65	\$ 301.171,50	Permisos
28	Viáticos	Ricardo Arturo Arias Beltrán	4/12/2016	\$ 1.204.685,00	\$ 1.204.685,00	Permisos
29	Viáticos	Héctor Armando Castillo Amaya	5/12/2016	\$ 781.675,57	\$ 903.514,50	Permisos
30	Viáticos	Benjamín Ochoa Bohórquez	3/12/2016	\$ 545.683,10	\$ 542.109,00	Permisos
31	Viáticos	William Puerto Corredor	5/12/2016	\$ 508.769,30	\$ 542.109,00	Permisos
32	Viáticos	Esperanza del Carmen Cabrera Rengifo	6/12/2016	\$ 1.174.507,60	\$ 1.204.685,00	Permisos
33	Viáticos	Esperanza del Carmen Cabrera Rengifo	13/12/2016	\$ 704.704,58	\$ 722.811,00	Permisos
34	Viáticos	Eric Alexander Ramírez Rodríguez	16/12/2016	\$ 177.070,87	\$ 180.703,00	Permisos
35	Viáticos	Rafael Orlando Félix Villalobos Montenegro	19/12/2016	\$ 176.189,94	\$ 180.703,00	Permisos
36	Viáticos	Rafael Orlando Félix Villalobos Montenegro	14/12/2016	\$ 1.233.329,60	\$ 1.264.921,00	Permisos
37	Viáticos	Paula Andrea Álvarez González	16/12/2016	\$ 229.263,60	\$ 240.937,00	Permisos
38	Tiquetes y transporte	Tiquete Manizales-Bogotá interventoría contrato cliente Eliana Marín Palacio	1/11/2016	\$ 180.717,00	\$ 217.597,00	Revisitas
39	Tiquetes y transporte	Tiquete Manizales-Bogotá interventoría contrato cliente Giovan Alarcón	20/12/2016	\$ 131.900,00	\$ 165.727,00	Revisitas
40	Tiquetes y transporte	Tiquete Manizales Bogotá Eliana Marín	29/10/2016	\$ 156.000,00	\$ 193.677,00	Revisitas
41	Tiquetes y transporte	Tiquete Barranquilla-Bogotá-Manizales interventoría contrato cliente Jorge Andrés García	30/11/2016	\$ 700.594,83	\$ 812.690,00	Revisitas
42	Tiquetes y transporte	Tiquete Manizales-Bogotá-Neiva interventoría contrato cliente Eliana Marín Palacio	10/12/2016	\$ 673.600,00	\$ 808.397,00	Revisitas
43	Tiquetes y transporte	Tiquete Manizales-Bogotá interventoría contrato cliente Carlos Buriticá	15/12/2016	\$ 324.781,90	\$ 375.747,00	Revisitas
44	Tiquetes y transporte	Tiquete BTA-SMR Interventoría contrato cliente Carlos Buriticá	16/12/2016	\$ 342.000,00	\$ 410.820,00	Revisitas
45	Tiquetes y transporte	Tiquete Pereira-Montería-Pereira interventoría cliente Giovan Alberto Alarcón	15/12/2016	\$ 637.000,00	\$ 783.860,00	Revisitas
46	Tiquetes y transporte	Revisita Montería Erick Ramírez	15/12/2016	\$ 820.000,00	\$ 1.043.280,00	Revisitas
47	Tiquetes y transporte	Tiquete Manizales interventoría contrato cliente a nombre de Lizbeth Robayo	16/12/2016	\$ 273.530,00	\$ 287.830,00	Revisitas
48	Tiquetes y transporte	Tiquete Bogotá interventoría contrato cliente a nombre de Lizbeth Robayo	16/12/2016	\$ 354.030,00	\$ 366.747,00	Revisitas
49	Tiquetes y transporte	Tiquete Santa Marta-Bogotá-Manizales interventoría contrato cliente Carlos Buriticá	16/12/2016	\$ 256.750,00	\$ 297.830,00	Revisitas
50	Tiquetes y transporte	Tiquete Bogotá-Montería-Bogotá interventoría contrato cliente Carlos Buriticá	18/12/2016	\$ 732.568,97	\$ 849.780,00	Revisitas



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

Ítem	Concepto	Detalle	Fecha	Valor antes de impuestos	Valor con impuestos	Clasificación
51	Tiquetes y transporte	Tiquete Bogotá-Pereira interventoría contrato cliente Carlos Buriticá	19/12/2016	\$ 362.600,00	\$ 434.720,00	Revisitas
52	Viáticos	Revisita Valledupar interventoría Jorge Andrés Grisales García	16/12/2016	\$ 260.000,00	\$ 260.000,00	Revisitas
53	Viáticos	Revisita Montería interventoría Giovan Alarcón Lancheros	16/12/2016	\$ 586.500,00	\$ 589.500,00	Revisitas
54	Viáticos	Revisita Armenia interventoría Eliana Marian Palacio	22/12/2016	\$ 186.000,00	\$ 186.000,00	Revisitas
55	Viáticos	Revisita a Neiva interventoría Eliana Marín Palacio	22/12/2016	\$ 290.400,00	\$ 290.400,00	Revisitas
56	Viáticos	Revisita Soacha Ciénaga cliente Carlos Enrique Buriticá Burgos	22/12/2016	\$ 969.734,00	\$ 969.734,00	Revisitas
57	Viáticos	Revisita Montería Erick Ramírez	16/12/2016	\$ 903.515,00	\$ 903.515,00	Revisitas
58	Adicionales	Revisión posterior Pasto John Erazo Yela	16/12/2016	\$ 300.000,00	\$ 300.000,00	Técnicos
59	Adicionales	Instalación eléctrica Neiva Pedro Nel Perdomo	13/12/2016	\$ 1.600.000,00	\$ 1.600.000,00	Técnicos
60	Adicionales	Compra medidor Dosquebradas	5/12/2016	\$ 76.800,00	\$ 89.088,00	Técnicos
61	Adicionales	Instalación 1 poste Medellín	21/11/2016	\$ 850.000,00	\$ 837.134,93	Técnicos
62	Adicionales	Instalación 3 poste Soacha	23/11/2016	\$ 1.393.480,78	\$ 1.406.908,55	Técnicos
63	Conectividad	Tarifa que ETB dejó de percibir del 1 - 20 dic 2016			\$ 119.117.345,40	Conectividad
64	Técnicos	Canalización de zona WiFi Cali			\$ 6.473.317,68	
Total					\$ 164.266.439,36	

4.3.2 FALTA DE GESTIÓN DE PERMISOS POR MELTEC COMUNICACIONES

La demandante sostiene que ETB incurrió en falta de coordinación interinstitucional con los entes territoriales de forma eficiente antes del inicio del contrato. Debe resaltarse la impericia de MELTEC al mencionar únicamente a los entes territoriales, como destinatarios de los permisos que debían expedirse para la instalación de zonas WiFi, resultando preocupante que el contratista en su espectro ni siquiera tuvo en cuenta otros sujetos de derecho con los que debía gestionar igualmente los permisos, por lo que resulta desafortunado que su frustrada gestión se haya concentrado únicamente en los entes territoriales, ignorando de las demás personas jurídicas (dependiendo del punto donde debía instalares el punto WiFi) con las que debía adelantarse dicha gestión.

La sociedad accionante no solo no identifica la actividad anteriormente aludida como obligación de ETB a la luz de los términos de referencia o la minuta del contrato, sino que, al no tener obligaciones que demostrar incumplidas por ETB en el contrato objeto de esta acción, de forma oportunista trae a colación una obligación del Contrato Interadministrativo Marco 682 de 2016 (Cláusula 4, Numeral 7 y Cláusula 5 Numeral 6) sobre gestionar permisos, cuando precisamente lo que se buscó con el perfeccionamiento y suscripción del Contrato 4600015691 fue la ejecución material de dicha actividad, es decir, ETB buscó a un proveedor idóneo y con experiencia suficiente para gestionar este tipo de permisos que pudieren facultar la instalación de las zonas WiFi, por lo que en conclusión, la parte actora confunde la naturaleza jurídica de un contrato marco interadministrativo con un contrato de prestación de servicios justamente regido por el derecho privado adicionalmente para materializar y poder ejecutar las obligaciones del contrato interadministrativo reglado por el Estatuto General de la Contratación Pública y así poder materializar los fines estatales contenidos en el Contrato 682 de 2016.

Es claro que la demandante pretende desconocer las obligaciones derivadas del Contrato 4600015691, desconociendo igualmente, a la luz de la teoría de distribución de riesgos del contrato, aquellos que debía prever y le competían con base en las obligaciones tantas veces mencionadas del aludido contrato, ignorando adicionalmente que, es precisamente el objeto



de los términos de referencia del contrato lo que lo vincula obligatoriamente con las directrices y obligaciones del Contrato 682 de 2016.

"a) Objeto

La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., en adelante ETB, está interesada en recibir oferta para "el diseño, instalación, operación, servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, así como la promoción de la infraestructura necesaria para la prestación de servicio a (sic) internet a la comunidad, a través de redes inalámbricas con tecnología WiFi, para el cliente Fondo Tecnologías de Información y las Comunicaciones FONTIC, de conformidad con las estipulaciones contenidas en el presente documento y en el Manual de Contratación de ETB" el cual debe ser consultado en la página www.etb.com.co"

4.1.3 SOBRE EL RESPETO DE LA FALTA DE AUTONOMÍA DEL CONTRATISTA EN CUANTO A LA SOLICITUD DE PERMISOS

Confunde la parte actora el concepto de autonomía del contratista, pues de un lado no se encuentran motivos que justifiquen dicha vulneración y de otra parte la autonomía no está en grado de soslayar el marco del derecho de contratos, las labores de coordinación del supervisor ni las observaciones técnicas del interventor o de la parte que incide en el Contrato Marco, cuyos parámetros hacían parte integrante del Contrato 4600015691.

En este sentido se pronuncia el Consejo de Estado sobre la relación de coordinación del supervisor con los contratistas, sin que implicase afectación de la autonomía o configuración de la subordinación, como elemento característico del contrato de trabajo o de una vinculación legal o reglamentaria, al respecto:

"Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación."

4.1.4 SOBRE LA SUPUESTA AMPLIACIÓN TÁCITA DEL CRONOGRAMA POR LAS PRÓRROGAS SUSCRITAS

De la lectura de la estipulaciones establecidas en los acuerdos de prórroga, diferentes de las prórrogas de la liquidación, las que no inciden en la ejecución del contrato, es posible concluir que dichas estipulaciones no tuvieron incidencia ni modificación alguna en las actividades del cronograma que para esa fecha tenían que haber sido ejecutadas por el contratista, ni en las sanciones que se cobraron en derecho al contratista incumplido, como consta en las cláusulas 1 y 4 del Acuerdo 1 al Contrato 4600015691:

"Prorrogar el plazo de ejecución por 9 días calendario a partir del 1 de diciembre de 2016" Parágrafo "La suscripción de la presente prórroga no exonera de eventuales sanciones por posibles daños a ETB"

"Las demás estipulaciones contractuales en cuanto no se opongan a lo aquí dispuesto continúan vigentes y son de obligatorio cumplimiento entre las partes."



4.1.5 SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA PARA COBRAR MULTAS Y CLÁUSULA PENAL

Sobre el concepto de "imposición" de multas, invocado por el demandante y si régimen de aplicación, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 25 de mayo de 2016, radicado 11001-03-06-000-2006-00050-00 (Rad. 1748) señaló:

*"A más de la expresión "hacer efectivas" las multas y cláusula penal pecuniaria, se utilizaba el vocablo "imponer" para indicar que al ejercer estas potestades la Administración se encontraba en una posición de superioridad frente a su contratista, y que, en forma unilateral, lo obligaba al pago del valor de tales penas. Anota la Sala que a partir de ésta idea se generalizó i) **error que consiste en pensar que en derecho privado no se pueden "imponer" ni multas ni cláusulas penales por parte de la administración, de lo que se desprendería que tan sólo es el juez el que podría hacerla.** Más adelante se vuelve sobre esta imprecisión conceptual, al distinguir entre la "imposición" de la multa y su "exigibilidad".*

(...)

*Considera la Sala que debe detenerse en el tema de la exigibilidad de las cláusulas penales, pues según se desprende de la consulta formulada por el Sr. Ministro, al desaparecer las cláusulas de multas y la penal pecuniaria como consecuencia del cambio de legislación, no es posible "imponer" ninguna de las anteriores. **Como se advirtió el verbo "imponer" se encontraba en el derogado artículo 71 del decreto ley 222 de 1983, y se entendió como característico de una relación jurídica de subordinación, exclusiva del derecho público. La Sala considera que al desaparecer la legislación anterior y al tener que interpretarse las cláusulas de multas y la penal pecuniaria bajo el régimen de las cláusulas penales del código civil, no puede hablarse en estricto sentido de "imponer multas" sino de la -"exigibilidad" de las penas, estipuladas en los contratos, que como se dijo, son obligatorias a partir de la mora del deudor,** y si no las paga voluntariamente, prestan mérito ejecutivo.*

(...)

***De acuerdo con lo expuesto, en los contratos en los que está prohibida la inclusión de las potestades excepcionales, o que siendo facultativa su estipulación no se hallen en el contrato, la administración carece de estas atribuciones, y por lo mismo los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado.** Dicho en otra forma, al no existir los privilegios, propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, **la administración debe actuar como cualquier particular en una relación contractual, pues, aunque el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares.** Esta situación es similar a la que se vivía bajo el régimen del decreto ley 222 de 1983 con los contratos de derecho privado de la administración, o de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no están sometidos a la ley 80 de 1993.*

En caso de haberse pactado cláusulas penales bajo cualquiera de las modalidades antes explicadas en los contratos que carecen de las potestades excepcionales, exigibilidad se hará conforme con las normas del derecho privado expuestas anteriormente, según lo ordena el artículo 13 de la ley 80 de 1993, esto es, requerirá a su contratista, y si incumple deberá acudir la jurisdicción administrativa; en -cuyo caso tiene la opción propia del derecho privado: bien sea que ejecuta para el cumplimiento de la obligación principal más la indemnización moratoria de perjuicios o las cláusulas penales que sea posible acumular con la primera, o, bien sea que sólo



ejecuta por la indemnización de perjuicios, que puede ser la cláusula penal compensatoria, según se expuso. Cuando no existan las potestades excepcionales enumeradas en el artículo 14 del Estatuto General de Contratación. de la Administración, la administración no puede expedir actos administrativos para terminar el contrato, declarar el incumplimiento total o parcial del mismo.

*Dado que en el derecho contractual vigente, no existe un referente legal exacto que permita interpretar y extraer los efectos jurídicos de una cláusula en la que se acuerde la facultad para "imponer al contratista multas," en principio tal disposición debe ser interpretada siguiendo las reglas propias de las cláusulas penales, teniendo en consideración que si cumple una función de apremio o de garantía éstas deben ser inequívocas; y que en caso de duda en su interpretación, debe tomarse como cláusula penal a manera de tasación anticipada de perjuicios. Entonces, si esta cláusula penal intitulada como multa, es exigible a partir del incumplimiento o de la mora del contratista, **la administración podrá cobrar su valor al contratista, bien sea incluyéndola en los actos administrativos en que se ejerza alguna de las potestades del artículo 18 de la ley 80 de 1993, bien sea adelantando un proceso ejecutivo contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa. Igualmente podrá compensarla de acuerdo con las reglas generales del Código Civil.***

Es necesaria una interpretación armónica del concepto emitido por el Consejo de Estado respecto del Artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 para el caso concreto de la naturaleza jurídica de ETB S.A. E.S.P., en el entendido de dilucidar que la empresa, ejerciendo el régimen privado en cuanto a sus actos, no les son aplicables las normas de contratación pública que aluden a las tradicionalmente llamadas cláusulas exorbitantes, como las del Artículo 18 de la Ley 80 de 1993, por lo que en conclusión, la regla general es que no expide actos administrativos.

"Artículo 55. Régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Los actos y contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado"(Subrayado del demandado)

En gracia de discusión, cabe analizar entonces si los actos jurídicos demandados son actos que llevan implícito el ejercicio de prerrogativas o potestades públicas, o constituyen actos de autoridad, o revelan procedimientos generales de contratación, pues de la simple lectura de los mismos, se concluye que no corresponden con alguna de estas características y por tanto no son actos administrativos, en concordancia con las características comunes a los actos enmarcados en el Artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 en concordancia con la Ley 142 de 1994, con lo cual los oficios aludidos se limitan al cobro de las cláusulas de multa y cláusula penal consentidos y reconocidos con ocasión del perfeccionamiento del contrato 4600015691 por la demandante.

En conclusión, los oficios catalogados como "actos administrativos" por el demandante no lo son en realidad, por las razones antes indicadas y no están en grado de aplicar per se, alguno de ellos, multa alguna. No obstante, se aclara de manera general que los oficios que expide ETB a través de los funcionarios facultados para estos efectos, en el ámbito de su contratación, se limitan a interpretar y a aplicar las cláusulas de los contratos que suscriben con los particulares en igualdad de condiciones como lo ordena el Artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, es decir en concordancia con el régimen de derecho privado, sin que constituyan actos administrativos, según los parámetros de la doctrina clásica del derecho administrativo que ha adoptado el Consejo de Estado en cuanto a sus formalidades y contenido.



4.1.6 SOBRE LA MALA FE PROCESAL EN CUANTO A LA SOLICITUD DE DESCONOCER CLÁUSULAS ACORDADAS Y RECONOCIDAS POR MELTEC COMUNICACIONES S.A.

