



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

Consejero ponente (e): HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015)

RADICACIÓN: 25000232600020050276101
EXPEDIENTE: 38245
ACTOR: Career Management Consultans E.U. y otros
DEMANDADO: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo
FONADE
REFERENCIA: Contractual

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 10 de septiembre de 2009, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Negar la excepción de falta de procedibilidad formulada por la parte demandada de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo.

SEGUNDO: Declarar no probada la excepción de desistimiento de la reclamación propuesta por la parte demandada, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: Negar las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 9 de diciembre de 2005, la empresa unipersonal Career Management Consultans E.U., la sociedad Vásquez Kennedy Consultores



Ltda., y la unión temporal Vásquez Career Mangement Consultans E.U., en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas contra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE¹:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

1º Declárase que FONADE es responsable administrativamente del incumplimiento del contrato de prestación de servicios No. 2032761, celebrado con mis poderdantes el 29 de octubre de 2003, cuyo objeto consistió en ‘adelantar procesos en cultura organizacional, realizando 184 talleres de sensibilización (...) así mismo la realización de 83 talleres de competencias de trabajo en equipo, liderazgo y toma de decisiones (...)’, conforme a las reglas de participación y la oferta presentada (...).

2º Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene la LIQUIDACIÓN del contrato celebrado entre las partes con inclusión de la totalidad de los perjuicios materiales causados por el daño emergente y el lucro cesante futuro y cierto, así:

a) Daño emergente. Comprende el perjuicio o pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación relacionada con la ejecución del contrato y está constituida por todos los gastos en que incurrió tanto la UNIÓN TEMPORAL como sus integrantes en la presentación de la propuesta y el alistamiento para la ejecución del contrato, estimado en la suma de DOSCIENTOS DIEZ Y SIETE MILLONES, OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS pesos M/cte (\$217’825.300), tal como aparece detallado en el Cuadro No. 1, que se adjunta, o la suma mayor que logre demostrarse en el transcurso del proceso.

b) Lucro cesante. Constituido por la ganancia o provecho que dejó de obtenerse por la UNIÓN TEMPORAL por el incumplimiento de la obligación que impidió la ejecución del contrato (Artículo 1614 del Código Civil). Generalmente está conformada por el AIU y especialmente por el rubro de utilidades que obtendría el contratista con la ejecución normal del servicio pactado, estimado, de conformidad con el pliego de condiciones en la suma de SESENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA PESOS M/cte (\$68’543.330) o la suma mayor que logre demostrarse el transcurso del proceso.

3º Los perjuicios deben ser liquidados y pagados teniendo en cuenta los intereses moratorios equivalentes al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, de conformidad con el inciso 2 del numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

4º Que igualmente se condene a la entidad demandada al pago de perjuicios morales que se demuestren dentro del proceso.

¹ Entidad que también aparece referida en esta sentencia simplemente como FONADE.



5º Que también se condene a la demandada al pago de las costas y gastos del proceso.”

La parte demandante presentó, también, pretensiones subsidiarias en orden a obtener las ya citadas declaraciones de incumplimiento y la obligación de indemnizar los perjuicios, pero sin incluir en las referidas subsidiarias, la pretensión de la liquidación del contrato, mencionada en el numeral 2º de las pretensiones principales.

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Previa oferta pública, se suscribió el contrato No. 2032761, entre la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U. y el Fondo Financiero de Desarrollo de Proyectos FONADE, cuyo objeto consistió en adelantar procesos en cultura organizacional, realizando 184 talleres de sensibilización dirigidos hacia el cambio institucional y 83 talleres de competencias de trabajo en equipo, liderazgo y toma de decisiones, por valor total de \$681'384.000.

2.2. La supervisión del contrato sería ejercida por la jefe de la división de capacitación y desarrollo del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA², quien de acuerdo con el mismo tendría como funciones, entre otras: suscribir el acta de iniciación, verificar las condiciones de las instalaciones, infraestructura, mobiliario, materiales, transporte y alimentación ofrecidas por el proponente, vigilar el cumplimiento del contrato y certificar la correcta ejecución del mismo.

2.3. La contratista recibió el anticipo del 50% del valor del contrato por la suma neta de \$271'114.470, descontado el valor de los impuestos y retenciones.

2.4. El plazo inicial del contrato era hasta el 10 de diciembre de 2003, se prorrogó por

² Entidad que aparece referida en esta sentencia, como SENA o el SENA.



solicitud de FONADE por cuatro meses, sin embargo, el 16 de enero de 2004 las partes acordaron una suspensión durante 65 días calendario, de manera que el término del contrato se prolongó hasta el 15 de junio de 2004.

2.5. Según expuso la demandante, por motivos ajenos a su conducta, a pesar de haber expresado su preparación y disposición a la iniciación del contrato y a la realización de las pruebas piloto, después de haber accedido a la ampliación del plazo a solicitud de FONADE y a la suspensión del contrato con ocasión de la reestructuración del SENA, sorpresivamente, el 10 de junio de 2004, FONADE solicitó la devolución del anticipo y se soportó en que *“a la fecha el contrato no se ha ejecutado”*.

2.6. La demandante solicitó reiteradamente la liquidación del contrato con el propósito de determinar los derechos y deberes de las partes lo cual no se logró, no obstante, procedió a reintegrar la suma de \$225'516.449 como anticipo no ejecutado y planteó el reconocimiento de sus derechos por razón de la conducta omisiva de FONADE que llevó a no permitir la ejecución del contrato.

2.7. Sin haber procedido a la liquidación del contrato, FONADE presentó reclamación a la compañía Liberty Seguros S.A. para hacer efectiva la póliza de cumplimiento del contrato y realizó afirmaciones que no correspondían a la realidad, en contra de la honra y el patrimonio moral de la unión temporal, consistentes en el supuesto uso y apropiación indebida del anticipo, por lo cual FONADE ocasionó a la demandante la lesión de la honra e integridad moral, así como provocó angustia y depresión de su representante legal por el padecimiento a que lo sometió con las falsas imputaciones.

2.8. La referida compañía aseguradora objetó de manera oportuna la reclamación, ante lo cual FONADE interpuso recurso de reposición, que fue resuelto confirmando la declaración de ausencia de mal uso o indebida apropiación del anticipo.



2.9. Según narró el demandante, *“por razones hasta ahora inescrutables”*, FONADE terminó presentando denuncia penal por mal manejo de anticipo, a pesar de que se trató de un pago anticipado y en ningún momento se acordó la amortización *“por la potísima razón de que el valor neto ingresó al patrimonio [de la contratista] como forma de pago”*.

2.10. FONADE se negó sistemáticamente a reconocer los gastos efectuados por la contratista y los honorarios causados para la ejecución del contrato y nunca procedió a la liquidación del mismo.

2.11. La demandante consideró que los hechos y omisiones de FONADE le ocasionaron perjuicios materiales por concepto de daño emergente y lucro cesante y perjuicios morales, por lo cual acudió al ejercicio de la acción contractual que se ventila en este proceso.

3. Concepto de violación.

La parte demandante concretó los cargos de la demanda, en la violación de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, toda vez que el contrato es ley para las partes y debe ejecutarse de buena fe. Igualmente invocó el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 que establece la responsabilidad de las entidades públicas y la obligación de indemnizar al contratista por la disminución patrimonial, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política y su aplicación en la responsabilidad contractual del Estado.

Se detuvo en el *“mal llamado anticipo”* y expuso las diferencias jurídicas que en su entender existen entre el pago anticipado y el anticipo.

Invocó, finalmente, la violación del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que FONADE no liquidó el contrato en el plazo fijado por la ley.



4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda por auto de 26 de enero de 2006³.

4.2. Se ordenó la práctica de pruebas mediante auto de 8 de marzo de 2007⁴.

4.3. Contestación de la demanda.

FONADE contestó la demanda, aceptó los hechos relacionados con la firma del contrato y el desembolso del anticipo, negó el incumplimiento de su parte, observó que no es cierto que la contratista hubiera estado lista para la ejecución del contrato y afirmó que no se pudo suscribir el acta de iniciación de labores por cuanto la contratista nunca cumplió con las condiciones para iniciar dicha ejecución.

Agregó que la prórroga y la suspensión del contrato se realizaron por mutuo acuerdo, según se hizo constar en las respectivas actas y que la contratista aceptó que las actividades requeridas por el supervisor debían cumplirse antes del 16 de mayo de 2004, en orden a ajustarse a los compromisos adquiridos en atención a la reestructuración del SENA.

Observó que FONADE no estaba obligada a acceder a nuevos plazos y que si bien es cierto que la contratista aclaró el 5 de abril de 2004 algunos de los requerimientos del equipo de profesionales asignados al proyecto, las demás inquietudes no fueron atendidas en forma completa.

³ Folio 23, cuaderno 1.

⁴ Folio 50, cuaderno 1.