Afirma el accionante:

"Sin embargo, quebrantando este principio de igualdad de los contratantes, ETB incluyó, en los términos de referencia y en el Contrato suscrito con Meltec, cláusulas que le otorgaban facultades exorbitantes a ETB"

Pretende la parte actora mediante esta afirmación y la pretensión declarativa séptima principal, desconocer su plena valoración y verificación del clausulado contractual y los términos de referencia, la cual se materializó con la aceptación a la oferta contentiva de los términos de referencia según documento del demandante fechado el 1 agosto de 2016, en el cual expresó lo siguiente:

"En consecuencia, el suscrito, declara que:

- a) La presentación de la oferta constituye la aceptación de todos los documentos que hacen parte de la Invitación (Manual de Contratación de ETB, términos de referencia y las adendas que se emitieron respecto de los mismos, explicaciones dadas en la reunión informativa, los cuales he leído y comprendido cuidadosa e íntegramente.*
- b) Garantizo la total correspondencia de la Oferta con el contenido de los mencionados documentos, sin salvedades, excepciones, alternativas, condicionamientos, modificación alguna."*

Una vez reconocidas en la oferta de Meltec las cláusulas relativas a multa y cláusula penal, pretende ahora desconocerlas, e igualmente desconocer la validez de dichas cláusulas en el derecho civil no solo es evidente sino anterior a la aplicación de esta clase de cláusulas en el derecho público, pretendiéndose conocer el ejercicio y aplicación de estas confundiéndolas con facultades de la Administración en virtud del derecho administrativo sancionatorio.

Se aclara que el cobro de estas no puede constituir per se un enriquecimiento sin justa causa, puesto que no se cumple con la totalidad de requisitos y circunstancias que ha exigido la normativa civilista y la jurisprudencia tanto de la Jurisdicción Ordinaria como de la Contencioso Administrativa, y que la razón de ser del cobro de estas es restablecer el statu quo del contrato por los perjuicios que se causaron por el incumplimiento del accionante.

En conclusión, la demandada no trasgredió el principio de pacta sunt servanda ni la buena fe contractual, en tanto sí sufrió daños por los gastos en que incurrió y que constituyen perjuicios verificables, actuales y concretos, sin que exista juramento estimatorio respecto de los perjuicios que alega haber sufrido la parte actora, así como tampoco pruebas que los demuestren. La sociedad accionante contraviene la Aceptación de Oferta 4600015691 en cuanto a la forma de pago con su pretensión quinta principal de condena. Se reitera la legalidad de los oficios que hicieron efectivo el cobro de las cláusulas relativas a multas y cláusula penal de los términos de referencia y la aceptación de oferta.

5. TRÁMITE

Las principales actuaciones dentro del proceso se surtieron de la siguiente forma:



Actuación	Fecha
Admisión de la demanda	2018/03/22
Audiencia inicial	2019/02/05
Audiencia de pruebas	2020/09/08
Al Despacho para fallo	2020/09/20

Durante el trámite del proceso, se dispuso la suspensión de términos de la siguiente forma durante el año 2020:

Acuerdo	Fecha	Desde	Hasta
PCSJA20-11517 Consejo Superior de la Judicatura	15/03/2020	16/03/2020	20/03/2020
PCSJA20-11518 Consejo Superior de la Judicatura	16/03/2020	16/03/2020	20/03/2020
PCSJA20-11521 Consejo Superior de la Judicatura	19/03/2020	21/03/2020	03/04/2020
PCSJA20-11526 Consejo Superior de la Judicatura	22/03/2020	04/04/2020	12/04/2020
PCSJA20-11532 Consejo Superior de la Judicatura	11/04/2020	13/04/2020	26/04/2020
PCSJA20-11546 Consejo Superior de la Judicatura	25/04/2020	27/04/2020	10/05/2020
PCSJA20-11549 Consejo Superior de la Judicatura	04/05/2020	11/05/2020	24/05/2020
PCSJA20-11556 Consejo Superior de la Judicatura	22/05/2020	25/05/2020	08/06/2020
PCSJA20-11567 Consejo Superior de la Judicatura	05/06/2020	08/06/2020	01/07/2020

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

6.1 PARTE DEMANDANTE

Los acápite del alegato de conclusión de la parte actora se relacionan a continuación:

6.1.1 CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE MELTEC DENTRO DEL PLAZO CONTRACTUAL

Se comprobó dentro del proceso que MELTEC cumplió con sus obligaciones entregando las zonas WiFi a ETB instaladas y en operación, dentro del plazo contractual pactado de mutuo acuerdo con ETB, esto es, el 20 de diciembre de 2016.

Como se acreditó en los Términos de Referencia del proceso de Selección (Numeral 1, Literal K), la Aceptación de Oferta 4600015691¹⁴, las partes contemplaron como plazo inicial de ejecución del contrato el 30 de noviembre de 2016.

Igualmente, se demostró que mediante Acuerdo No. 1 al Contrato, las partes pactaron de forma bilateral y voluntaria la prórroga del plazo de ejecución del contrato hasta el 10 de diciembre de 2016, hecho que fue reconocido por la demandada y que se puede verificar en el Acta.

Igualmente se probó que el 9 de diciembre de 2016, las partes suscribieron el Acuerdo No. 2, mediante el cual se prorrogó nuevamente el plazo de ejecución hasta el 20 de diciembre de 2016. En esta prórroga, así como en la primera, las partes no mencionaron que la misma se suscribía sin perjuicio de las eventuales multas causadas o incumplimientos parciales. La demandada únicamente indicó en dicho documento que las prórrogas se otorgaban "sin

¹⁴ Folio 153 del expediente



perjuicio de las eventuales sanciones que se puedan generar para resarcir los posibles daños ocasionados a la ETB por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones.”

Se tiene entonces que la demandada no demostró que existiera incumplimiento del plazo o término de entrega de las obligaciones contractuales a 20 de diciembre de 2016, o que hubiesen suscrito las prórrogas contractuales estableciendo como antecedente una supuesta mora o incumplimiento parcial de MELTEC como fundamento para ampliar el plazo inicial.

Además, respecto de la ampliación tácita del cronograma, la parte demandada indica al contestar la demanda, sin demostrarlo, que los acuerdos de prórroga suscritos por las partes para la ampliación del plazo contractual supuestamente no tuvieron incidencia en las actividades del cronograma, pues según su raciocinio a 1 de diciembre de 2016 la inmensa mayoría de actividades del cronograma debían haber sido ejecutadas.

Frente a este razonamiento, vale la pena preguntarse lo siguiente. Si para las partes era claro que a dicha fecha la inmensa mayoría de actividades del cronograma debían haber sido ejecutadas y no se requería modificación alguna del cronograma para el cumplimiento de las actividades faltantes, ¿bajo cuál fundamento se convinieron de mutuo acuerdo las dos prórrogas al plazo contractual?

Más aún, si se tiene en consideración que, como se puede concluir de la contestación de la demanda, para la demandada, dichas prórrogas lo único que buscaban era extender el plazo contractual para seguir aplicando multas al contratista.

La demandada tampoco acreditó que los acuerdos de prórroga al plazo contractual que se suscribieron durante la ejecución del contrato 4600015691, no buscaran modificar las actividades del cronograma. Por el contrario, se encuentra demostrado que los plazos en que debió ampliarse el proyecto obedecieron a múltiples circunstancias -ajenas a la voluntad del contratista y en todo caso imputables a ETB-, que debió sortear MELTEC para la ejecución del proyecto contratado.

Al respecto, de conformidad con los artículos 1551 y 1553 del Código Civil, es claro que la obligación a plazo solamente es exigible cuando este expire, de forma que en la ejecución del contrato 4600015961 quedó plenamente establecido que las partes convinieron de mutuo acuerdo prorrogar el plazo y exigibilidad de las obligaciones del contratista hasta el 20 de diciembre de 2016.

De esta forma, no existe argumento, fundamento jurídico o prueba que obre en el expediente que soporte la exigibilidad de las obligaciones por parte de ETB a MELTEC desde el 5 de noviembre de 2016¹⁵, por el contrario, con la relación de fechas de entrega de implementación de zonas listadas por ETB en Acta de Bienes 2 se demuestra que la totalidad de las zonas fueron entregadas a ETB antes del 20 de diciembre de 2020 (sic).

Se demostró mediante el “Acta de Aprobación de Zonas” que las 44 zonas fueron entregadas por ETB y aprobadas por la interventoría del Contrato Interadministrativo Marco 682 de 2016 y por FONTIC desde el punto de vista técnico, jurídico y financiero antes del 20 de diciembre de 2016, tal y como menciona FONTIC en oficio de respuesta de 4 de julio de 2019 “la interventoría de la Universidad de Caldas verifico el funcionamiento y aprobó las 34 (sic) zonas Wifi instaladas por el operador ETB S.A. ESP, pertenecientes al anexo 1 del Contrato Marco 682 de 2016 en los días 15 de diciembre (34 zonas) y 19 de diciembre (10 zonas) de 2016”.

¹⁵ Fecha desde la que se calculó la imposición de multas



Con esta acta queda demostrada la entrega oportuna de las obligaciones de ETB ejecutadas por MELTEC, sin alguna glosa y a satisfacción del FONTIC, acreditándose así la falta de perjuicio, multa, incumplimiento o necesidad de prórroga para ETB.

Está probado que la obligación de consecución de permisos ante las distintas entidades públicas, privadas y particulares fue satisfecha en las 44 zonas WiFi, de forma previa al vencimiento del plazo contractual pactado entre ETB y MELTEC.

En virtud entonces del inexistente incumplimiento contractual por parte de MELTEC resulta a todas luces injusta, desproporcionada e ilegal la conducta de ETB al declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y descontar multas y cláusula penal al contratista.

6.1.2 INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE ETB

A. ETB no coordinó interinstitucionalmente con los entes territoriales respectivos de manera eficiente y previa al inicio del proyecto, los términos y condiciones de ejecución del proyecto, ni les presentó en debida forma a su ejecutor MELTEC, generando retrasos y reprocesos en el trámite de los permisos y autorizaciones, los cuales determinaron la necesidad de las dos prórrogas realizadas al contrato

Se probó en el proceso que dentro de la ejecución del Contrato Interadministrativo Marco 682 de 2016 suscrito entre ETB y el FONTIC, se pactó en el Numeral 6 de la Cláusula Cuarta del Anexo 1 que ETB tenía la obligación de:

"7. Gestionar los permisos, trámites, autorizaciones y costos asociados a la instalación de la infraestructura requerida para llegar a cada uno de los sitios de instalación (...). Aquellos permisos, trámites y autorizaciones que se requieran para la instalación de la infraestructura de la zona wifi y la puesta en marcha del servicio, se obtendrán con el apoyo y colaboración de la respectiva entidad territorial y del MINTIC" (Subrayado de la demandante)

Igualmente, dentro del mencionado contrato interadministrativo se acreditó que FONTIC tenía la siguiente obligación de "6. Apoyar en la consecución de permisos necesarios para que el operador seleccionado instale y ponga en marcha las zonas wifi"

Queda demostrado el apoyo de MINTIC y de las entidades territoriales con el que contaba ETB para el trámite de permisos, trámites y autorizaciones para la instalación de la infraestructura de las zonas WiFi y que no fue suministrado por la ETB a su contratista MELTEC, generando con ello retrasos y reprocesos en la consecución de autorizaciones, licencias y permisos por parte de las diferentes entidades territoriales y demás personas beneficiarias del proyecto en los diferentes municipios.

Se demostró que contrario a las prácticas y costumbres comerciales en este tipo de proyectos, en el contrato 4600015691 ETB decidió trasladar su obligación de gestión, trámite y consecución de licencias, autorizaciones, permisos, etc, para la instalación de la infraestructura de la zona WiFi al contratista MELTEC, quien estaba en menor posibilidad de soportar o mitigar dicha obligación/riesgo, con el compromiso verbal de que para el cumplimiento de dicha obligación MELTEC contaría con el apoyo y coordinación institucional tanto de la ETB como de MINTIC.

Al respecto, se acreditó con el testimonio del ingeniero MANUEL ANTONIO CASTILLO, quien fungió como gerente de proyectos de MELTEC en la ejecución del contrato 4600015691, que en la ejecución de este tipo de proyectos, el contratista normal y



consuetudinariamente cuenta con el apoyo y cooperación interinstitucional del contratante para el desarrollo de las gestiones de coordinación con entes territoriales, quienes a su vez, al ser los beneficiarios directos del proyecto, participan activamente y brindan colaboración en la gestión de los permisos ante entidades públicas y particulares.

Lo anterior en virtud de que, sin dicho soporte, la gestión del contratista se ve retrasada u obstaculizada ante el desconocimiento de sus actividades por parte de los municipios, las entidades públicas, privadas y particulares ante quienes debe interactuar, impidiendo la generación de credibilidad, celeridad y apoyo a los trámites necesarios por estos entes para la ejecución del objeto contractual.

En cuanto a la mención que hace la demanda sobre enlistar en la demanda las obligaciones consagradas en los términos de referencia y en el contrato incumplidas por ETB, se puede verificar que en ninguno de los documentos citados se contempla cláusula o disposición alguna referente a obligaciones a cargo de ETB, salvo la estipulación de pago de los bienes y servicios a ser entregados por el contratista -obligación de pago que igualmente fue incumplida por ETB como se acredita en la demanda.

Queda entonces probado que el contratante intentó desligarse de sus obligaciones al transferir la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del Contrato Interadministrativo Marco 682 de 2016 suscrito entre ETB y FONTIC, al contratista MELTEC, quien estaba en menor posibilidad de soportar o mitigar dichas obligaciones y riesgos, más aún si se tiene en consideración que ETB contaba con el apoyo de MINTIC y de las entidades territoriales para el trámite de permisos, trámites y autorizaciones para la instalación de las zonas WiFi.

Sobre la distribución de los riesgos contractuales, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia¹⁶ del 21 de febrero de 2012 lo siguiente:

"En la negociación de los riesgos, ostenta relevancia mayúscula la buena fe y el deber de informar toda razonable circunstancia verosímil, cognoscible e influyente en la estructura económica del contrato, los riesgos normales, dosificados, distribuidos o asumidos, por cuya omisión la parte afectada no debe soportar sus efectos que se radican plenos en quien debía suministrarla clara, completa, veraz y oportuna."

Dicha sentencia igualmente indica que, en aplicación de los principios generales de la buena fe, la equidad y la justicia contractual: "en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia."

Es tan natural y obvia la existencia de la obligación de apoyo interinstitucional de ETB, que como prueba el Contrato Marco, ETB contaba con dicho soporte por parte de MINTIC y las entidades territoriales y en consecuencia con las entidades privadas y personas naturales con cada uno de los municipios puso de presente dicho hecho ante ETB, como se acreditó con el testimonio del ingeniero MANUEL CARRILLO y en comunicaciones del 12 de octubre y del 11 de noviembre de 2016¹⁷.

Así mismo, las declaraciones rendidas por MANUEL ANTONIO CASTILLO y PAOLA ANDREA PARRA, demostraron que, durante la ejecución del Contrato, Meltec tuvo

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012) Magistrado ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS. Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.

¹⁷ Pruebas obrantes a folios 163 y 227 del expediente.



diversos inconvenientes en cuanto a la solicitud de permisos ante los entes municipales y los particulares involucrados, quienes “no reconocían a Meltec” como entidad encargada de la implementación de las zonas WiFi y “en algunos casos no contestaban el teléfono ni los correos electrónicos enviados.”

Se encuentra probado que las 44 zonas WiFi estaban distribuidas a lo largo del país, en distintos municipios y departamentos, cuyo distanciamiento dificultaba la constante movilización del contratista. En consecuencia, cuando la entidad territorial desconocía la gestión y acercamientos de MELTEC, por causa de la falta de gestión interadministrativa de ETB, se generaban retrasos en los cronogramas y se hacía más gravosa la gestión a cargo del contratista.

Igualmente se demostró que, mediante Acta No. 1 del 31 de octubre de 2017, no fue sino hasta los primeros días del mes de noviembre de 2016 que ETB asignó a la señora ÁNGELA MARÍA BALLÉN para brindar apoyo a MELTEC en la consecución de los permisos ante los Entes Territoriales, quien a pesar de haber sido asignada expresamente por ETB para gestionar los permisos, no obtuvo algunos de ellos antes del 20 de diciembre de 2016, lo cual demuestra y ratifica la falta de gestión por parte de ETB en su obligación de cooperación interinstitucional, evidenciada por MELTEC desde el mes de octubre de 2016.

B. ETB modificó durante la vigencia del contrato los requisitos mínimos de los formatos de solicitud de permisos para la instalación de zonas WiFi, generando atrasos y traumatismos en su trámite e impactando cronograma inicial del proyecto

Desde el momento de suscripción del contrato, MELTEC emprendió la ejecución de las actividades de solicitud de permisos ante los entes territoriales de Soacha, la Dirección Distrital de Recreación y Deporte de Bogotá para el Parque San Andrés, las alcaldías de Neiva, Ibagué, Aguachica, Santa Rosa de Cabal, Bucaramanga, el Grupo de Telemática de la Policía Metropolitana de Floridablanca, obrantes en el Anexo 8 de la demanda (folios 171 a 190), Fusagasugá (folio 1130), Cúcuta (respaldo folio 1130), Corozal, Sogamoso (como ETB reconoce a folio 1136), así como dan constancia las actas de reunión para los puntos ubicados en Armenia (folio 199), La Dorada (folio 200), Santa Marta (folio 200), Dos Quebradas, Manizales, Medellín, Montería y San Juan del Cesar (folios 201 y 202), entre otros.