Agregó que la contratista no cumplió con la entrega de requerimientos sobre el plan detallado de trabajo que le fueron formulados por la supervisora del contrato y por FONADE, ni entregó la información ajustada a la metodología y logística de los talleres objeto del contrato y a los requerimientos de las hojas de vida del equipo asignado, asuntos todos ellos que, según afirmó FONADE, no fueron resueltos en forma satisfactoria ni con el nivel de detalle requerido, a pesar de los compromisos asumidos por la contratista en las reuniones celebradas entre las partes.

Acerca de la liquidación del contrato afirmó que FONADE no aceptó como causados los gastos que reclamó la contratista y que fue la actitud renuente de la misma a devolver la parte faltante del anticipo, la que dio lugar a la reclamación de la póliza de seguros y a la presentación de la denuncia penal.

Negó los hechos relacionados con la naturaleza del anticipo e invocó la claridad de la cláusula tercera del contrato acerca de la entrega a título de anticipo.

Igualmente, FONADE presentó las **excepciones**⁵ de: **i)** falta de procedibilidad, la cual hizo consistir en no haber acreditado la audiencia de conciliación prejudicial, establecida en la Ley 640 de 2001 y **ii)** desistimiento de la reclamación, la cual se apoyó en el acta de 8 de noviembre de 2004, contentiva del acuerdo de restitución del anticipo no ejecutado.

4.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

La parte **demandante** y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad⁶.

FONADE, obrando como **parte demandada**, presentó sus alegatos de conclusión en la primera instancia, oportunidad en la que se pronunció sobre la naturaleza del anticipo,

⁵ Folio 39, cuaderno 1.

⁶ Folio 140, cuaderno 1.



se refirió a los descuentos tributarios que se realizaron en el desembolso del mismo y expresó la obligación de la contratista de reintegrar la parte faltante del anticipo, por no haberse ejecutado el contrato.

En relación con el supuesto incumplimiento, FONADE reiteró que fue la contratista la que no cumplió con absolver la totalidad de las inquietudes acerca del plan de trabajo y la metodología definida bajo la instancia técnica del SENA.

Igualmente destacó lo establecido por la comisión técnica adelantada para realizar acuerdos en orden a dirimir las diferencias, en lo referente a los derechos de reproducción del material que se acordó recibir de la contratista y observó que en la comunicación de septiembre 17 de 2004 se requirió a la contratista para aclarar los derechos patrimoniales sobre el documento a entregar, lo cual no se cumplió y finalmente, invocó la fuerza obligatoria de los acuerdos realizados entre las partes para entrar a liquidar el contrato.

4.7. La sentencia impugnada.

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 10 de septiembre de 2009 en la cual rechazó la excepción de falta de procedibilidad por ausencia de conciliación extrajudicial, declaró no probada la excepción de desistimiento de la reclamación y negó todas las pretensiones de la demanda.

En relación con la excepción de conciliación, el Tribunal *a quo* se apoyó en lo siguiente:

“La conciliación extrajudicial se constituyó como requisito de procedibilidad obligatorio para impartir la admisión de las acciones de que tratan los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., a partir de 22 de enero de 2009, fecha de promulgación de la ley [1285], por tanto, al momento de presentación de la acción, no era óbice para disponer su rechazo por dicha causa [la falta de la solicitud de conciliación], pues para esa fecha no era obligatorio agotar esa etapa.”

Frente a la excepción de desistimiento de la reclamación indicó que:



“(...) no se allegó medio de convicción alguno que dé cuenta de la renuncia expresa o implícita del demandante a reclamar el incumplimiento derivado del contrato.”

Acerca del asunto de fondo, el Tribunal *a quo* observó que no se encontró probado el incumplimiento de FONADE, según lo expresó en las siguientes consideraciones:

“Estima la Sala que la parte demandante no logró demostrar que la falta de adecuación de los aspectos técnicos requeridos, era imputable directamente a alguna actuación, omisión o determinación por parte de FONADE, es decir que la fuente de su incumplimiento hubiera sido una actuación de la entidad Estatal, como tampoco que se hubiese causado por una fuente extraña o ajena a la ejecución del contratista que hubiera imposibilitado jurídica y fácticamente su adecuación, antes bien la Sala encuentra que la contratista no tuvo la capacidad necesaria para realizar oportunamente los ajustes solicitados y de esta forma dar inicio a la ejecución del objeto contractual.”

En relación con la pretensión de liquidación del contrato, el Tribunal *a quo* la consideró improcedente, con base en el siguiente razonamiento:

“Finalmente, la Sala advierte que adicionalmente los demandantes pretendían la liquidación del contrato celebrado entre las partes, como consecuencia de la declaratoria primaria de incumplimiento de FONADE, por lo que lógicamente se infiere que la pretensión tiene soporte procesal exclusivo en la prosperidad de la primera pretensión y en atención a que no se demostró el incumplimiento, congruentemente no es procedente entrar a analizar la pretensión de liquidación.”⁷

Uno de los Magistrados que integró la Sala, presentó salvamento de voto a la sentencia de primera instancia, en relación con la prosperidad de la pretensión de liquidación del contrato en sede judicial. Observó que la decisión acerca de la liquidación si era pertinente *“aún ante la improsperidad de la pretensión de declaratoria del incumplimiento,”* agregó que *“[e]n esos términos, la liquidación se ajustará plenamente al principio de la congruencia, en la medida en que se limita a reconocer lo efectivamente probado, como lo ordena el artículo 305, inciso 3º “[s]i lo pedido por el demandante excede lo probado, se le reconocerá solamente lo último.”*

⁷ Folios 153 y 154, cuaderno principal.



4.8. El recurso de apelación.

El 26 de noviembre de 2009 la parte **demandante** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual sustentó en esa oportunidad con fundamento en el incumplimiento de FONADE en la planeación, programación y coordinación de las entidades contratante y beneficiaria, en el sentido de que, a juicio de la demandante, resultó probado que FONADE no advirtió las circunstancias particulares de la reestructuración del SENA en el momento de establecer la respectiva contratación y que no tuvo lugar incumplimiento alguno de la contratista.

Se fundamentó en la apreciación de las pruebas, estimó que del acervo probatorio en este proceso se debe inferir la demostración de los hechos fundamentales que constituyen el núcleo de la controversia, teniendo en cuenta los documentos y los hechos relatados en la denuncia penal aportada al proceso, de los que se desprende que los tiempos de respuesta a los requerimientos no pudieron ser ampliados por la reestructuración del SENA, lo que debió llevar al Tribunal *a quo* a observar que fue como consecuencia del vencimiento del convenio interadministrativo celebrado con el SENA que el contrato *sub lite* no se ejecutó.

La sustentación también se soportó en la prueba del requerimiento realizado por FONADE al SENA, en el cual se le solicitó a esa última entidad la determinación de los participantes que asistirían a la prueba piloto y destacó el testimonio de un funcionario del SENA que declaró en el proceso, el cual manifestó que la ejecución del contrato se suspendió por vacaciones colectivas del SENA.

Observó que los requerimientos del SENA fueron nuevos y no previstos en el pliego de condiciones y que no hubo retrasos en la adecuación de los mismos, para lo cual se apoyó en que en parte alguna aparece que FONADE le hubiera impuesto multas a la contratista.



La parte demandante anotó que más bien se probó que FONADE optó por solicitar la devolución del anticipo, por la vía de hecho, sin que mediara acta de liquidación del contrato.

En la oportunidad para presentar los alegatos en segunda instancia, la parte **demandante** guardó silencio.

Por su parte, FONADE obrando como **demandada**, en la oportunidad para alegar, reafirmó el contenido las excepciones que presentó con la contestación a la demanda, observó que para declarar el incumplimiento del contrato estatal se deben probar tres elementos: la conducta incumplida, el daño sufrido y el nexo de causalidad, ninguno de los cuales se encontró demostrado en este proceso.

El **Ministerio Público** no intervino en su oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción contractual en el caso del contrato con plazo para su liquidación; **3)** pruebas documentales aportadas al proceso; **4)** otras pruebas; **5)** excepciones al régimen de contratación estatal; **6)** el concepto del *giro ordinario de los negocios* de las entidades financieras, utilizado en la ley 80 como criterio de aplicación del derecho privado en la respectiva contratación; **7)** régimen de los convenios de cooperación contenido en el Decreto No. 393 de 1991; **8)** régimen legal de la contratación del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE; **9)** el caso concreto y **10)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.



1.1. Jurisdicción competente. Precisión sobre las normas posteriores a la celebración del contrato.

El contrato en cuyo seno se generaron las controversias planteadas en el presente proceso lo constituye el distinguido con el No. 2032761 celebrado entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE y la unión temporal Vásquez Carreer Management Consultores E.U., el día 29 de octubre de 2003, es decir en vigencia de las normas del Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993, el cual dispuso las reglas y principios de los contratos estatales y definió las entidades estatales para efectos de la citada Ley, dentro de las cuales se encuentra comprendido el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, por tratarse de una entidad financiera especial organizada bajo el régimen de empresa industrial y comercial del Estado⁸ del orden nacional, comprendida en el artículo 2 de la citada Ley⁹.

⁸Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico para el Sistema Financiero), Artículo 286.