Antes del 31 de octubre de 2016 se obtuvieron permisos de entes territoriales, de privados y particulares en los municipios de Aguachica, Ibagué, Corozal, Neiva y Sogamoso, entre otros.

No obstante, como se acredita mediante correo electrónico del 24 de octubre de 2016, ETB realizó una serie de observaciones y requerimientos a los permisos otorgados y comunicó las sugerencias de la interventoría respecto de la información que debían contener.

Con lo descrito en el Acta No. 1 del 31 de octubre de 2016, en su página 2, se demostró que el contenido del formato de solicitud de permisos, no se encontraba definido en los términos de referencia, lo que permitía al contratista definirlo a partir de su experiencia y liberalidad. Posteriormente y ya avanzada la ejecución del contrato (en el acta se indica el 23 de noviembre de 2016), la interventoría de ETB informa al contratista los nuevos requisitos mínimos que debía contener cada formato, lo cual implicaba una modificación a las condiciones inicialmente pactadas por las partes, generando lo consecuentes traumatismos y retrasos en el cronograma que coadyuvaban en la necesidad de



prorrogar el contrato en dos oportunidades, siendo la gestión de permisos la causa eficiente de las prórrogas por mutuo acuerdo.

El correo electrónico del 5 de octubre de 2016, prueba que la supervisora del contrato presentó a MELTEC la primera versión de los formatos para solicitud de permisos aprobados por la supervisión, indicando expresamente que el contratista debía solicitar nuevamente los permisos ante los entes territoriales según el formato enviado.

Se encuentra documentalmente acreditado que el formato de permiso "aprobado por la interventoría" tuvo diversas modificaciones y nuevos requerimientos de contenido por parte de ETB (Anexo 11), modificaciones que no se contemplaban en los términos de referencia del proceso de selección (Anexo 1). En este sentido, es claro que la versión final de los formatos de permisos fue enviada por la supervisora de ETB a MELTEC mediante correo electrónico del 31 de octubre de 2016 (Anexo 12).

Se tiene además probado que, durante la ejecución del contrato, el contratista expresó a ETB su preocupación frente a los hechos y situaciones de terceros que estaban interfiriendo en el cumplimiento de sus actividades, por lo cual es reprochable la defensa de la demandada con base en cláusulas abusivas y los términos leoninos estipulados en los documentos contractuales con los que pretende desconocer los principios generales de derecho de buena fe, equidad y justicia contractual.

La buena fe contractual debe aplicarse a ambas partes, por tanto, si el contratante era consciente de las situaciones que estaban ocurriendo en la actividad de solicitud de permisos que generaron dos prórrogas del plazo contractual, debió atender prontamente las solicitudes verbales y escritas (comunicación del 29 de noviembre de 2016) que en múltiples oportunidades le hizo el contratista para ajustar el cronograma del contrato y prestar el apoyo manifestado mediante actas de reunión y no tan solo esperar al vencimiento del plazo contractual inicial para sancionar al contratista.

C. ETB no aprobó los diseños de las zonas WiFi en los plazos estipulados en el cronograma contractual

La parte accionada menciona la supuesta aprobación de diseños de las zonas WiFi en los tiempos establecidos en el cronograma, aludiendo que no existen pruebas en la demanda que demuestren dicha trasgresión, lo cual es contrario a la realidad en tanto fue la misma ETB quien con la aceptación de la oferta, adoptó los términos y fechas de cronograma inicialmente propuesto por MELTEC, lo cual se puede verificar en comunicación del 28 de abril de 2017 emitida por ETB. (Anexo 14)

En la contestación de la demanda se reconoce que hubo 5 días de retraso en la aprobación de los diseños de las zonas WiFi y que no se contabilizaron como soporte para justificar la aplicación de la multa ni de la cláusula penal cobradas al contratista, precisamente porque se reconoce que dicho retraso no era imputable al accionante, aduciendo la buena fe contractual de ETB y la ocurrencia del hecho de un tercero contractual, precisando que la mora en la aprobación de los permisos se debió a la espera de la aprobación por parte de la interventoría del Contrato 682 de 2016.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la actividad de aprobación del diseño de las zonas WiFi a cargo de ETB, era un punto crítico para el cumplimiento del cronograma contractual, pues en virtud de dicha aprobación, el contratista conocería efectivamente cuál sería la ubicación de las zonas WiFi y, solo hasta ese momento se podrían precisar los entes y entidades ante los cuales debería realizarse la gestión de permisos. Esta circunstancia, sumada a la modificación de los formatos de gestión de permisos por parte de la supervisión del contrato, contribuyó a la imposibilidad de cumplir con el



cronograma inicial y, por consiguiente, a la ampliación del plazo contractual en dos ocasiones.

La demandada trata entonces de justificar su incumplimiento del cronograma pactado con el contratista invocando el hecho de un tercero, figura que conforme a la jurisprudencia aplicable al caso no es procedente, restando importancia a su incumplimiento y precisando que los 5 días de retraso no se contabilizaron para el cálculo de la multa y cláusula penal.

D. ETB no respetó la autonomía del contratista en cuanto al formato para la solicitud de permisos y modificó los términos del contrato unilateralmente

La sentencia citada en la contestación de la demanda carece de referencias y de contexto, pretendiendo justificar las recurrentes afectaciones del contratante a la autonomía del contratista, pretendiendo asemejar argumentos al parecer expuestos en una demanda en la que se buscaba probar una relación laboral derivada de un contrato de prestación de servicios, situación ajena al caso actual.

Lo anterior, pese a que, en el documento de aceptación de oferta, el contratante señaló expresamente que el contratista disponía de autonomía y libertad administrativa y directiva para el cumplimiento del objeto contractual.

Se resalta entonces que la actividad del contratista se desarrolla dentro de cierto grado de autonomía e independencia, tanto técnica como directiva, y aun cuando se encuentra sometido a cierto poder de control y dirección por la parte contratante, este se ejerce de acuerdo con el objeto contractual.

Debe tenerse en consideración que ni en los Términos de Referencia ni en el Contrato se señalaba que el contratista debía acoger un formato de permiso entregado por ETB, ni un procedimiento definido asociado a la solicitud, trámite y aprobación de los permisos, de forma que como lo probaron las declaraciones de MANUEL CASTILLO y PAOLA PORRAS, el contratista según su experiencia y con la debida antelación, solicitó los permisos correspondientes a las entidades territoriales y demás entidades necesarias con el formato inicialmente compartido por ETB.

A pesar de lo anterior, como lo acreditan las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, dos meses después del inicio de los trabajos, el contratante impuso de forma unilateral nuevos requerimientos a la solicitud de permisos de obligatorio cumplimiento para el contratista, por tanto, tal y como lo expresó ETB en el Acta No. 1 del 31 de octubre de 2016 (Anexo 10), si se presentaban permisos en un formato no aprobado por la supervisión, estos no serían aceptados por la supervisión ni la interventoría, procedimiento que no estaba definido en los Términos de Referencia ni pactado en el Contrato. Lo anterior se acreditó mediante el correo electrónico remitido por ETB el 24 de octubre de 2016, en el cual solicita la aclaración o subsanación de los permisos presentados por ETB (Folio 1136 del libelo).

E. ETB no pago oportunamente las sumas de dinero del Contrato que no eran objeto de discusión. ETB objetó el pago y recibo del Material Pop- 13.500 Lapiceros

a) Pago de bienes y servicios prestados por Meltec

En las Actas de Servicios 1 y 2 y en el Acta de Bienes No. 2, se evidencia el reconocimiento por parte de ETB acerca del cumplimiento de la mayoría de las obligaciones contractuales ejecutadas por MELTEC autorizando el pago del 90% del



valor de los bienes entregados y el 100% del valor de los servicios prestados en virtud del Contrato, bienes y servicios que se encontraban completamente operantes desde antes del 20 de octubre de 2020.

No obstante, como se probó con la Comunicación del 24 de octubre de 2017 (Anexo 53), el pago fue efectuado por ETB el 28 de agosto de 2017 -8 meses después de la terminación del Contrato-, pese a que según se acredita con comunicación del 20 de febrero de 2017 (Anexo 26), el contratista solicitó proceder al pago de la factura radicada el 20 de diciembre de 2016 y que se permitiera la radicación de la factura por concepto de servicios.

Lo anterior, de conformidad con los términos de referencia y el contrato, según los cuales ETB de forma previa a la presentación de la factura del contratista, debía autorizar y suscribir las actas para el pago de los bienes y servicios prestados, situación que se vino a producir hasta el 11 de agosto de 2017, lo cual se comprueba con los anexos 40. 41 y 42, reteniendo durante ese tiempo los dineros del contratista que no eran objeto de controversia y por valor de \$964.143.309, como se evidencia en la certificación del 24 de octubre de 2017 emitida por ETB (Anexo 43)

b) Objeción al pago y recibo del Material Pop- 13.500 Lapiceros

La declaración rendida por el ingeniero MANUEL CASTILLO, indicó que ETB solicitó a MELTEC de forma verbal estar preparada para la ejecución de las actividades de promoción y apropiación requeridas para la inauguración de las zonas WiFi de Barranquilla y Soacha, para lo cual el contratista elaboró unos bolígrafos que posteriormente ETB no recibió porque supuestamente no estaban autorizados.

Se encuentra probado que el contratista dentro de sus obligaciones contractuales tenía las de promoción y apropiación de las zonas WiFi, por lo cual, en cumplimiento de la orden verbal impartida por ETB, procedió a emitir la Orden de Compra 20162214 (Anexo 45) a la firma 360 AGENCIA S.A.S., para la elaboración de:

- i. 7400 esferos promocionales bayona color morado, impresión tinta blanca
- ii. 6400 esferos promocionales deli stylus, impresión tinta blanca

El valor de la orden de compra ascendió a la suma de \$21.065.600, IVA incluido, como se indica en la Factura de Venta P 010 del 21 de octubre de 2016, valor que fue sufragado por MELTEC como se acredita con los soportes de las transferencias (Anexo 47) "Detalle del archivo número 19333063 y 19710248".

Posteriormente MELTEC presentó los esferos promocionales a ETB para su recibo, obteniendo una respuesta negativa por parte de la supervisora del Contrato, quien indicó que no recibiría el material ni se realizaría el pago a MELTEC, por cuanto no se había autorizado por escrito al contratista para adelantar tal actividad.

Contrario a lo afirmado por la demandada, los incumplimientos de ETB antes mencionados, lejos de versar sobre "aspectos ínfimos", fueron reales, graves, serios, determinantes, trascendentes y de gran significado en la ejecución del Contrato 460015691 para MELTEC.



6.1.3 EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO – RETRASO POR CAUSAS ATRIBUIBLES A ETB

El Artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Esta norma descansa en el aforismo según el cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagrando la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra previamente tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica.

En el presente caso, se logró acreditar a configuración de la excepción de contrato no cumplido, lo anterior, bajo el entendido que ETB incumplió de forma previa, grave, seria, determinante y trascendente varias de las obligaciones contractuales que tenía a su cargo en virtud del Contrato 4600015691 tales como:

- i. Coordinación interinstitucional con los entes territoriales respectivos, de manera eficiente y previa al inicio del contrato; presentación en debida forma de MELTEC, como ejecutor del contrato, ante las entidades territoriales y acordar los requisitos mínimos necesarios para la solicitud de permisos para la instalación de las zonas WiFi o proveer desde un principio el formato que se debía usar para la gestión de estos.
- ii. Aprobación de los diseños de las zonas WiFi en los tiempos estipulados en el cronograma contractual inicial.
- iii. Respeto de la autonomía del contratista en cuanto a la solicitud de permisos, por cuanto al modificar en diversas ocasiones los formatos y requerimientos contractuales de los permisos, hizo aún más gravosa la obligación de gestión y solicitud de estos para MELTEC, y
- iv. Pago oportuno de las sumas dinerarias adeudadas que no eran objeto de debate

Sobre la excepción de contrato no cumplido, ha dicho la jurisprudencia¹⁸ que se encuentra condicionada a los siguientes supuestos:

- i. La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo que 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 de gran significación, de manera tal 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;

¹⁸ Sección Tercera, entre otras, ver sentencias de 19 de septiembre de 2002, Exp.12726; de 15 de marzo de 2001, exp. 13415; del 14 de septiembre de 2000, Exp. 13530; del 17 de octubre de 1995, Exp. 8790; del 21 de febrero de 1992, Exp. 5857 y del 13 de abril de 1999, Exp. 10131



- 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.

En el presente caso, se prueban los supuestos que configuran la llamada excepción de contrato no cumplido, así:

- i. El Contrato 4600015691 es sinalagmático, de forma que el cumplimiento de la obligación del contratista de ejecutar los servicios dentro de los plazos pactados inicialmente en el cronograma, requería el previo cumplimiento por parte de ETB de las obligaciones precedentes a su cargo como eran la coordinación interinstitucional eficiente con MINTIC y los entes territoriales; la aprobación oportuna de los diseños de las zonas WiFi y el cumplir con condiciones contractualmente pactadas desde el inicio con el contratista para la solicitud de permisos ante los entes territoriales.
- ii. El no cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes. En el presente caso ello se verifica con las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, así como con las manifestaciones del apoderado de la parte demandada, evidenciándose el incumplimiento de ETB en la falta de coordinación interinstitucional previa con MINTIC y los entes territoriales, en la aprobación tardía de los diseños de las zonas WiFi, en la vulneración de la autonomía del contratista y en la modificación unilateral de las condiciones contractuales inicialmente pactadas para la solicitud de permisos ante los entes territoriales.
- iii. El incumplimiento de la parte debe ser grave, determinante y de gran significación, de manera tal que dificulte el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra parte. Ello se evidencia con el incumplimiento de ETB respecto de sus obligaciones de coordinación interinstitucional con MINTIC y los entes territoriales de forma previa, la tardía aprobación de los diseños de las zonas WiFi y la constante modificación de las condiciones contractuales inicialmente pactadas con MELTEC respecto a la solicitud de permisos ante los entes territoriales, lo que fue grave y determinante para que el contratista no pudiera cumplir con sus obligaciones correlativas en los tiempos inicialmente pactados en el cronograma inicial.

Igualmente se demostró que las partes fueron conscientes de esta situación, por lo que de mutuo acuerdo suscribieron dos prórrogas al plazo inicialmente pactado, sin mencionar en alguna de ellas como antecedente una supuesta mora o incumplimiento parcial de MELTEC como fundamento para ampliar el plazo inicial. Asimismo, quedó probado que solamente el último día del contrato, 20 de diciembre de 2016, que ETB sorprendió al contratista con la imposición unilateral de multas y de la cláusula penal (Anexo 22), por los supuestos retrasos en que este habría incurrido durante la ejecución del contrato, conducta arbitraria, ilegal y que desconoce el principio de buena fe negocial que toda relación contractual conlleva.

- iv. Quien invoca la excepción no debe haber tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo. Este presupuesto se acreditó, al probarse que la ejecución de las actividades programadas era secuencial e interdependiente, situación que fue reconocida por ETB al pronunciarse sobre el hecho 9 de la contestación de la demanda (mención obrante en la parte posterior del folio 1121 del expediente), en donde, expresa "Es cierto, aclarándole al despacho que el cumplimiento de dicho cronograma corría por regla general en cabeza del contratista Meltec, y en algunos casos, sin perjuicio de la colaboración del contratante, (...)", demostrándose, hasta la actividad de "Diseño de actividades de las zonas WIFI" ejecutada por MELTEC, el cumplimiento en los tiempos del cronograma inicial. Incumpliendo ETB en primera medida el mencionado cronograma con la demora en la aprobación del diseño de las zonas WIFI, y con la



omisión en el deber de apoyo al contratista en la gestión de permisos ante los entes territoriales.

Las declaraciones recaudadas demostraron que para que el contratista pudiera iniciar la ejecución de las actividades a su cargo, era necesario, natural y lógico que previamente ETB realizara la coordinación interinstitucional con MINTIC y las entidades territoriales, la presentación en debida forma del contratista ante dichas entidades y demás actores interesados, partícipes y beneficiarios del proyecto y la precisión previa de la totalidad de los requisitos necesarios para la solicitud de los permisos o, en su defecto, se hiciera entrega desde la formalización del contrato final de solicitud de permisos.

Igualmente se acreditó mediante documentos que ETB debía aprobar los diseños de las zonas WiFi de forma previa a la solicitud de los permisos, hecho que acepta la demandada ejecutó 5 días después del término establecido en el cronograma.

Quedó entonces probado que la demandada incurrió en graves incumplimientos que afectaron el cumplimiento del cronograma inicial del contrato, los cuales impidieron la ejecución oportuna de las obligaciones contractuales, a cargo de MELTEC y que resultaron en demoras y retrasos en la realización de las actividades, razón por la cual se configura la excepción de contrato no cumplido.

No podía entonces la demandada multar y declarar el incumplimiento del contrato, por el supuesto retraso en el cumplimiento de las obligaciones de MELTEC en la consecución de permisos, teniendo claro que, dicho supuesto retraso se originó en la actuación de la demandada.

6.1.4 IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR EL COBRO DE MULTAS A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO

Respecto de las multas cobradas por ETB, la misma demandada menciona que "las multas consistían en advertencias de apremio al contratista para el cabal cumplimiento del contrato 4600015691, estas fueron desatendidas, por lo que desembarcó finalmente en la aplicación de la cláusula relativa a la cláusula penal", reconociendo en primera medida que las multas pactadas correspondían a multas de apremio cuyo objeto era constreñir o instar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones.