1. Nombre y naturaleza. Reestructúrase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento público del orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación.

⁹ “Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

*“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, **las empresas industriales y comerciales del Estado**, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...).”* (La negrilla no es del texto).



En dicho sentido, ésta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹⁰ de la citada Ley 80, el cual prescribe expresamente que le corresponde conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con independencia del régimen legal aplicable al respectivo contrato.

Puede comentarse, a título ilustrativo, que la jurisdicción competente definida en la Ley 80 de 1993 con base en el criterio orgánico –referido al órgano o entidad contratante– se reiteró con claridad en la Ley 1107 de 2006 que modificó el artículo 82 del Decreto No. 01 de 1984 contentivo del Código Contencioso Administrativo¹¹ y no se alteró con la Ley 1150 de 2007 que introdujo reformas al régimen contenido en la Ley 80, toda vez que allí tampoco varió la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias contractuales en el caso de los contratos celebrados por las entidades estatales de carácter financiero, aunque en materia del giro ordinario

¹⁰ Artículo 75, Ley 80 de 1993: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

¹¹ El texto modificado por la Ley 1107 de 2006 quedó así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.



de los negocios dichas entidades se encontraban sometidas a un régimen excepcional de contratación, diferente al general contenido en la Ley 80 y la Ley 1150¹².

Al anterior recuento normativo, acerca de la jurisdicción competente, se debe agregar que con base en el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011¹³ – norma posterior y no aplicable en este proceso- el legislador introdujo un cambio con respecto a la jurisdicción en relación con las nuevas controversias contractuales de las entidades financieras estatales, al establecer una excepción que ubicó las controversias de las referidas entidades bajo la competencia de la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con el análisis que en cada caso debe hacerse del objeto del contrato, en torno al concepto del *giro ordinario de los negocios* en relación con el respectivo contrato.

No obstante, la jurisdicción competente para la época en que se presentó la demanda en el caso *sub lite*, se determina con base en el Decreto 01 de 1984 y la Ley 80 de 1993, por lo cual corresponde a esta Corporación conocer de la controversia, con independencia del régimen excepcional de contratación que será aplicado en el presente caso, por razón de las disposiciones de la propia Ley 80.

1.2. Cuantía.

¹² Ley 1150 de 2007, artículo 13. "Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal."

¹³ "Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por **entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras**, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, **cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades**, incluyendo los procesos ejecutivos." (La negrilla no es del texto).



Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión mayor se estimó por valor de \$217'825.300, la cual era superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$190'750.000)¹⁴, exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

2. Caducidad de la acción contractual en el caso del contrato con plazo para su liquidación.

El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en su letra d) dispuso acerca del término de caducidad de la acción contractual que se aplica a los contratos estatales sometidos a liquidación:

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;”

A partir de la norma citada, tal como fue modificada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en relación con el término de caducidad de la acción contractual, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido reiteradamente que en tratándose de contratos estatales sometidos al procedimiento de liquidación, el término de caducidad de la acción se establece desde la liquidación del contrato.

Bien se sabe que la liquidación del contrato estatal procede una vez ocurrida su terminación y que de acuerdo con los dictados del artículo 60 de la Ley 80 de 1993¹⁵ se

¹⁴ De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2005 (\$381.500), toda vez que la demanda se presentó el 9 de diciembre de 2005 y el recurso de apelación se interpuso el 26 de noviembre de 2009, en vigencia de la Ley 954 de 2005 (folio 161, cuaderno principal).

¹⁵ Modificado por los artículos 11 y 32 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto-Ley 019 de 2012.



debía realizar en todos los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo y en los demás que lo requieran.

No obstante, en el caso particular, se anticipa desde ahora que el término legal de 4 meses, para liquidar el contrato, establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, no aplicó por tratarse de un contrato que se rigió por el derecho privado, además de que en el contrato *sub judice* existió un pacto mediante el cual las partes acordaron un término de dos meses para efectos de la referida liquidación, el cual resulta constitutivo de un plazo de origen contractual que se tendrá en cuenta para efectos de establecer la no ocurrencia de la caducidad de la acción.

El contrato sub- *judice*, no era un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993, empero tenía previsto un procedimiento de liquidación de mutuo acuerdo, contenido en la cláusula vigésima, así:

“VIGÉSIMA – LIQUIDACIÓN: *El presente contrato se liquidará por parte de FONADE dentro de los dos (2) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato y los pagos realizados a LA CONTRATISTA y los acuerdos a que lleguen las partes sobre la ejecución del contrato. PARÁGRAFO: Los recursos sin ejecutar serán reintegrados a FONADE.”*¹⁶

Así las cosas, se tiene en cuenta que el contrato de No. 2032761 terminó el 15 de junio de 2004¹⁷ y de acuerdo con la cláusula vigésima debía liquidarse entre las partes en el término de dos (2) meses, esto es hasta el 15 de agosto de 2004; aclarando que dicho plazo se deriva de la cláusula contractual y no del término fijado para la liquidación unilateral del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 el cual únicamente tiene aplicación en los contratos estatales¹⁸. Es decir que el plazo contractual para liquidar el contrato

¹⁶ Folio 33, cuaderno 2.

¹⁷ Aclaración del plazo de suspensión, obrante al folio 14, cuaderno 1.

¹⁸ Esta interpretación no se aparta de la jurisprudencia de la Subsección, en relación con la caducidad de la acción contractual que tiene lugar en el plazo del literal b) del artículo 136 del C.C.A, a partir de la terminación del contrato, para aquellos contratos que se rigen por el derecho privado, en los que no existió acuerdo contractual en la fijación de un término de liquidación:



venció el 15 de agosto de 2004, fecha a partir de la cual podía formularse la demanda de la acción contractual, dentro del término de dos (2) años, siguiendo las voces del mencionado artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es hasta el 15 de agosto de 2006, habiéndose presentado la demanda en este caso, el 9 de diciembre de 2005.

Por lo tanto, no tuvo lugar la caducidad de la acción contractual y en consecuencia, asiste competencia a la Sala para conocer de la presente acción.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el Tribunal *a quo* razonó en el sentido de extender el plazo contractual para liquidar el contrato No. 2032761, equiparándolo al plazo de la Ley 80, de cuatro (4) meses¹⁹, la Sala encuentra pertinente precisar que en tratándose de contratos bajo el régimen de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término *contractual* para liquidar el contrato estatal se aplica en el cómputo de caducidad de la acción contractual, de preferencia al término legal de cuatro (4) meses, amén de que

*“Siguiendo la pauta jurisprudencial que viene de citarse, encuentra la Sala que, en lo que a este aspecto se refiere, le asiste razón a la parte apelante, toda vez que el contrato objeto de estudio no requería de liquidación, **habida cuenta que el régimen jurídico aplicable al mismo no le imponía adelantar tal acto contractual y, además, porque las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco lo pactaron.** En ese mismo orden de ideas, es dable concluir que al caso sub iudice tampoco le es aplicable el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, utilizado por el a quo para efectos de establecer el término dentro del cual consideró que debía realizarse la liquidación del contrato, además, porque para la fecha en que éste se suscribió - noviembre 23 de 2006 -, la norma no había sido expedida. Establecido lo anterior encuentra la Sala que el cómputo del término de caducidad de la acción contractual **en este caso debe efectuarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal b) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, que dispone que respecto de los contratos que no requieren liquidación, el término es de dos (2) años siguientes a la terminación del contrato por cualquier causa.**” (La negrilla no es del texto). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de agosto de 2013, radicación número: 25000232600020090104501, expediente 45191, actor: Consorcio S.O.T., demandado: Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., referencia: acción de controversias contractuales (apelación sentencia).*

¹⁹ La Sala se refiere al error que se aprecia en la siguiente afirmación contenida en la sentencia de primera instancia: “(...) según la Cláusula Vigésima debía liquidarse de común acuerdo por los contratantes dentro de los dos meses siguientes, **término adicionado por la ley 80 de 1993, en cuatro meses para el mismo efecto.**” (destaca la Sala). Folio 150, cuaderno principal.



tratándose de contratos que están exceptuados de la Ley 80, no aplicó el plazo de liquidación previsto en el artículo 60.

Aunque la caducidad de la acción contractual tampoco ocurrió bajo la fórmula adoptada por el Tribunal *a quo*, la Sala reitera en esta providencia la jurisprudencia acerca del cómputo del término de caducidad de la acción contractual en tratándose de contratos sometidos a liquidación, construida inicialmente con apoyo en la interpretación sistemática e integradora acerca de los plazos de liquidación contractual y legalmente previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, sustituido por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por manera que el cómputo de caducidad de la acción contractual, empieza a correr a partir del vencimiento del término contractual o legalmente establecido para liquidar el contrato estatal, cuestión que pasa por precisar en esta oportunidad que el plazo contractual para efectos de liquidar el contrato estatal es de aplicación preferente, al plazo legal de 4 meses. Se agrega que esta interpretación jurisprudencial se encuentra consolidada en la actualidad en el procedimiento de lo contencioso administrativo, aplicable para los procesos judiciales iniciados a partir del 2 de julio de 2012, con fundamento en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011²⁰.