Es claro entonces para las partes que las multas pactadas en el Contrato 4600015691, se establecieron con el ánimo de prevenir el incumplimiento de la obligación principal, es decir, con una finalidad eminentemente conminatoria, cuyo objeto consistía en constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verificara el acaecimiento de mora en el cumplimiento de obligaciones contractuales.

En cuanto a la oportunidad para la imposición de esta clase de multas, dijo el Consejo de Estado en sentencia¹⁹ del 10 de septiembre de 2014 lo siguiente:

"Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo. (...)"

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875)



En este sentido y dado que las multas pactadas contractualmente eran conminatorias del cumplimiento, no era factible que una vez finalizado el plazo contractual el 20 de diciembre de 2016, las mismas fueran notificadas, cuantificadas, aplicadas y descontadas unilateralmente por ETB por la suma de \$71.506.34.00.

6.1.5 AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LOS PRESUNTOS DAÑOS Y/O PERJUICIOS ADUCIDOS POR ETB

No obran en el expediente pruebas documentales, testimoniales o de cualquier otro tipo ni en sede del trámite interno de ETB, ni en sede judicial en el expediente procesal, con las cuales la demandada haya acreditado judicial o extrajudicialmente la supuesta cuantía, causación, monto o nexo causal de los perjuicios resarcitorios alegados por ETB y descontados unilateralmente a la demandante por parte de la ETB, con lo cual tales descuentos devienen en ilegales, infundados y constituyentes de enriquecimiento sin causa de la ETB.

Es claro que, para acreditar el daño sufrido, es preciso que quien lo reclame demuestre dos elementos esenciales, que sea personal y que sea cierto. El daño es personal cuando quien reclama la reparación de un interés lesionado es el titular de este, es decir, que la víctima haya sufrido en sí mismo un perjuicio. El carácter cierto del perjuicio hace referencia a la real ocurrencia de este, por lo que los daños hipotéticos o eventuales no son indemnizables²⁰.

En el presente caso, la demandada se limita a citar y cuantificar mecanográficamente los supuestos perjuicios, sin que se arrime prueba siquiera sumaria de su existencia y cuantía.

Se evidencia entonces que en el proceso la demandada no acreditó en sede interna, prejudicial o judicial, los supuestos daños alegados por el supuesto incumplimiento del contratista y que supuestamente sirvieron de fundamento para el descuento de \$164.268.439 por concepto de la aplicación unilateral de la cláusula penal pecuniaria de tipo resarcitorio al contratista.

Tampoco se comprobó que tales erogaciones hayan sido causadas por conductas o incumplimientos atribuibles a MELTEC, pues en la contestación de la demanda (reverso del folio 1124 y siguientes), la mayoría de los gastos corresponden a cobros por conectividad, tiquetes, transportes y viáticos de personal de ETB y de la interventoría en la ejecución del Contrato Interadministrativo Marco 683 de 2016, que bien se pudieron generar dentro del cumplimiento de obligaciones de dicho contrato, o como las actividades de apoyo y soporte referidas por ETB en acta y correo del 31 de octubre de 2016.

6.1.6 SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA DE ETB PARA COBRAR Y APLICAR DIRECTAMENTE MULTAS Y CLÁUSULA PENAL

Se reitera que la ETB carece de competencia para imponer, cobrar y descontar unilateralmente las sanciones determinadas unilateralmente por la contratante, sin la anuencia del contratista.

Además, la sentencia citada por la parte demandada confirma una vez más que la ETB es una entidad estatal exceptuada del estatuto general de la contratación y en sus actos y contratos se rige por normas del derecho privado, por ende, no puede pactar en sus contratos la posibilidad de imponer y hacer efectivas de manera directa y unilateral las multas y cláusulas penales, debiendo entonces acudir al juez del contrato.

²⁰ ARENAS Carolina, JIMÉNEZ Mariangela. La Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador. Pontificia Universidad Javeriana. 2001. Pag 34.



En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2018, proferida dentro del radicado 54688 por la Subsección A de la Sección Tercera, en donde frente a un contrato celebrado por un prestador de servicios públicos, manifestó lo siguiente:

"Se debe aceptar que la ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por vía administrativa." (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, aunque la demandada señala que los oficios por los cuales se realiza la imposición de multas y cláusula penal "se limitan al cobro de las cláusulas de multa y cláusula penal, consentidos y reconocidos con ocasión del perfeccionamiento del Contrato 4600015691 por Meltec Comunicaciones S.A.", por lo cual concluye que las decisiones de ETB no pueden ser catalogadas como actos administrativos, lo cierto es que las decisiones de ETB son actos administrativos, pues los mismos tienen los elementos esenciales de un acto administrativo al contener una manifestación unilateral de una entidad estatal dirigida a crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada²¹.

Se recuerda que la demandada es una empresa de servicios públicos de capital mixto y naturaleza especial, constituida como sociedad comercial por acciones, con una participación pública mayoritaria, con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal que ejerce sus actividades dentro del marco de derecho privado (Ley 142 de 1994, Artículo 32 y Ley 1341 de 2009, Artículo 55). También es una entidad distrital descentralizada indirecta vinculada especialmente al sector de hábitat, dedicada a la prestación y organización de servicios de telecomunicaciones (Ley 1341 de 2009), así como la creación, la generación, la implantación y explotación comercial de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) dentro del territorio nacional y en el exterior²².

Por lo anterior, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. se encuadra como una entidad estatal en los términos del Artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

De esta forma, en virtud del inexistente incumplimiento contractual por parte de MELTEC, resulta a todas luces injusta, desproporcionada e ilegal, la conducta de ETB, al declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y descontar multas y cláusula penal al contratista por los retrasos que este supuestamente presentó durante la ejecución del contrato, conducta no solamente arbitraria e ilegal, sino carente de la buena fe negocial que toda relación contractual conlleva.

Si en gracia de discusión estas actuaciones y/o decisiones de la ETB no pudieran denominarse "Actos Administrativos", tal situación meramente semántica y formal, no podría constituirse en patente de corso para desconocer el contenido arbitrario e infundado de tales decisiones; lo anterior, a efectos de garantizar de manera real y efectiva el derecho de acceso a la Administración de Justicia, tal como ha indicado el Consejo de Estado en sentencia de unificación²³ sobre la materia, en la cual se reconoció la falta de unanimidad que existe sobre el tema y evacuó de fondo las pretensiones del accionante, invocando la garantía y protección del derecho a la Administración de Justicia. Sobre el particular se dijo:

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Rad. 68001-23-31-000-2010-00262-01(45310). CP: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

²² REPORTE INTEGRADO 2017 ETB. Naturaleza Jurídica de ETB. Publicado online: https://etb.com/corporativo/UploadFile/Sobre%20ETB/Acerca%20de%20ETB/IGyS/Reporte_Integrado_ETB_2017.pdf

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. MP. Alberto Montaña Plata. Rad. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003) del 3 de septiembre de 2020.



"No obstante con ocasión de la ausencia de uniformidad jurisprudencial respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del acto demandado y, sobre todo, respecto de la acción procedente para demandar este tipo de actos ante esta jurisdicción, y para efectos de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, la Sala estudiará el fondo del litigio. Ello, obviamente, teniendo en cuenta que la decisión de "aceptación de la oferta" es un acto privado, entendimiento que imposibilita adelantar un juicio de nulidad de un acto administrativo y la consecuente nulidad absoluta del contrato. La Sala, entonces, se limitará a examinar la conformidad del acto de aceptación de la oferta con el derecho privado y los principios de la función administrativa, para luego determinar si tal decisión, efectivamente, causó un daño a la Unión temporal, el cual deba ser indemnizado"

6.1.7 SOBRE LA NO PRESENTACIÓN DE EXCEPCIONES POR PARTE DE ETB

En la contestación de la demanda no presentó el demandado excepciones, de forma que no puede el juzgador declarar excepciones no propuestas como probadas de conformidad con lo previsto en los artículos 102 y 282 del Código General del Proceso.

6.2 PARTE DEMANDADA

Al momento de alegar de conclusión, la parte demandada se remite al Contrato 4600015691 (aceptación de la oferta) y los términos de referencia que hacen parte del contrato.

En primer lugar, la aplicación efectiva de la multa se originó por los atrasos soportados en días de entrega, tal como se evidencia en el documento aportado con la contestación de la demanda y denominado "Cálculo de multa por no entrega, a tiempo las 44 zonas WiFi del contrato No. 4600015691 (...)" arrojando en promedio 51 días de retraso por cada zona WiFi, situación certificada por el supervisor del contrato.

Del cronograma señalado por el contratista se evidencia el incumplimiento de los ítems 6 y 7, siendo a cargo del contratista el cumplimiento de este, y en algunos casos, sin perjuicio de la colaboración del contratante, se requería según lo establecido en el contrato y en los términos de referencia del mismo, de otras partes relacionadas directa o indirectamente con las actividades del contrato, por ejemplo el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la aprobación de los diseños de la Actividad No. 5 del cronograma establecido o las aprobaciones del interventor del contrato.

Es preciso indicar que, los diseños que hacen parte de la ejecución del contrato no corresponden como tarea exclusiva a ETB, teniendo en cuenta que los diseños deben ser aprobados por quien contrató el servicio principal y es el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – FONTIC, situación que desvirtúa el planteamiento de la demandante.

Ahora bien, el contrato interadministrativo celebrado entre el FONTIC y ETB contaba con un interventor denominado Universidad de Caldas, de tal suerte que la ejecución contaba con un debido proceso y fiscalización de un tercero, lo anterior, origina para que ETB acepte la oferta presentada con los términos de referencia por parte de MELTEC para la ejecución del contrato interadministrativo.

Menciona la parte actora que, existían unos "formatos de solicitud de permisos", siendo del caso destacar que ni a nivel legal ni contractual se determinó la existencia del mencionado formato. La interventoría del contrato interadministrativo realizada por la Universidad de Caldas reiteró en varias oportunidades a MELTEC la complementación de la solicitud de



permisos y los permisos como tal, en los sitios que podían tener afectación de terceros para blindar jurídicamente alguna acción judicial para la instalación de zonas WiFi, situación que el contratista no tuvo en cuenta induciendo a error a la hora de solicitar permisos.

El contratista en desarrollo del contrato suscrito con ETB presentó incumplimientos reiterativos, a pesar de lo cual en la demanda argumenta situaciones que no están regladas entre las partes y no justifican su actuar en desarrollo del contrato, pues uno de los puntos neurálgicos es determinar si se requería un formato de permisos o no, lo que evidencia que no estaba regulado.

El contratista al momento de suscripción de la aceptación de la oferta junto con los términos de referencia debió manifestar los posibles inconvenientes que se podrían presentar en desarrollo del contrato. Una vez iniciada la ejecución se evidencia el rezago de este al no tener una verdadera planeación en los trámites de la consecución de los permisos.

De otro lado, es claro que no se modificaron los términos de referencia ni alguna prestación debida por parte del contratista, razón por la cual, los retrasos en la ejecución del contrato justificaron el cobro de las multas y la cláusula penal contractualmente previstas.

De otro lado, las declaraciones aportadas por la parte actora evidencian una clara subjetividad de los hechos que describieron, sin tener en cuenta que el contrato y su ejecución contaban con unas claras reglas establecidas para las partes, por lo tanto, pretender que con los testimonios se estableciera que era responsabilidad de ETB disiente del claro incumplimiento de MELTEC.

Puede entonces el Despacho evidenciar las actuaciones que adelantó la ETB en el marco de un contrato bilateral con la demandante, lo que señala claramente que la contratista incumplió el contrato y pretende justificar el mismo, por participación de terceros u obligaciones inexistentes.

Por lo anterior, deben denegarse las pretensiones de la demanda.

7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto en el presente caso.

8. CONSIDERACIONES

Pasa a resolverse el problema jurídico y a emitirse pronunciamiento de fondo acerca de las pretensiones de la demanda.

8.1 PROBLEMAS JURÍDICOS Y SU SOLUCIÓN

Dado que en el presente caso se plantean varios problemas jurídicos, cada uno de ellos será resuelto de forma separada y correspondientes a las causales de incumplimiento que se alega se produjeron a lo largo del desarrollo del contrato.

8.1.1 PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA DE ETB PARA COBRAR Y APLICAR DIRECTAMENTE LAS MUTAS Y CLÁUSULA PENAL

La parte actora cuestiona la competencia que pueda tener la entidad demandada para la declaración de incumplimiento del contrato e imposición de multas dado que se trata de un



acuerdo de voluntades sometido al derecho privado y teniendo en cuenta que se trata de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios.

La accionada indica que, atendiendo a la jurisprudencia citada al momento de contestar la demanda, debe tenerse en cuenta que, a la empresa, ejerciendo el régimen privado en cuanto a sus actos, no le son aplicables las normas de contratación pública que aluden a las llamadas "cláusulas exorbitantes", pues por regla general no expide actos administrativos.

El problema jurídico corresponde entonces a determinar si la imposición de multas por parte de la ETB se surte a través de acto administrativo o si, por el contrario, se trata de la ejecución de una potestad de origen contractual.

Revisada la documentación allegada al expediente, se observa que en primer lugar el Manual de Contratación de la ETB (Directiva Interna No. 00612), anota sobre la imposición de multas lo siguiente:

"ARTÍCULO 39. SANCIONES CONTRACTUALES. -

En todos los contratos que celebre ETB y que sean regidos por este Manual, se deberá pactar cláusula penal moratoria y cláusula penal compensatoria sometida al cumplimiento de plazos o términos.

1. **MULTAS:** *Si hay incumplimiento parcial o retardo en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, pagará el contratista una multa equivalente al 1.5% del precio de la parte incumplida o el 0.5% del precio del contrato, por cada día, semana o mes de atraso, según se establezca en los términos de referencia, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria. El valor total de la cláusula penal moratoria no puede exceder del 30% del valor total del contrato.*

En caso de retardo imputable al Contratista en la constitución de las garantías contractuales, la multa será equivalente al 2% de los valores que deberá asegurar el contratista, por cada día de retraso, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria.

2. **CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA:** *En caso de incumplimiento total o definitivo de cualquiera de las obligaciones del contratista, se genera a su cargo el pago de una cláusula penal pecuniaria cuyo monto, según lo defina el Facultado, será hasta por el 30% del valor total del contrato. La pena no exime al proveedor del cumplimiento de la obligación principal, ni del pago de los perjuicios que superen el valor de este porcentaje en los términos del artículo 1594 del Código Civil y demás normas concordantes.*

PARÁGRAFO PRIMERO: CÁLCULO DE LAS SANCIONES. - *En los términos de referencia o en el contrato se podrá definir el precio de la parte incumplida del contrato para el cálculo de las multas o cláusula penal pecuniaria, respecto de obligaciones que no tengan un precio discriminado.*

PARÁGRAFO SEGUNDO: DESCUENTO DE LAS SANCIONES. - *ETB debe descontar el valor de las cláusulas penales moratoria o compensatoria de las sumas que se adeuden al contratista por cualquier concepto. De no ser posible el descuento total o parcial, éste se obliga a consignar en la cuenta que ETB indique el valor o el saldo no descontado, dentro del plazo que se señale en la cuenta de cobro que se le curse con tal fin. El proveedor renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de su constitución en mora."*



Ello se reproduce en el Pliego de Condiciones dirigido a la demandante con fecha del 28 de julio de 2016 de la siguiente forma:

"m) Multas

Si hay retardo en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, pagará el contratista una multa equivalente al 1.5% del precio de la parte incumplida, por cada semana de atraso o proporcional por fracción, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria. El valor de la multa no puede exceder el 20% del valor del valor total del contrato.

ETB emitirá cuenta de cobro y podrá descontar el valor de las multas de las sumas que le adeude al contratista por cualquier concepto. De no ser posible el descuento total o parcial, el contratista se obliga a consignar en la cuenta que ETB indique el valor o el saldo no descontado dentro del plazo que se señale en la cuenta de cobro que se le curse con tal fin. El contratista renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de su constitución en mora.

n) Cláusula Penal Pecuniaria

En caso de incumplimiento total o parcial de cualquiera de las obligaciones del contratista, se genera a su cargo el pago de una cláusula penal pecuniaria cuyo monto será del 20% del precio del contrato. La pena no exime al proveedor del cumplimiento de la obligación principal, ni del pago de los perjuicios que superen el valor de este porcentaje en los términos del artículo 1594 del Código de Civil y demás normas concordantes.

ETB emitirá cuenta de cobro y podrá descontar el valor de la cláusula penal pecuniaria de las sumas que le adeude al contratista por cualquier concepto. De no ser posible el descuento total o parcial, el contratista se obliga a consignar en la cuenta que ETB le indique el valor o el saldo no descontado dentro del plazo que se señale en la cuenta de cobro que se le curse con tal fin. El contratista renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de su constitución en mora."

El mismo texto se reproduce en la Aceptación de Oferta 4600015691 del 24 de agosto de 2016.

Se concluye entonces que la imposición de multas al contratista no se realiza mediante acto administrativo como lo alega la parte actora, sino en virtud de lo pactado en el contrato y sin que la sociedad demandante formulara objeciones sobre el particular.

En esa medida, no puede discutirse la competencia de la ETB para la expedición de las cuentas de cobro para la efectividad de las multas, pues así se ha planteado en el procedimiento contractualmente convenido.

No se acredita que se hayan proferido actos administrativos bajo la forma de resolución o alguna similar, debiendo necesariamente tenerse en cuenta que la contratación en este caso está sometida al régimen privado, lo que excluye la posibilidad de proferir manifestaciones unilaterales de voluntad revestidas de la forma y con las consecuencias propias del acto administrativo.

Se resuelve entonces este primer problema jurídico en el sentido de que la demandada sí tiene competencia para cobrar las multas derivadas del incumplimiento del contratista, de conformidad con lo pactado en el contrato y sin que pueda entenderse que se trate de actos



administrativos, pues no se trata del ejercicio de una competencia legal, sino de una cláusula contractual.

En consecuencia, procede denegar las pretensiones Cuarta, Quinta, Sexta, Novena y Décima de la demanda.

8.1.2 SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO 4600015691

Indica la parte actora que estas cláusulas contravienen el ordenamiento jurídico vigente al estar viciadas de objeto ilícito y ser manifiestamente abusivas para el contratista.

No obstante, se abstiene de explicar el porqué el objeto de estas estipulaciones es ilícito.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que la Cláusula Penal Pecuniaria está prevista en el ordenamiento jurídico colombiano desde el Artículo 1592 del Código Civil y por el Artículo 867 del Código de Comercio, de forma que en principio no contiene un objeto ilícito la estipulación contractual en este sentido.

Debe anotarse además que al momento de la estructuración del contrato la ahora demandante no hizo salvedades en ese sentido.

Para la declaratoria de nulidad de estipulaciones contractuales es preciso que la parte que alega la nulidad acredite la configuración de alguna de las causales que prevé el ordenamiento para el efecto:

- Objeto ilícito
- Causa ilícita
- Omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan

Lo anterior, en cuanto a las causales de nulidad absoluta del contrato previstas en el Código Civil.

Ninguna de estas causales aparece demostrada en el presente caso, al tiempo que tampoco se acredita la falta de capacidad o de consentimiento de la sociedad Meltec al momento de suscribir el acuerdo con la sociedad ETB.

No basta simplemente enunciar que una cláusula sea abusiva para que pueda declararse su nulidad, pues dado que el contrato es ley para las partes, resulta indispensable demostrar que se ha incurrido es una causal de nulidad, y que además dicha causal no obedeció a la manifestación de la voluntad del contratante que ahora alega la nulidad.

En consecuencia, no resulta procedente acceder a declarar la nulidad de las cláusulas que de manera unilateral permiten al contratante ETB declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal o la imposición de multas.

En virtud de lo anterior, se denegará la pretensión Séptima de la demanda.



8.1.3 TERCER PROBLEMA JURÍDICO: AMPLIACIÓN TÁCITA DEL CRONOGRAMA DEL CONTRATO

Solicita la parte actora que se declare que el cronograma de desarrollo del contrato se amplió tácitamente con la suscripción de los Acuerdos 1 y 2, mediante los cuales se prorrogó el plazo contractual hasta el 20 de diciembre de 2016.

El Acuerdo No. 1 al Contrato 4600015691 aparece suscrito el 30 de noviembre de 2016 (Anexo 15 de la demanda), y en el mismo se plasmó lo siguiente:

*"...hemos convenido celebrar el presente acuerdo al contrato N° 4600015691, el cual se rige por las cláusula (sic) que más adelante se estipulan, previas las siguientes consideraciones: 1. Como resultado del proceso de selección directa, mediante comunicación de 24 de agosto de 2016, ETB aceptó la oferta presentada por el contratista el 1 de agosto de 2016, respecto de la cual forman parte integral de la misma los términos de referencia, los documentos cursados por las partes en la etapa precontractual. 2. El objeto del contrato consiste en "el diseño, instalación, operación, servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, así como la promoción de la infraestructura necesaria para la prestación de servicio a internet a la comunidad, a través de las redes inalámbricas con tecnología WiFi, para el cliente Fondo Tecnologías de Información y las Comunicaciones FONTIC, de conformidad con las estipulaciones contenidas en los términos de referencia, en la oferta, contraoferta, y en el presente documento y en el Manual de Contracción de ETB". 3. De conformidad con lo estipulado en los términos de referencia, en la oferta presentada por el contratista y en la comunicación de aceptación de oferta (contrato), el plazo de ejecución del contrato se pactó desde la orden escrita de inicio, previa aprobación de las garantías contractuales, hasta el 30 de noviembre de 2016, o basta que se agoten los recursos, lo primero que ocurra. 4. La orden escrita de inicio del contrato fue suscrita entre las partes el 2 de septiembre de 2016. 5. De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo segundo en relación con los numerales (ii) y (iii), el precio descrito se ejecutará por demanda, de acuerdo con los servicios que efectivamente se requieran durante la ejecución del contrato, quiere decir que el precio de los citados numerales podrá o no agotarse. 5. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.5.3 de los términos de referencia y en la oferta presentada, relativa a la garantía de calidad y correcto funcionamiento, entre otros aspectos contenidos en el referido numeral, el contratista adquirió la obligación durante el plazo de ejecución del contrato y 4 meses más, a garantizar la prestación del servicio WiFi instalado en las condiciones de calidad y disponibilidad pactadas y exigidas. Con base en las consideraciones expuestas, las partes. 6. Tal como consta en el memorando radicado en la Gerencia de Abastecimiento el 30 de noviembre de 2016, se requiere prorrogar el plazo de ejecución del contrato, sustentada en la necesidad que tiene ETB de cumplir las obligaciones frente cliente Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones FONTIC y en la solicitud del contratista presentado mediante la comunicación de 29 de noviembre de 2016, para completar los requerimientos de las entregas de tipo técnico y documental. ACUERDAN: PRIMERA: **Prorrogar el plazo de ejecución del contrato en las condiciones pactadas por 9 días calendario**, a partir de 1 de diciembre de 2016. PARÁGRAFO: La suscripción de la presente prórroga no exonera al contratista de las eventuales sanciones que se puedan generar para resarcir los posibles daños ocasionados a ETB por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones pactadas inicialmente en el contrato. SEGUNDA: Conforme a lo estipulado en los términos de referencia en el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y del software, una vez se termine el plazo de ejecución del contrato, el contratista deberá durante los siguientes cuatro (4) meses, garantizar la prestación del servicio WiFi instalado en las condiciones de calidad y disponibilidad pactadas y exigidas, independientemente*



de que los costos por concepto de alojamiento de la controladora y Firewall, con energía, internet dedicado, alquiler del servidor virtual para la aplicación e-Sight, sean asumidos por ETB, o que dichos equipos sean alojados en los Data Center de ETB o de un tercero. TERCERA: Dentro de los dos (2) días hábiles al recibo del presente documento firmado, el contratista deberá prorrogar la vigencia de las garantías de conformidad con lo dispuesto en el presente documento. CUARTA: Las demás estipulaciones contractuales en cuanto no se opongan a lo aquí dispuesto continúan vigentes y son de obligatorio cumplimiento entre las partes. Para constancia se firma por las partes en dos originales del mismo tenor en Bogotá, a los 30 días del mes de noviembre de 2016.”(Negrilla y Subrayado del Despacho)

El Acuerdo No. 2 se pactó en los siguientes términos:

“...hemos convenido celebrar el presente acuerdo al contrato N° 4600015691, el cual se rige por las cláusula que más adelante se estipulan, previas las siguientes consideraciones: 1. Como resultado del proceso de selección directa, mediante comunicación de 24 de agosto de 2016, ETB aceptó la oferta presentada por el contratista el 1 de agosto de 2016, respecto de la cual forman parte integral de la misma los términos de referencia, los documentos cursados por las partes en la etapa precontractual. 2. El objeto del contrato consiste en "el diseño, instalación, operación, servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, así como la promoción de la infraestructura necesaria para la prestación de servicio a internet a la comunidad, a través de las redes inalámbricas con tecnología WiFi, para el cliente Fondo Tecnologías de Información y las Comunicaciones FONTIC, de conformidad con las estipulaciones contenidas en los términos de referencia, en la oferta, contraoferta, y en el presente documento y en el Manual de Contracción de ETB". 3. De conformidad con lo estipulado en los términos de referencia, en la oferta presentada por el contratista y en la comunicación de aceptación de oferta (contrato), el plazo de ejecución del contrato se pactó desde la orden escrita de inicio, previa aprobación de las garantías contractuales, hasta el 30 de noviembre de 2016, o hasta que se agoten los recursos, lo primero que ocurra. 4. La orden escrita de inicio del contrato fue suscrita entre las partes el 2 de septiembre de 2016. 5. De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo segundo en relación con los numerales (ii) y (iii), el precio descrito se ejecutará por demanda, de acuerdo con los servicios que efectivamente se requieran durante la ejecución del contrato, quiere decir que el precio de los citados numerales podrá o no agotarse. 6. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.5.3 de los términos de referencia y en la oferta presentada, relativa a la garantía de calidad y correcto funcionamiento, entre otros aspectos contenidos en el referido numeral, el contratista adquirió la obligación durante el plazo de ejecución del contrato y 4 meses más, a garantizar la prestación del servicio WiFi instalado en las condiciones de calidad y disponibilidad pactadas y exigidas. Con base en las consideraciones expuestas, las partes. 7. Mediante el acuerdo N° 1 suscrito por las partes el 30 de noviembre de 2016: (i) se prorrogó el plazo de ejecución del contrato en las condiciones pactadas por 9 días calendario, a partir de 1 de diciembre de 2016. PARÁGRAFO: La suscripción del acuerdo no exonera al contratista de las eventuales sanciones que se puedan generar para resarcir los posibles daños ocasionados a ETB por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones pactadas inicialmente en el contrato. (ii) Conforme a lo estipulado en los términos de referencia en el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y del software, una vez se termine el plazo de ejecución del contrato, el contratista deberá durante los siguientes cuatro (4) meses, garantizar la prestación del servicio WiFi instalado en las condiciones de calidad y disponibilidad pactadas y exigidas, independientemente de que los costos por concepto de alojamiento de la controladora y Firewall, con energía, internet dedicado, alquiler del servidor virtual para la aplicación e-Sigt, sean asumidos por ETB, o que dichos equipos sean alojados



en los Data Center de ETB o de un tercero. 8. Tal como consta en el memorando radicado en la Gerencia de Abastecimiento el 9 de diciembre de 2016, se requiere prorrogar el plazo de ejecución del contrato, sustentada en la necesidad que tiene ETB de cumplir las obligaciones frente cliente Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones FONTIC y en la solicitud del contratista presentada en la reunión celebrada el 9 de diciembre de 2016, con el fin de completar los requerimientos de las entregas de tipo técnico, de permisos y documental y todas las obligaciones estipuladas en el contrato. 9. Se requiere modificar la forma de pago del contrato, con el fin de que se pacte un primer porcentaje de pago el cual se generará con un acta en la que conste que los bienes que conforman la solución de cada una de las zonas WiFi ya han sido instalados, y que a su vez el contratista pueda presentar la factura por el 100% del precio de los bienes. Así mismo, se requiere incorporar el anexo financiero con la discriminación de precios el cual no altera el precio contratado. Con base en las consideraciones expuestas, las partes

ACUERDAN: PRIMERA: Prorrogar el plazo de ejecución del contrato en las condiciones pactadas, a partir del 10 de diciembre de 2016, hasta el 20 de diciembre de 2016. PARÁGRAFO PRIMERO: La suscripción de la presente prórroga no exonera al contratista de las eventuales sanciones que se puedan generar para resarcir los posibles daños ocasionados a ETB por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones pactadas inicialmente en el contrato. PARÁGRAFO SEGUNDO: Conforme a lo informado por el contratista, la totalidad de las 44 zonas quedan implementadas y en correcto y estable funcionamiento técnicamente el 9 de diciembre de 2016, respecto de las cuales se procederá por parte de ETB a programar visita con la interventoría para las zonas que aún no han sido reportadas por el Contratista. SEGUNDA: Modificar la forma de pago del contrato la cual queda así: SUMINISTRO DE BIENES Y SERVICIOS PARA LA INSTALACIÓN DE ZONAS WIFI: (1) BIENES: ETB pagará el valor de los bienes de cada una de las soluciones (Zonas WIFI), de la forma descrita a continuación: a) El 10% del precio de los bienes de cada una de las zonas WiFi que conforman la solución, descritos en el anexo financiero N° 1 A que se incorpora mediante el presente acuerdo, denominado "relación de precios unitarios para el suministro de bienes y servicios de instalación para las zonas WiFi, IVA incluido", se pagará a los sesenta (60) días calendario siguientes a la entrega de la factura comercial que respalda el 100% del valor de los bienes recibidos por ETB, y de la radicación del aviso de cobro, discriminando el porcentaje y valor a pagar en el Equipo de Cuentas por Pagar de ETB, acompañado del acta de recibo de los bienes instalados y debidamente aprobados por el supervisor del contrato, la cual debe estar suscrita por supervisor del contrato y el contratista. PARÁGRAFO PRIMERO: La entrega de la factura comercial que respalda el 100% del valor de los bienes recibidos por ETB, no implica que el pago se realice por el 100% del precio de los bienes, debido a que conforme a lo pactado el 90% del precio restante se pagará en el segundo evento de pago que se relaciona más adelante. PARÁGRAFO SEGUNDO: Para la suscripción del acta, es requisito que el contratista entregue al supervisor del contrato las fotocopias de las declaraciones de importación en donde conste que los bienes ingresaron legalmente al país, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 3 y 87 del Decreto 2685 de 1999, y la garantía de fabricante por 1 año. b) El 90% restante del precio de los bienes de cada una de las zonas WiFi que conforma la solución, a los sesenta (60) días calendario siguientes a la radicación del aviso de cobro, en el Equipo de Cuentas por Pagar de ETB, acompañado del acta de recibo a satisfacción de todas las obligaciones pactadas por las partes del contrato y por el contratista. (II) El precio de los servicios con excepción de los servicios de operación, y de apropiación y promoción, se pagará a los sesenta (60) días calendario siguientes a la radicación, de la factura comercial en el Equipo de Cuentas por Pagar- de ETB acompañada del acta de recibo a satisfacción en donde conste el correcto y estable funcionamiento de la solución y la verificación de todas las obligaciones pactadas por las partes en el contrato y en los términos de referencia. Dicha acta debe estar



suscrita por el supervisor del contrato, el contratista, previo el recibo a satisfacción del cliente FONTIC, TERCERA: Incorporar como parte integral del presente acuerdo el anexo financiero No. 1ª denominado "relación de precios unitarios para el suministro de bienes y servicios de instalación para las zonas WiFi, IVA Incluido", suscrito por las partes. CUARTA: Dentro de los dos (2) días hábiles, siguientes al recibo del presente documento firmado, el contratista deberá prorrogar la vigencia de las garantías de conformidad con lo dispuesto en el presente documento. QUINTA: Las demás estipulaciones contractuales en cuanto no se opongan a lo aquí dispuesto continúan vigentes y son de obligatorio cumplimiento entre las partes. Para constancia se firma por las partes en dos originales del mismo tenor en Bogotá, a los 9 días del mes de Diciembre de 2016."

La lectura de estos dos acuerdos permite concluir que efectivamente se produjo una variación en los términos contractuales de ejecución, sin que se precisara cuál era el impacto en el cronograma de actividades.

Es importante destacar que en la motivación de cada uno de estos conceptos se anotan las razones por las cuales se hace necesario entre las partes la prórroga de los términos inicialmente pactados para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, precisando que ello no exonera al contratista del pago de los perjuicios que haya podido sufrir la ETB.

Además, se pactó la prórroga del plazo de ejecución del contrato "en las condiciones pactadas", lo que para el momento en que se solicita, es decir, para la etapa de entrega de las zonas WiFi, solamente puede entenderse respecto del cronograma para la etapa en que se encontraba la ejecución para el 29 de noviembre de 2016, es decir, correspondiente a las siguientes actividades:

8	Documentación	5 días	2016/10/31 08:00	2016/11/04 17:00	7
9	Servicio de promoción y apropiación	60 días	2016/10/31 08:00	2016/12/29 17:00	7
10	Servicio de operación y mantenimiento	60 días	2016/10/31 08:00	2016/12/29 17:00	7
11	Fin del proyecto	1 día	2016/12/30 08:00	2016/12/30 17:00	10

La primera prórroga se pactó por 9 días a partir del 1 de diciembre de 2016.

La segunda prórroga se pactó hasta el 20 de diciembre de 2016.

Visto lo anterior y confrontado con el cronograma, se observa que las actividades 9, 10 y 11 tenían como fecha de finalización el 29 y 30 de diciembre de 2016.

En esa medida, no se evidencia la necesidad de declaración judicial de prórroga del contrato en tanto lo pactado no alteró la previsión de las etapas iniciales en el cronograma explicado en la demanda, pues en todo caso, no superó las fechas finales previstas para la terminación de las actividades correspondientes a las etapas 9, 10 y 11.