3. Las pruebas documentales aportadas al proceso.

Se aportaron al plenario en fotocopia simple los siguientes documentos cuya autenticidad no fue materia de ninguna tacha o reparo por las partes, razón por la cual deben ser valorados como prueba:

3.1. Convenio Interadministrativo de administración de proyectos SENA – FONADE No. 01145 de 2001²¹.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez radicación 88001231500020010000501, expediente 31755, sentencia de noviembre 13 de 2013, demandante: Ingemat Ltda., demandado Instituto Nacional de Vías, acción contractual.

²¹ Folios 130 a 138, cuaderno 2.



3.2. Documento de “*condiciones para participar*”, emitido por el Fondo Financiero de Desarrollo FONADE y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, contenido de la oferta pública de contrato, IPG – 191145, denominado “*reglas de participación*”, de fecha agosto de 2003, con el objeto de desarrollar los talleres de sensibilización al cambio y desarrollo de competencias de trabajo en equipo, liderazgo y toma de decisiones. De acuerdo con el referido documento, el proceso de selección se sujetó a las reglas del derecho privado y al manual de contratación de FONADE.

El documento contiene un anexo técnico, que describe los requerimientos de los ítems de programación de las actividades, metodología, idoneidad del equipo de profesionales, experiencia del proponente e igualmente, hacen parte del mismo los formatos No. 1 a No. 12, correspondientes a los cuadros requeridos para diligenciar la información de estructura curricular, programación de los talleres, metodología, infraestructura y equipamiento, materiales e insumos, hoja de vida de los instructores, experiencia de la entidad proponente, propuesta económica y finalmente, se anexó al documento referido, el modelo de minuta del contrato²².

3.3. Comunicación de 29 de agosto de 2003 expedida por Royal & Sunalliance, con anexo correspondiente a la póliza No.23597, emitida para el amparo de “*seriedad de oferta*”, en favor de FONADE y el SENA²³.

3.4. Documento de la audiencia pública de informe de evaluación de fecha 25 de septiembre de 2003²⁴. Este documento se allegó rubricado por el funcionario de archivo de FONADE, con cuadro comparativo de las ofertas, en el cual se calificó a la propuesta de Vásquez Kennedy y Consultores Ltda. y Career Management Consultans E.U.,

²² Folios 112, 153 a 213, cuaderno 2.

²³ Folios 23 a 28, cuaderno 2.

²⁴ Folios 214 a 217, cuaderno 2



como la oferta más baja para los grupos 2 y 3 del taller de sensibilización y los grupos 1 a 4 de los talleres de desarrollo de competencias.

3.5. Contrato No. 2032761 suscrito el 29 de octubre de 2003, ente el Fondo Financiero de Proyectos de desarrollo – FONADE y la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U., en cuyo encabezado se destaca la siguiente referencia: “CLASE: PRESTACIÓN DE SERVICIOS, OBJETO; CONSULTORÍA”.

De acuerdo con el contenido de la cláusula primera se observa que el contrato tuvo por objeto adelantar procesos en cultura organizacional, realizando 184 talleres de sensibilización y 83 talleres de competencias, de conformidad con las reglas de participación del proceso IPG 205 – 191145.

A este documento se anexaron los certificados de existencia y representación legal de los integrantes de la unión temporal y el contrato de unión temporal suscrito ente los mismos integrantes, de fecha 5 de septiembre de 2003²⁵.

3.6. Comunicación No. 2022-36785 de 31 de octubre de 2003, suscrita por el jefe encargado de la división de capacitación y desarrollo de personal del SENA, dirigida a la coordinadora del convenio SENA- FONADE, bajo el asunto “concepto técnico” en la cual se refirió a la metodología de la propuesta técnica presentada por la firma Vásquez Kennedy Consultores a FONADE, para realizar los talleres de sensibilización hacia el cambio y desarrollo de competencias²⁶.

3.7. Constancia de aprobación de la póliza de seguro No. 316024, suscrita con fecha 6 de noviembre de 2003, remitida por FONADE a Vásquez Career Management Consultores E.U., el 7 de noviembre de 2003²⁷.

²⁵ Folios 29 a 42, cuaderno 2.

²⁶ Folios 55 y 56, cuaderno 2.

²⁷ Folios 21 y 22, cuaderno 2.