Lo anterior guarda relación con la imposición de multas por parte de la ETB ante el incumplimiento de los términos del contrato. Tales multas fueron impuestas como aparece consignado en las Actas 1 y 2 de la siguiente forma:

ACTA No. 1 – SERVICIOS

De lo consignado en este documento se destaca lo siguiente:



"En virtud de lo establecido en el acuerdo N° 2 suscrito por las partes el 09 de diciembre de 2016, mediante la presente acta, a continuación se deja constancia de la verificación de todas las obligaciones pactadas por las partes en el contrato N° 4600015691, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes documentos:

- Los términos de referencia de la selección directa que dieron origen al contrato
- La oferta de contratista
- El contrato No. 4600015691 suscrito el 24 agosto de 2016, sus anexos y documentos antecedentes.
- Acta de inicio del día 2 de septiembre de 2016
- Acuerdo N° 1 suscrito el 30 de noviembre de 2016, prórroga hasta el 9 de Diciembre de 2017
- Acuerdo N° 2 suscrito el 9 de diciembre de 2016, prórroga y modificación forma de pago hasta el 20/12/2017
- Documento suscrito por las partes el 17 de Marzo de 2017, mediante el cual se prorrogó el plazo para liquidar el contrato hasta el 20 de Junio de 2017.
- Documento suscrito por las partes el 16 de Junio de 2017, mediante el cual se prorrogó el plazo para liquidar el contrato hasta el 19 de Julio de 2017.
- Documento suscrito por las partes el 19 de Julio de 2017, mediante el cual se prorrogó el plazo para liquidar el contrato hasta el 11 de Agosto de 2017.
- Actas de reunión y comunicaciones emitidas entre las partes
 - Actas de seguimiento ejecución contrato con fechas del: 31 de octubre de 2016, 24 de noviembre de 2016, 28 de noviembre de 2016, 02 de diciembre de 2016 y 09 de diciembre de 2016.
 - Comunicados de ETB a Meltec Comunicaciones 20/12/2016, 10/02/2017, 28/04/2017
 - Comunicados de Meltec Comunicaciones a ETB 28/12/2016, 20/02/2017, 07/06/2017..."

En la tabla incluida en el documento se indica que el contratista respecto de la implementación Zonas WiFi cumplió con las obligaciones correspondientes a las que a continuación se enuncian respecto de las zonas que se incluirán en la tabla siguiente:

- Diseño y estudio de campo
- AP
- Seguridad física y logística
- Sistema eléctrico
- Sistema de gestión
- Portal cautivo
- Obras civiles

No cumplió con la obligación de "Gestión de permisos" en los siguientes puntos:

Ítem	Ciudad	Nombre zona	Observaciones
1	Acacias	Polideportivo Cuatro Canchas	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Acacias, para obtener la expedición de los permisos. El delegado de ETB que realizó la gestión fue el señor Néstor Herrera.
2	Aguachica	Parque San Roque	N/A
3	Aguazul	Cancha Sintética San Carlos	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

Ítem	Ciudad	Nombre zona	Observaciones
			trámites requeridos ante la Alcaldía de Aguazul, para obtener la expedición de los permisos con el lleno de los requisitos. El delegado de ETB que realizó la gestión fue Luz Martiza Romero.
4	Arauca	Parque General Santander	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Arauca para obtener la expedición de los permisos con el lleno de los requisitos exigidos. El delegado de ETB que realizó la gestión fue Javier Armando Manrique el cual se desplazó vía aérea el 21 de noviembre de 2016.
5	Armenia	Parque Cafetero	NO CUMPLIÓ Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Armenia y EDEQ para obtener la expedición de los permisos con el lleno de los requisitos exigidos. El delegado de ETB que realizó la gestión fue Luz Esperanza García. Dado el retraso de la instalación eléctrica de la zona, que afectaba su puesta en operación y ponía en riesgo a ETB de incumplimiento con MINTIC, ETB se vio abocada a desplazar personal técnico al ingeniero Electricista Benjamín Ochoa desde Bogotá el 03/12/2016 vía aérea y contrató cuadrilla del proveedor Nesitelco para el diseño y viabilidad de la implementación necesaria para la energización de acuerdo a los requerimientos de la electrificadora.
6	Barranquilla	Parque Universal	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Barranquilla, DISCELSA, Sociedad Hermanas de la Caridad para obtener la expedición de los permisos con el lleno de los requisitos exigidos. Los delegados de ETB que realizaron la gestión fueron Jorge Enrique Ricardo, Rafael Villalobos, Lizbeth Robayo.
7	Bello	Parque Santander	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Bello, EPM, UNE para obtener la expedición de los permisos con el lleno de los requisitos exigidos. Los delegados de ETB que realizaron la gestión fueron Mónica Bedoya y la Dra. Iliá María Obando quién realizó el viaje vía área el 05/12/2016 para reunión con UNE en el cual se determinó que se requería un contrato entre ETB y UNE para que ETB asumiera el costo de uso de infraestructura de los postes Utilizados para la zona Wifi.
8	Bogotá	Parque San Andrés	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante el IDRD, UAESP, CODENSA, Administración del parque San Andrés para obtener la expedición de los permisos con el lleno de los requisitos exigidos. Los delegados de ETB que realizaron la gestión fueron Angela María Ballén y Lizbeth Robayo.
9	Bucaramanga	Parque de los Niños	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Bucaramanga, Alumbrado Público, Instituto Municipal de Cultura y Turismo para obtener la expedición de los permisos con el lleno de los requisitos exigidos. El delegado de ETB que realizó la gestión fue Ricardo Suárez. En el proceso de trámite de expedición de los permisos la Alcaldía solicitó que la acometida eléctrica fuera modificada porque no se encontraba acorde a lo requerido en este tipo de actividades. ETB realizó gestión con Multe y Gerencia de alumbrado público para realizar esta actividad. ETB realizó el pago de esta actividad a la Empresa de Alumbrado público y fue ejecutada el 12/12/2016.
10	Buenaventura	Polideportivo La Independencia	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Buenaventura. El delegado de ETB que realizó la gestión fue Carlos Arturo Orozco quién realizó viaje en vía terrestre el 17/11/2016
11	Calarcá	Plaza de Bolívar	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Calarcá, Empresas Públicas de Calarcá. El delegado de ETB que realizó la gestión fue Luz Esperanza García Muñoz
12	Cali	Cancha La Estación	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Cali y EMCALI. Los delegados de ETB que realizaron la gestión fue Carlos Arturo Orozco y el directivo de ETB Héctor Castillo quién realizó viaje vía aérea el 05/12/2016. De igual forma la Alcaldía solicitó modificación de la parte eléctrica dado que no se encontraba acorde al POT del municipio, por lo tanto, fue requerido que ETB realizará un compromiso de modificación de la parte eléctrica para la entrega de los permisos lo cual generó costos adicionales.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

Ítem	Ciudad	Nombre zona	Observaciones
13	Cartagena	Plaza de la Aduana	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Cartagena y el SENA. La delegada de ETB que realizó la gestión fue Mónica Fonseca quién realizó viaje vía aérea el 17/12/2016
14	Ciénaga	Plaza Centenario	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Ciénaga, y La Iglesia de Ciénaga. Los delegados de ETB que realizaron la gestión fue Rafael Orlando Félix Villalobos y Esperanza Cabrera quién realizó viaje vía aérea el 13 de diciembre de 2016. Cabe resaltar que ETB realizó la gestión con los dueños del establecimiento comercial las Quince letras donde inicialmente se instaló un ap , instalado por Meltec sin la autorización del dueño del predio, por lo cual ETB realizó la gestión para determinar y ubicar los dueños del predio, los cuales se negaron a dar el permiso por lo tanto fue requerido reubicar el ap a la fachada de la iglesia y gestionar nuevamente el permiso ante esta entidad.
15	Corozal	Parque Santander	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Corozal y Luis Eduardo Amador (Casa Amador). El delegado de ETB que realizó la gestión fue Ricardo Arturo Arias quién realizó viaje vía aérea el 05/12/2016, fue requerido obtener el Certificado de Tradición y Libertad de la casa Amador, ubicar las personas dueñas del predio para la firma de los permisos
16	Cúcuta	Plazoleta de Telecom	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Cúcuta. La delegada de ETB que realizó la gestión fue Kelly Nereida Vera.
17	Dos Quebradas	Santa Teresita	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites de permisos requeridos ante la Alcaldía de Dosquebradas y la Chec. De igual forma, debido a que contratista no realizó la gestión con la electrificadora en los tiempos contractuales para la alimentación de la energía a los equipos de la zona, ETB se vio abocada en realizar esta gestión con la electrificadora Chec.
18	Espinal	Parque Mitológico	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Espinal La delegada de ETB que realizó la gestión fue Paula Álvarez quién se desplazó terrestre el 11/11/2016
19	Floridablanca	Parque Principal	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Floridablanca. El delegado de ETB fue Ricardo Suarez Adicionalmente la alcaldía realizó quejas de manera formal del funcionamiento de la zona y de las instalaciones realizadas, por lo tanto, ETB realizó verificación y seguimiento por personal de ETB liderado por ingeniero Gilberto Sanabria hasta que fue solucionado y aceptado por la Alcaldía el 12/12/2016
20	Fusagasugá	Parque Principal	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Fusagasugá. La delegada de ETB fue Angela Maria Ballén quien se desplazó vía terrestre 16/11/2016
21	Ibagué	Comuna 8	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Espinal La delegada de ETB que realizó la gestión fue Paula Álvarez quién se desplazó vía terrestre el 17/11/2016
22	La Dorada	Polideportivo Las Ferias	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites de permisos requeridos ante la Alcaldía de la Dorada y la electrificadora CHEC. Los delegados de ETB fueron Armando Javier Manrique , William Reinaldo Cabrera quienes se desplazaron vía terrestre el 5/12/2016 - 19/12/2016 Adicionalmente ETB realizó la organización de los collarines y cambio de estos , filtrado de corazas, figuración de cables de acuerdo con los pendientes de la visita realizada por la interventoría del cliente FONTIC debido a que lo realizado por Meltec no cumplía con las condiciones de calidad solicitadas para la aceptación de la zona, para lo cual fue necesario viaje del Ingeniero William Reinaldo Cabrera y desplazar cuadrillas de ETB el 19/12/2016 para realizar la actividad.
23	Lorica	Plaza Lácides Bersal	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Lorica. La delegada de ETB que realizó la gestión fue Paula Hernández.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

Ítem	Ciudad	Nombre zona	Observaciones
24	Magangué	Parque Lineal de San Martín	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Magangué. La delegada de ETB que realizó la gestión fue Mónica Fonseca
25	Manizales	Parque Antonio Nariño	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Manizales y la Chec. La delegada de ETB que realizó la gestión fue Mariana Salgado. Adicionalmente debido al retraso en la instalación de la zona, ETB realizó presencia con personal técnico y el directivo William Cabrera el 05/12/2016 para la supervisión de la instalación de las acometidas eléctricas y puesta en funcionamiento de la zona.
26	Medellín	Unidad Deportiva Floresta La	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Medellín, EPM, UNE, INDER para obtener los permisos y autorizaciones y demás aplicables para la adecuada ejecución del proyecto conforme a los términos de referencia. Los delegados de ETB que realizaron la gestión fueron James Córdoba, Eric Ramírez y la Dra. Iliá María Obando quién realizó el viaje vía área el 05/12/2016 para reunión con UNE que permitiera realizar la formalización del uso de la infraestructura de los postes utilizados para la zona Wifi. Teniendo en cuenta que conforme a los términos de referencia "Las obras civiles requeridas para la instalación de los equipos serán de responsabilidad del proveedor, para lo cual deberá dar cumplimiento a la normatividad vigente y contar con los permisos que se requieran para el efecto." Y que el contratista no realizó la instalación de 1 poste, ETB se vio abocada a realizar dicha actividad.
27	Montería	Parque Central	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Montería. La delegada de ETB que realizó la gestión fue Paula Hernández. De acuerdo a los pendientes relacionados por la interventoría del cliente Fontic en la visita a sitio del día 10/12/2016, y debido a que el contratista no realizó las actividades que permitieran el correcto y estable funcionamiento de la zona, ETB se vio abocada en realizar visita vía aérea por el Ingeniero Erick Ramírez desde el 17/12/2016 al 20/12/2016 acompañado de cuadrilla de la zona, para la instalación de las puestas a tierras del Ap principal y dispuso de los elementos como escaleras y herramienta para las modificaciones a las instalaciones realizadas para lograr el funcionamiento de la zona.
28	Neiva	Sede Neiva	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Neiva, Discelesa, Electro Huila para obtener la expedición de los permisos con el lleno de los requisitos exigidos. Los delegados de ETB de la gestión de permisos fueron Mónica Fonseca, Paula Guerra que realizó viaje vía aérea el 05/12/12 en la cual se evidenció que era requerido hacer modificaciones de la conexión eléctrica para la alimentación de los equipos de la zona que permitiera otorgar los permisos necesarios por parte de esta entidad, la cual fue realizada el 06/12/12 por un contratista particular. Adicionalmente fue necesario una nueva visita por parte del ingeniero Wilmer Yesid Torres el 12/12/12 para la gestión de permisos con la Electrificadora Electro Huila y la Alcaldía.
29	Pasto	Plaza Mercado de	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Pasto, CEDENAR. Las delegadas de ETB fueron: Luz Maritza Romero quién realizó viaje vía aérea el 21/11/2016 en el cual se evidenció que se requería hacer modificaciones eléctricas para la obtención de los permisos, se solicitó a Meltec la realización de la Actividad. Esperanza Cabrera quién realizó viaje vía aérea el 06/12/2016 para la gestión de permisos ante CEDENAR y la Alcaldía.
30	Pitalito	Polideportivo	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Pitalito. La delegada de ETB fue Mónica Fonseca.
31	Popayán	Plaza de Mercado La Esmeralda	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Popayán. El delegado de ETB fue William Espinosa
32	Riohacha	Parque de La Vida	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

Ítem	Ciudad	Nombre zona	Observaciones
			trámites requeridos ante la Alcaldía de Riohacha. El delegado de ETB fue Rafael Orlando Félix quién realizó viaje el 17/11/2016
33	San Juan del Cesar	Calle 7 entre carreras 1 y 10	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Riohacha. El delegado de ETB fue Rafael Orlando Félix quién realizó viaje el 18/11/2016
34	Santa Marta	Parque Equidad La	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Santa Marta. El delegado de ETB fue Rafael Orlando Félix.
35	Santa Rosa de Cabal	Polideportivo La Hermosa	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Santa Rosa de Cabal y la Chec. La delegada de ETB que realizó la gestión fue Mariana Salgado. Debido a que contratista no realizó la gestión con la electrificadora en los tiempos contractuales, para la alimentación de la energía a los equipos de la zona. ETB debió realizar la compra de 2 medidores para mejorar los tiempos de instalación por parte de la electrificadora Chec.
36	Santander de Quilichao	Parque Cholados	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Santander de Quilichao. El delegado de ETB William Espinosa
37	Sincelejo	Plaza Cultural de Majagual	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Sincelejo. El delegado de ETB fue Ricardo Arturo Arias.
38	Soacha	Parque Deportivo Las Arenosas	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Soacha, el Instituto Municipal para la Recreación y el deporte. El delegado de ETB Angela María Ballén Teniendo en cuenta que conforme a los términos de referencia "Las obras civiles requeridas para la instalación de los equipos serán de responsabilidad del proveedor, para lo cual deberá dar cumplimiento a la normatividad vigente y contar con los permisos que se requieran para el efecto." Y que el contratista no realizó la instalación de 3 postes, ETB se vio abocada a realizar dicha actividad.
39	Sogamoso	Plaza de La Villa	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Sogamoso. El delegado de ETB fue Angela María Ballén.
40	Soledad	Centro Histórico (Plaza Central)	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Soledad, Electicaribe. El delegado de ETB fue Jorge Enrique Ricardo quién realizó viaje el 05/12/2016. De igual forma ETB realizó la figuración de los cables a los postes, debido a que Meltec no lo realizó con la calidad requerida por lo tanto se desplazó una cuadrilla el 16/12/2016.
41	Tunja	Plaza de Bolívar	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Tunja. El delegado de ETB fue Wilmer Yesid Torres quién se desplazó vía terrestre el 15/11/2016.
42	Valledupar	Parque Nevada La	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Valledupar. El delegado de ETB fue Joaquín Andrés Amado.
43	Villavicencio	Plaza Libertadores Los	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realizará las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Valledupar. El delegado de ETB fue Néstor Herrera
44	Yopal	Parque Herradura La	Frente al incumplimiento parcial del contratista y ante la necesidad de ETB de cumplir con el cliente FONTIC, ETB tuvo que disponer de personal para que realice las gestiones y trámites requeridos ante la Alcaldía de Yopal. El delegado de ETB fue Luz Maritza Romero vía aérea el 25/11/2016.

Continúa el acta:

"Mediante comunicaciones de 20 de diciembre de 2016, el 10 de febrero de 2017, y el 28 de abril de 2017, ETB informó al contratista que el valor de la mora por retardo



en la entrega de la implementación de la Zonas WiFi correspondía a la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISEIS MIL SETECIENTOS TRECE PESOS M/CTE (\$133.826.713), cuyo cálculo se efectuó desde el 30 de octubre de 2016, fecha prevista en el cronograma para la implementación de las zonas WiFi, hasta el 20 de diciembre de 2016, y que el valor de la cláusula penal correspondía a la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$286.641.960), la cual fue calculada con el 20% del precio del contrato, según lo contractualmente pactado.

Luego de la revisión de las comunicaciones remitidas por el contratista el 28 de diciembre de 2016, 20 de febrero de 2017 y 02 de junio de 2017, y de reuniones efectuadas, se presentó el tema en el comité de Defensa Judicial y Conciliación de ETB, en cesiones de 7,14 y 21 de julio de 2017, quien recomendó en relación con la multa ajustarla a la realidad de la mora o retraso en que incurrió el contratista, y en relación con la cláusula penal, aplicarla de manera proporcional al incumplimiento efectivamente demostrado

Por lo anterior, el área del facultado procedió así:

1. Recalcular el valor del retardo o mora de la implementación de las zonas WiFi que conforman la solución, teniendo en cuenta que la fecha inicia cuando ETB cumplió con las obligaciones a su cargo, desplazando la fecha de inicio en la que debía estar implementadas las zonas hasta la fecha real de entrega de la implementación. Por lo anterior, el nuevo valor de la multa corresponde a la suma de SETENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (COP\$ 71.506.342) para el cual se generó la cuenta de cobro No. XXX a favor de ETB en cumplimiento de lo estipulado en la aceptación de oferta PARÁGRAFO TERCERO: "Si hay retardo en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, pagará el contratista una multa equivalente al 1.5% del precio de la parte incumplida, por cada semana de atraso, o proporcional por fracción, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria. El valor de la multa no puede exceder el 20% del valor total del contrato. Cuya valoración se realizó mediante la gestión del equipo de Estudios Económicos de ETB como se ilustra a continuación:

ÍTEM	ZONA WIFI	PRECIO DE LA PARTE INCUMPLIDA \$COP	FECHA CONTRACTUALMENTE PREVISTA PARA LA ENTREGA DE LA ZONA	FECHA PARCIAL DE ENTREGA DE LAS ZONAS WIFI	DÍAS DE ATRASO	N° SEMANAS DE ATRASO	PRECIO DE LA MULTA EN \$COP
1	ACACIAS	\$ 28.018.158,00	5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
2	AGUACHICA		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
3	AGUAZUL		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
4	ARMENIA		5/11/2016	17/12/2016	43	6,14	\$ 2.581.673
5	BARRANQUILLA		5/11/2016	29/11/2016	25	3,57	\$ 1.500.973
6	BELLO		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
7	BUCARAMANGA		5/11/2016	18/12/2016	44	6,29	\$ 2.641.712
8	BUENAVENTURA		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
9	CALARCA		5/11/2016	15/12/2016	41	5,86	\$ 2.461.595
10	CARTAGENA		5/11/2016	8/12/2016	34	4,86	\$ 2.041.323
11	CIENAGA		5/11/2016	19/12/2016	45	6,43	\$ 2.701.751
12	COROZAL		5/11/2016	9/12/2016	35	5,00	\$ 2.101.362
13	DOSQUEBRADAS		5/11/2016	13/12/2016	39	5,57	\$ 2.341.517
14	ESPINAL		5/11/2016	13/11/2016	9	1,29	\$ 540.350
15	FLORIDABLANCA		5/11/2016	12/12/2016	38	5,43	\$ 2.281.479



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

ÍTEM	ZONA WIFI	PRECIO DE LA PARTE INCUMPLIDA \$COP	FECHA CONTRACTUALMENTE PREVISTA PARA LA ENTREGA DE LA ZONA	FECHA PARCIAL DE ENTREGA DE LAS ZONAS WIFI	DÍAS DE ATRASO	N° SEMANAS DE ATRASO	PRECIO DE LA MULTA EN \$COP
16	FUSAGASUGA		5/11/2016	30/11/2016	26	3,71	\$ 1.561.012
17	LA DORADA		5/11/2016	19/12/2016	45	6,43	\$ 2.701.751
18	LORICA		5/11/2016	13/12/2016	39	5,57	\$ 2.341.517
19	MAGANGUE		19/11/2016	11/12/2016	23	3,29	\$ 1.380.895
20	MANIZALES		5/11/2016	13/12/2016	39	5,57	\$ 2.341.517
21	MEDELLIN		5/11/2016	8/12/2016	34	4,86	\$ 2.041.323
22	MONTERIA		5/11/2016	19/12/2016	45	6,43	\$ 2.701.751
23	NEIVA		5/11/2016	9/12/2016	35	5,00	\$ 2.101.362
24	PASTO		5/11/2016	21/11/2016	17	2,43	\$ 1.020.661
25	PITALITO		5/11/2016	8/12/2016	34	4,86	\$ 2.041.323
26	POPAYAN		5/11/2016	5/11/2016	1	0,14	\$ 60.039
27	RIOHACHA		5/11/2016	15/11/2016	11	1,57	\$ 660.428
28	SAN JUAN DEL CESAR		20/11/2016	5/12/2016	16	2,29	\$ 960.623
29	SANTA MARTA		5/11/2016	11/11/2016	7	1,00	\$ 420.272
30	SANTANDER DE QUILICHAO		5/11/2016	15/12/2016	41	5,86	\$ 2.461.595
31	SINCELEJO		5/11/2016	8/12/2016	34	4,86	\$ 2.041.323
32	SOACHA		5/11/2016	16/12/2016	42	6,00	\$ 2.521.634
33	SOGAMOSO		5/11/2016	30/11/2016	26	3,71	\$ 1.561.012
34	SOLEDAD		5/11/2016	16/12/2016	42	6,00	\$ 2.521.634
35	TUNJA		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
36	VALLEDUPAR		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
37	VILLAVICENCO		5/11/2016	30/11/2016	26	3,71	\$ 1.561.012
38	YOPAL		5/11/2016	12/12/2016	38	5,43	\$ 2.281.479
PRECIO TOTAL DE LA MULTA EN \$COP							\$ 71.506.342

2. Recalcular el valor de la cláusula penal pecuniaria de manera proporcional al incumplimiento efectivamente demostrado. Por lo que el nuevo valor de la cláusula penal corresponde a la suma de CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (COP 164.268.439)

2. SALVEDADES

Meltec Comunicaciones S.A. manifiesta no estar de acuerdo con la aplicación las sanciones (multas y cláusula penal) realizada por parte de ETB por cuanto, en nuestro criterio, MELTEC ejecutó las obligaciones que estaban a su cargo dentro de los plazos contractuales establecidos de mutuo acuerdo por las partes, para lo cual contó con el apoyo de ETB. En este sentido, consideramos que Meltec actuó siempre de conformidad con sus obligaciones, con buena fe contractual, procurando el eficiente cumplimiento de las actividades encargadas según lo establecido en el Contrato No. 4600015691. Por lo anterior, suscribe la presente acta con salvedades, las cuales igualmente se harán constar en el acta de liquidación bilateral a ser suscrita por las partes.

3. VALOR A PAGAR CON LA PRESENTE ACTA:

De conformidad con lo pactado en el contrato y con lo estipulado en el Manual de Contratación de ETB, las sanciones deben ser descontadas de los valores que ETB le



adeude al contratista por cualquier concepto, las cuales quedaron incluidas en el acta de bienes No. 2, por lo tanto el valor a pagar con la presente acta es:

<i>CONCEPTO</i>	<i>Valor en COP</i>
<i>Diseño y Estudio de Campo</i>	<i>62.392.440</i>
<i>Servicio de Instalación Configuración y Puesta en Servicio</i>	<i>359.907.680</i>
<i>Subtotal Servicios</i>	<i>422.300.120</i>
<i>IVA 16%</i>	<i>67.568.019</i>
<i>Valor total a pagar servicios</i>	<i>489.868.139</i>

(...)"

De la lectura de este documento se evidencia que el incumplimiento efectivamente se había producido por parte del contratista en cuanto a la satisfacción de sus obligaciones dentro del plazo inicialmente pactado. Es decir, que el hecho objetivo que daba lugar a la generación de la multa se habría configurado, siendo necesario establecer si tal incumplimiento puede ser atribuido a la conducta de la demandada o a la ocurrencia de una causa de exoneración en el cumplimiento de la obligación para la sociedad demandante.

En dicho documento no se evidencia la existencia de causales que permitan justificar el retraso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, de forma que te hubiese sido imposible cumplir con el cronograma establecido para el efecto.

Por el contrario, se evidencia que la autoridad accionada intervino mediante sus funcionarios a efecto de que pudiera surtir del objeto del contrato, lo que permitió el cumplimiento de su objeto.

Si bien es cierto que en el presente caso no se discute que el contrato originalmente tenía por objeto del cumplimiento de otro acuerdo de voluntades celebrado con el Ministerio de las Tecnologías de la Información, en virtud del cual habría sido conveniente una conducta más activa de la administración a fin de surtir un adecuado enlace con las autoridades territoriales donde debía surtir el objeto del contrato y que ello pudo redundar en el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, ello no puede ser tenido como la causa del incumplimiento, pues se trata de una situación que si bien ha habido preverse y gestionarse como riesgo, no impedía el cumplimiento de las obligaciones.

Debe destacarse que en los términos del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, corresponde a la parte demandante plantear un hecho y demostrarlo, pues se trata de los requisitos de la demanda. Es decir que cada uno de estos incumplimientos debía explicarse como hecho en la demanda y demostrar la forma de su ocurrencia así como de la configuración de causales de exoneración.

En el presente caso la lectura del acta de servicios número uno y cuyo contenido acaba de ser relacionado, evidencia la dificultad frente a 44 puntos en donde debían instalarse los puntos de acceso, sin que se precisara en cada caso concreto en qué consistió la dificultad y se acreditará invocando las pruebas respectivas.

Es decir, para el juzgador se hace necesario que la parte actora planteé el hecho y lo demuestre, lo que habría sido necesario de forma separada para cada uno de los 44 puntos en los que se presentaron inconvenientes y que dieron lugar a la imposición de la multa.

La imposición de multas en el ordenamiento colombiano está sometida a la prohibición de responsabilidad objetiva como ocurre en todo régimen sancionatorio, por lo tanto, habría sido dable al interesado demostrar la ocurrencia de una causal de exoneración a título de



caso fortuito o fuerza mayor que le impidiera el cumplimiento del contrato dentro del plazo previsto para el efecto.

No se evidenció que en muchos otros de los puntos el hecho planteado frente a lo que la parte actora denominada aprobación de los formatos haya representado dificultades a efecto de cumplir con el objeto del contrato, por lo que no puede detenerse por demostrada la ocurrencia de alguna causal que permita declarar la nulidad del acto mediante el cual se impuso la multa.

Se reitera que no se trata de actos administrativos, sino de la manifestación de voluntad que deriva del desarrollo del objeto contractual en los términos que fuera planteado.

En los Términos de Referencia se anota respecto de la gestión de los permisos lo siguiente:

"• GESTION (Sic) DE PERMISOS

El Proveedor deberá cumplir con las normas aplicables en derecho, la regulación, la Constitución Nacional (Sic), los mandatos superiores en materia de telecomunicaciones, normas técnicas aplicables, normatividad nacional, departamental y municipal frente a licencias, permisos y autorizaciones y demás aplicables para la adecuada ejecución del proyecto.

El Proveedor será el responsable de la gestión, trámite y consecución de licencias, autorizaciones y permisos, etc. a que haya lugar para el desarrollo del presente proyecto, así como el pago de tasas y costos que se generen en la obtención de los mismos."

(...)

"• SERVICIO DE INSTALACIÓN, CONFIGURACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO

El proveedor deberá entregar instalados y configurados en su totalidad los equipos de la red Wi-Fi. Así (sic) mismo, deberá realizar las instalaciones exteriores, de acuerdo a las reglas del buen arte, siguiendo las reglamentaciones y provocando el menor impacto visual posible. Todos los permisos requeridos para ello serán gestionados por el proveedor. La instalación garantizará la seguridad física de los equipos (los usuarios no tendrán acceso a los AP).

Las obras civiles requeridas para la instalación de los equipos serán de responsabilidad del proveedor, para lo cual deberá dar cumplimiento a la normatividad vigente y contar con los permisos que se requieran para el efecto."

Lo anterior planteado en los términos de referencia y reproducido para efectos contractuales en el acuerdo de voluntades, evidencia claramente a cuál de los contratantes correspondía la gestión de los permisos, asunto que habría tenido que ser objeto de estudio por parte del interesado al postularse de conformidad con su capacidad contractual y su experiencia.

A su vez, en el Acta No. 2, se dejó consignada la siguiente información sobre la forma de calcular el valor de la multa:

Ítem	Zona wifi	Precio de la parte incumplida \$cop	Fecha contractualmente prevista para la entrega de la zona	Fecha parcial de entrega de las zonas wifi	Días de atraso	N° semanas de atraso	Precio de la multa en \$cop
1	ACACIAS	\$ 28.018.158,00	5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
2	AGUACHICA		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

Ítem	Zona wifi	Precio de la parte incumplida \$cop	Fecha contractualmente prevista para la entrega de la zona	Fecha parcial de entrega de las zonas wifi	Días de atraso	Nº semanas de atraso	Precio de la multa en \$cop
3	AGUAZUL		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
4	ARMENIA		5/11/2016	17/12/2016	43	6,14	\$ 2.581.673
5	BARRANQUILLA		5/11/2016	29/11/2016	25	3,57	\$ 1.500.973
6	BELLO		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
7	BUCARAMANGA		5/11/2016	18/12/2016	44	6,29	\$ 2.641.712
8	BUENAVENTURA		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
9	CALARCÁ		5/11/2016	15/12/2016	41	5,86	\$ 2.461.595
10	CARTAGENA		5/11/2016	8/12/2016	34	4,86	\$ 2.041.323
11	CIÉNAGA		5/11/2016	19/12/2016	45	6,43	\$ 2.701.751
12	COROZAL		5/11/2016	9/12/2016	35	5,00	\$ 2.101.362
13	DOSQUEBRADAS		5/11/2016	13/12/2016	39	5,57	\$ 2.341.517
14	ESPINAL		5/11/2016	13/11/2016	9	1,29	\$ 540.350
15	FLORIDABLANCA		5/11/2016	12/12/2016	38	5,43	\$ 2.281.479
16	FUSAGASUGÁ		5/11/2016	30/11/2016	26	3,71	\$ 1.561.012
17	LA DORADA		5/11/2016	19/12/2016	45	6,43	\$ 2.701.751
18	LORICA		5/11/2016	13/12/2016	39	5,57	\$ 2.341.517
19	MAGANGUÉ		19/11/2016	11/12/2016	23	3,29	\$ 1.380.895
20	MANIZALES		5/11/2016	13/12/2016	39	5,57	\$ 2.341.517
21	MEDELLÍN		5/11/2016	8/12/2016	34	4,86	\$ 2.041.323
22	MONTERÍA		5/11/2016	19/12/2016	45	6,43	\$ 2.701.751
23	NEIVA		5/11/2016	9/12/2016	35	5,00	\$ 2.101.362
24	PASTO		5/11/2016	21/11/2016	17	2,43	\$ 1.020.661
25	PITALITO		5/11/2016	8/12/2016	34	4,86	\$ 2.041.323
26	POPAYÁN		5/11/2016	5/11/2016	1	0,14	\$ 60.039
27	RIOHACHA		5/11/2016	15/11/2016	11	1,57	\$ 660.428
28	SAN JUAN DEL CESAR		20/11/2016	5/12/2016	16	2,29	\$ 960.623
29	SANTA MARTA		5/11/2016	11/11/2016	7	1,00	\$ 420.272
30	SANTANDER DE QUILICHAO		5/11/2016	15/12/2016	41	5,86	\$ 2.461.595
31	SINCELEJO		5/11/2016	8/12/2016	34	4,86	\$ 2.041.323
32	SOACHA		5/11/2016	16/12/2016	42	6,00	\$ 2.521.634
33	SOGAMOSO		5/11/2016	30/11/2016	26	3,71	\$ 1.561.012
34	SOLEDAD		5/11/2016	16/12/2016	42	6,00	\$ 2.521.634
35	TUNJA		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
36	VALLEDUPAR		5/11/2016	5/12/2016	31	4,43	\$ 1.861.206
37	VILLAVICENCIO		5/11/2016	30/11/2016	26	3,71	\$ 1.561.012
38	YOPAL		5/11/2016	12/12/2016	38	5,43	\$ 2.281.479
PRECIO TOTAL DE LA MULTA EN \$COP							\$ 71.506.342

Se tiene entonces que el valor de la multa fue reducido en proporción al número de días en que persistió el incumplimiento.

No pueden entonces tenerse por desvirtuadas las razones por las cuáles la sociedad contratante tuvo por incumplido el contrato de forma injustificada dando lugar al cobro unilateral de las multas de conformidad con los detalles contenidos en la documentación allegada al expediente.

El medio de control de controversias contractuales requiere para que el juez declare que el contrato no fue incumplido la demostración de que las obligaciones de la parte que alega cumplimiento fueron debidamente satisfechas, o en su defecto que no pudieron ser cumplidas por causa ajena a su voluntad.

En este caso, se enunció en la demanda que la demora se debió a la conducta de las autoridades encargadas de otorgar los permisos y a una demora en el suministro de los formatos necesarios para el efecto por parte de la interventoría o de la supervisión del contrato.

Sin embargo, es del caso reiterar, que no está demostrado qué tal demora haya tenido efecto en la totalidad del trámite de los permisos necesarios para la colocación de la infraestructura necesaria por parte del contratista, de modo que el efecto que este hecho habría tenido puede circunstancial frente a cada uno de los sitios en donde se habría producido el retraso.



En los dos documentos, el contratista consignó salvedades.

8.1.4 CUARTO PROBLEMA JURÍDICO: CONSIGNACIÓN DE SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN

La parte actora entre sus pretensiones pide que se declare que la demandada vulneró los derechos de la sociedad accionante al no permitirle plasmar sus salvedades en el acta de liquidación.

En el expediente obra el archivo "Acta de liquidación del contrato firmada por el facultado ETB sin las salvedades del Contratista.pdf" que figura sin firma de la representante de la sociedad accionante.

En este documento puede leerse lo siguiente:

"13. SALVEDADES

De conformidad con las comunicaciones remitidas por MELTEC y sus apoderados a la ETB en fechas 28 de diciembre de 2016, 20 de enero de 2017 y 07 de junio de 2017, y de los planteamientos presentados en las diversas reuniones efectuadas, Meltec manifiesta expresamente a la ETB que suscribirá la presente acta de liquidación bilateral CON SALVEDADES por cuanto Meltec no está de acuerdo ni acepta la declaratoria de incumplimiento y la aplicación las sanciones (multas y cláusula penal) realizada por parte de ETB en el presente documento.

En consecuencia, Meltec Comunicaciones S.A. se reserva el derecho de iniciar las reclamaciones contenciosas administrativas de ley junto con la respectiva solicitud de conciliación como requisito de procedibilidad, respecto al descuento realizado por concepto de sanciones aplicadas unilateralmente por ETB, así:

- a. Multas por valor de setenta y un millones quinientos seis mil trescientos cuarenta y dos pesos moneda corriente (COP\$ 71.506.342) y*
- b. cláusula penal por un valor de ciento sesenta y cuatro millones doscientos sesenta y ocho mil cuatrocientos treinta y nueve pesos moneda corriente (COP\$ 164.268.439)*

Lo anterior en consideración a que, en nuestro criterio, Meltec Comunicaciones S.A., ejecutó las obligaciones que estaban a su cargo dentro de los plazos contractuales establecidos de mutuo acuerdo por las partes, para lo cual contó con el apoyo de ETB. En este sentido, consideramos que Meltec actuó siempre de conformidad con sus obligaciones, con buena fe contractual, procurando el eficiente cumplimiento de las actividades encargadas según lo establecido en el contrato No. 4600015691.

Los fundamentos fácticos y jurídicos de nuestras salvedades se encuentran esbozados en las comunicaciones remitidas por MELTEC a ETB en fechas 28 de diciembre de 2016, 20 de febrero de 2017 y 07 de junio de 2017.

Adicionalmente Meltec se reserva el derecho de reclamar la suma de \$21.065.600 adeudada por ETB, correspondiente a la elaboración de material POP de 13,500 lapiceros con logo Zona WiFi gratis para la gente, los cuales fueron adquiridos por Meltec, conforme a lo solicitado por ETB en reuniones, y cuyo pago posteriormente no fue aprobado por ETB."



Se observa entonces que el ejemplar obrante en el expediente del acta de liquidación incluye la salvedad es que el contratista está discutiendo en el presente caso, por lo que bajo el entendido de que sólo puede reclamarse aquello respecto de lo cual se deja salvedades del acta de liquidación se trata de un presupuesto cumplido pues lo indicado en el acta es congruente con las pretensiones de la demanda.

De esta forma, no resultaría procedente emitir declaraciones respecto del contenido del acta de liquidación en cuanto a la inconformidad de la parte actora respecto de la posibilidad de incluir observaciones, salvedades o reclamaciones, pues aparecen consignadas en la misma.

8.1.5 QUINTO PROBLEMA JURÍDICO: EL PAGO DE MATERIAL DE PROMOCIÓN

La documentación allegada con la demanda evidencia la adquisición por parte del contratista de un total de 13,500 lapiceros, que no habían sido recibidos por ETB, siendo el punto de controversia la orden que tendría que haberse emitido por el contratante para el efecto.

La parte actora indica que, según el cronograma inicial del proyecto, le correspondía estar preparada para las actividades de promoción y aprobación a iniciarse en el mes de octubre de 2016. para el efecto, incumplimiento de esta obligación contractual, el contratista emite la orden de compra 2162214 a la firma 360 agencia SAS para la elaboración de los siguientes productos:

1. 7400 Esferos promocionales bayona color morado. Impresión tinta blanca
2. 6100 Esferos promocionales dely stylus2. Impresión tinta blanca

Tales productos por un valor total de \$ 21,065,600 no fueron recibidos por la ETB, en tanto que la supervisora del contrato manifestó que la contratante no había autorizado por escrito al MELTEC para esta actividad.

En el archivo denominado "propuesta Wi-Fi Mintic-1.pdf" se observa que en la página 48 se incluye el siguiente plan de promoción y apropiación:

"6.1. PLACA INFORMATIVA

Por cada zona Wi-Fi se instalará una placa de señalización e información. En esta placa se brindará información a los usuarios donde se fomente el acceso a las plataformas del Gobierno Central y Local.

6.2. ACTO DE INAUGURACIÓN

De acuerdo a lo solicitado se realizará una entrega simbólica de la zona, el cual incluye:

- *Carpa y tarima*
- *Pendones y Stand*
- *Material POP*
- *Equipo proyector de video y sistema de video conferencia*
- *Sillas (200)*
- *Refrigerios (200 personas)*
- *Megafonía*
- *Sonido*

6.3. ACTIVIDADES



- *Se dejará una (1) persona permanente en cada uno de los municipios la cual estará encargada de realizar las actividades y programas "Acercamiento a las TIC", "Uso de las TIC para beneficios personales" y los talleres con la comunidad, esta persona tendrá un conocimiento técnico de la solución, así que también servirá de soporte técnico lo cual brindará una respuesta mucho más rápida.*
- *Entrega de los informes al Gerente de Proyecto y a su vez a la interventoría del contrato con las actividades realizadas a la comunidad."*

Ello coincide con lo indicado en los términos de referencia sobre el particular y que se plasmó de la siguiente forma:

"Promoción y apropiación"

El proveedor en coordinación con ETB y el cliente Fontic deberá realizar un acto de inauguración para realizar una entrega simbólica de la zona de acuerdo a la aprobación de ETB, que incluya como mínimo la escenografía, los equipos de proyección, de sonido con videoconferencia, refrigerio, mobiliario sillas, material POP, pendones con la marca del proyecto, volantes.

Deberá contemplar al menos una (1) persona que realice todas las actividades en la zona en horario normal.

Entendiendo que apropiación son las estrategias y actividades tendientes a promover el acceso, uso efectivo y masivo de las TIC. Se han definido los siguientes requerimientos:

Acercándonos a las TIC (usuarios informados/participación en eventos):

Actividades en sitio en donde 2 gestores sociales generarán interacción con los ciudadanos que frecuenten esta comunidad para aproximarlos al uso básico del teléfono móvil a través del WiFi y desde sus propios dispositivos. Puede utilizar volantes o altavoces.

• Actividad 1

Equipo 1 persona permanente por zona WIFI en horario normal.

Frecuencia: Uno, dos o tres días a la semana de mayor concurrencia (viernes, sábado ó domingo) entre las 10:00 am y las 6:00 pm, dependiendo el tipo de municipio, para tres semanas al mes.

Impactados: Con esta actividad se impactarán 100 personas por día, las personas serán atraídas mediante activaciones culturales y recreativas.

Usando las TIC para beneficios personales (Usuarios informados y entrevistados).

Taller las TIC y la vida personal, cómo utilizar la tecnología para estudiar, trabajar, informarme y divertirme.

• Actividad 2

Equipo 1 persona permanente por zona WIFI en horario normal Frecuencia: 4 o 8 talleres por semana según el tipo de municipio, en un sitio que éste tenga a disposición y la convocatoria se realizaría en el momento uno "Acercándonos a las



TIC" y la inscripción, registro y control de asistentes se realizaría por parte de la secretaría de educación o el aliado del Ministerio de las TIC, para tal fin el proveedor entregará el esquema de divulgación, inscripción y registro de asistentes para lograr la convocatoria al público objetivo (e-card, volantes, entre otros) y consolidará los resultados por municipio.

Impactados: 50 impactados por taller.

Usando las TIC con seguridad y responsabilidad (Usuarios informados, tecnificados y entrevistados que participaron de reuniones)

Talleres sobre los riesgos de la tecnología y recomendaciones para niños, adolescentes, padres de familia y docentes de instituciones educativas, aledañas a las zonas de influencia de la zona wifi.

- *Actividad 3*

Equipo 1 persona permanente por zona WIFI en horario normal Frecuencia :2 o 4 talleres por semana, según el tipo de municipio en un sitio que el municipio tenga a disposición y la convocatoria se realizaría en el momento uno y dos "Acercándonos a las TIC" y "Usando las TIC para beneficios personales" y la inscripción, registro y control de asistentes se realizaría por parte de la secretaría de educación o el aliado del Ministerio de las TIC, para tal fin el Proveedor entregará el esquema de divulgación, inscripción y registro de asistentes para lograr la convocatoria al público objetivo (e-card, volantes, entre otros) y consolidará los resultados por municipio. Impactados: 50 impactados por taller.

Usuarios informados: *Persona que recibe información por parte del Proveedor sobre los posibles usos, aplicaciones y servicios provistos en la zona Wi-Fi. El Proveedor realizará esta actividad mediante folletos u otros medios y obtendrá la información en un medio digital como Tablet, smartphone, laptop, etc., con el nombre y teléfono de la persona informada. Esta información debe ser almacenada por el Proveedor en una base de datos con acceso por parte del MinTIC y podrá ser validada por el interventor.*

Usuarios Entrevistados: *Persona que está dispuesta a responder a un encuesta y proveer información sobre su edad, género, etc. y su conocimiento de las TICs. Esta información debe ser tomada mediante un medio electrónico como tableta, smartphone, etc y ser incluida en una base de datos del Proveedor y podrá ser accesada por entes del MinTIC y validada por el Interventor.*

Usuarios participes de Reuniones de Información: *Personas que acceden a reuniones o entrenamientos básicos donde se informan de los beneficios y servicios que pueden ser accesados por medio de las Zonas Wi-Fi. Los usuarios deberán llenar una forma o formato digital que el Proveedor incluirá en una base de datos y podrá ser accesada por el MinTIC y validada por el Interventor.*

Usuarios Tecnificados nivel básico: *Número de usuarios que se registran para tener un correo electrónico gratuito (Yahoo, Gmail, Hotmail, etc.), para esto se pueden utilizar técnicas ilustrativas y/o educativas como video o manuales o de forma personalizada. El usuario con nuevo correo o existente enviará un correo de verificación a un correo prueba provista por el Proveedor y que podrá acceder el MinTIC y/o el Interventor.*

Usuarios Tecnificados nivel medio: *Número de usuarios que puedan utilizar su correo y puedan usar servicios de uso general como por ejemplo certificados de pasado*



judicial, antecedentes disciplinarios, responsabilidad fiscal, afiliaciones, libreta militar, etc. Que puedan hacer uso de redes sociales de forma moderada. El Proveedor obtendrá estadísticas de uso de la zona Wi-Fi del Controlador de Acceso y del Firewall, donde se relacione la dirección IP del dispositivo que se utilizó para atender estos usuarios con los URL de gobierno. El Proveedor podrá instalar un Proxy en el portal cautivo y re direccionar a las páginas de gobierno conocidas y que operan correctamente para facilitar el acceso al usuario. Estas informaciones podrán ser accedidas por el MinTIC y/o el Interventor.

Usuarios Tecnificados nivel alto: Número de usuarios que utilicen las redes sociales activamente, subir y bajar documentos de la red, uso de sistemas de Office online, realizar cursos y capacitaciones on line, etc.

Al igual que la anterior por medio del Firewall y del controlador de acceso se podrá verificar los sitios visitados y la cantidad de interacciones con estas aplicaciones, puede también enviar por e-mail el registro en las redes sociales a un e-mail de prueba para comprobación.

Estas informaciones podrán ser accedidas por el MinTIC y/o el Interventor.

Promoción de las Zonas Wi-Fi en eventos locales (Ferias, eventos de interés, etc.): El Proveedor debe incluir la promoción y socialización de las zonas Wi-Fi con la comunidad, por lo que debe estar al tanto de la programación de las actividades locales y regionales y adicionalmente colocar a disposición esta información en el portal con el objetivo de promoverlas y debe participar de estos eventos para promocionar las Zonas Wi-Fi. El Proveedor deberá informar al Interventor sobre las actividades de promoción que realizó y en donde participó.

Metas de Promoción y Apropiación

Promoción y Apropiación	Proyecto WiFi	
	Mes 1-3	Mes 1-4
Usuarios Informados	300	300
Usuarios Entrevistados	300	600
Usuarios partícipes de reuniones de información	300	300
Usuarios Tecnificados Nivel Básico	300	660
Usuarios Tecnificados Nivel Medio	300	600
Promoción y Apropiación	Proyecto WiFi	
	Mes 1-3	Mes 1-4
Usuarios Tecnificados Nivel Alto	300	600
Promoción en Eventos Locales (ferias, etc.)	6	12
Servicios gratis por 60 minutos	1800	3.600

Nota: Las metas expresadas en la tabla 7 son acumuladas por trimestre.

Promoción Digital

Dentro de las actividades del Proveedor estará la de enlazar al Portal cautivo y fomentar el acceso a plataformas del gobierno central y local.

Ejemplos:

- Gobierno en línea (www.sivirtual.gov.co)



De allí motivarlo a utilizar una de las funciones de uso común El sitio [sivirtual.gov.co](http://www.sivirtual.gov.co) tiene tramites que pueden ser realizados en línea y tramites que aunque no pueden ser realizando en línea, se informa como realizarlo.

*o Duplicado de la cedula de ciudadanía
o Certificado de vigencia de la cedula de ciudadanía
o Estado documento de identidad
o Inscripción registro civil
Dentro de los trámites en línea puede escoger por categorías.”*

De la lectura del pliego de condiciones y de la oferta aceptada se encuentra que las labores de promoción y divulgación debían desarrollarse en forma coordinada con el contratante.

Las especificaciones que fueron transcritas son relativamente vagas en tanto no concretan cuáles son las obligaciones a desarrollar por el contratista, ni plantean en detalle de la forma en que se realizarían tales actividades de promoción y divulgación.

Correspondería entonces a la parte actora demostrar que en desarrollo de la coordinación con la demandada se acordó la adquisición del material cuyo cobro se plantea en esta demanda.

La revisión de la documentación anexa al proceso no evidencia algún pronunciamiento por parte de ETB frente a la adquisición específica de esta clase de material publicitario.

La única comunicación sobre el particular se refiere a una respuesta a un requerimiento elevado por la contratante respecto a la discriminación de los valores correspondientes a inauguración del punto ubicado en la ciudad de Barranquilla en donde se incluye el valor lapiceros.

Se tiene entonces que no resulta posible acceder a lo solicitado por la parte actora en tanto no se acredita de una parte la existencia de una manifestación de voluntad por parte de la sociedad demanda frente a la adquisición de este material, no fue enunciado entre los ejemplos de los términos de referencia y de la propuesta, así como tampoco se evidencia su utilidad.

Debe destacarse nuevamente, que dada la forma genérica en que fueron planteadas las obligaciones respecto de divulgación y promoción, la concreción de las mismas debía surgir de la coordinación con la demandada, tal como se pactó en el contrato, coordinación que en este caso no ha sido demostrada en cuanto al detalle relativo a la adquisición de los lapiceros.

8.2 CONCLUSIÓN

La conclusión a la que se llega en el presente caso es que no resulta procedente acceder a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues no se acredita el incumplimiento por parte de la sociedad demandada, al tiempo que tampoco se explica de forma probatoria la imposibilidad que tuviera el contratista para cumplir con sus obligaciones de forma oportuna, de forma que se desvirtuara en las causales de declaratoria de incumplimiento e imposición de multas.

Igualmente, tampoco fue desvirtuada la capacidad que tenía la demandada de imponer las multas en los términos del contrato, pues tal competencia fue pactada.

Por último, se reitera que tampoco está documentada que dentro de las labores de coordinación necesarias para la etapa de promoción y divulgación, la accionada manifestará



su voluntad en cuanto a la adquisición de los lapiceros, por lo que si bien habría sido una conducta unilateral del contratista, y no se discute qué producto se haya destinado al proyecto, no se cumplió con el requisito contractual de coordinación.

En virtud de lo anterior, las pretensiones de la demanda serán denegadas.

8.3 COPIAS Y ARCHIVO

Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente a través de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá.

9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta (60) Administrativo del Circuito de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente a través de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá.

TERCERO: Para efecto de notificaciones, términos y comunicaciones, dese aplicación a lo previsto en los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

CUARTO: Se recuerda a las partes que para dar trámite a la recepción de memoriales y de correspondencia, es indispensable seguir las siguientes indicaciones²⁴:

1. Enviar la solicitud a la UNICA DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO AUTORIZADA PARA RECEPCIÓN DE MEMORIALES: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
2. Incluir los siguientes datos:
 - Juzgado al que se dirige el memorial
 - Número completo de radicación (23 dígitos)
 - Nombres completos de las partes del proceso
 - Asunto del memorial (Oficio, demanda, contestación, recurso, etc.)
 - Documento anexo (máximo 5000 kb). Si el anexo supera este tamaño, deberá incluirse el enlace compartido del drive del usuario, lo cual queda sometido a su responsabilidad. Formato PDF – OCR.
3. El incumplimiento de estos requisitos implicará la devolución del correo al iniciador del mensaje y no se le impartirá trámite.

²⁴ Requerimientos para recepción de memoriales y correspondencia de la Oficina de Apoyo – Juzgados Administrativos de Bogotá D.C. – Sede Judicial AYDEÉ ANZOLA LINARES - CAN



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

QUINTO: Para el examen físico del expediente se podrá solicitar cita a través de la dirección de correo electrónico jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co, previa justificación de las razones para el efecto y autorización del titular del mismo, en los términos del aviso que se incluirá con el mensaje de datos mediante el cual se notifique esta providencia. Se atenderán las disposiciones vigentes en materia de aforo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALEJANDRO BONILLA ALDANA
Juez

Firmado Por:

Alejandro Bonilla Aldana
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
60
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **79bdb38748bccb64e30e5f28623677ef2e1ea1c4d0ef31a1d0da4c2fce0b5853**
Documento generado en 11/10/2021 08:20:17 a. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>