3.8. Comunicación de noviembre 13 de 2003, mediante la cual la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U. informó a FONADE que desde la fecha de la reunión de formalización realizada el 7 de noviembre, la unión temporal tenía *“totalmente culminada la fase de preparación para la ejecución”* y agregó que *“estamos a la espera del aviso de ustedes sobre el procedimiento requerido para suscribir el acta de inicio del contrato e iniciar su desarrollo.”*²⁸

3.9. Comunicación de noviembre 28 de 2003, mediante la cual la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U. envió a FONADE *“el plan detallado para cada uno de los seminarios previstos para el desarrollo del contrato No. 2032761”*²⁹.

3.10. Constancia de aprobación de la póliza de seguro No. 316024, suscrita con fecha 15 de diciembre de 2003, remitida por FONADE a Vásquez Career Management Consultores E.U., el 13 de enero de 2004, correspondiente a la ampliación de la vigencia de los amparos otorgados³⁰.

3.11. Documento contentivo de la Prórroga No. 1 del contrato No. 2032761, suscrito el 11 de diciembre de 2003, entre FONADE y la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U., en el cual se lee:

“CLÁUSULA PRIMERA: Se adiciona el plazo estipulado en la cláusula cuarta del contrato No. 2032761 en cuatro (4) meses más, a partir de su vencimiento.”

3.12. Documento contentivo de la suspensión del contrato No. 2032761, suscrito el 15 de diciembre de 2003, entre FONADE y la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U., en el cual se lee:

²⁸ Folio 20, cuaderno 2.

²⁹ Folio 13, cuaderno 2.

³⁰ Folios 18 y 19, cuaderno 2.



“Se suspende el contrato No. 2032761, desde el 19 de diciembre de 2003 hasta el 16 de enero de 2004”³¹.

3.13. Documento de aclaración al acta de suspensión del contrato No. 2032761, suscrito el 16 de enero de 2004, entre FONADE y la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U., en el cual se indicó lo siguiente:

“Se suspende el contrato No. 2032761, desde el 10 de diciembre de 2003 hasta el 15 de febrero de 2004.”³²

3.14. Comunicación de enero 20 de 2004, mediante la cual la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U. informó a FONADE que, una vez finalizada la suspensión del contrato No. 2032761 se encontraba “(...) *preparada e interesada en iniciar la ejecución del proyecto en el momento que ustedes lo consideren y dentro de nuevas fechas y términos por establecer.*”³³

3.15. Comunicación de abril 28 de 2004, con radicado No. 2004ER3218 0 1, de 29 de abril de 2004, mediante la cual la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U. informó a FONADE:

“(...) estamos en condiciones de reprogramar las pruebas piloto para los días 10 y 11 de mayo, para lo cual deberán suministrarnos la información relacionada con los participantes a más tardar el 5 de mayo próximo. En caso contrario consideramos que el cronograma de los talleres programados a partir del 17 de mayo /04 podrá llevarse a cabo sin la ejecución de pruebas piloto.”³⁴

3.16. Comunicación No. 5916 de 30 de abril de 2004, mediante la cual FONADE solicitó al SENA, “*su colaboración con el fin de suministrar información relacionada con los participantes que asistirán a la prueba piloto según la nueva programación.*”³⁵

³¹ Folios 45 y 46, cuaderno 2.

³² Folio 14, cuaderno 2.

³³ Folio 11, cuaderno 2.

³⁴ Folio 10, cuaderno 2.

³⁵ Folio 9, cuaderno 2.



3.17. Comunicación de mayo 6 de 2004, con radicado No. 2004ER3737-0-1 de 7 de mayo de 2004, mediante la cual la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U. informó a FONADE que sólo recibió el requerimiento de pruebas piloto el 5 de mayo, por lo cual *“el cronograma de los talleres programados a partir del 17 de mayo/04 se llevará a cabo sin la ejecución de las mismas.”* Finalizó la comunicación con lo siguiente:

“Le solicitamos coordinar a la mayor brevedad posible las acciones necesarias para firmar el acta de inicio del contrato para desarrollar el cronograma establecido.”³⁶

3.18. Comunicación 2022-18870 de 11 de junio de 2004, mediante la cual la supervisora del contrato entregó a la asesora jurídica de FONADE la información requerida en relación con el Contrato No. 2032761, con el siguiente contenido: *“1. Informe de Ejecución del Contrato No. 2032761. (...). 2. Observaciones por parte de la Supervisión del Contrato al proyecto de Acta de Terminación del Anticipada por Mutuo Acuerdo (...) y 3. Análisis de Reconocimientos Económicos a favor de la Contratista en la etapa de planeación del Contrato.”³⁷*

3.19. Acta de la reunión de 2 de agosto de 2004 suscrita por la asesora jurídica de FONADE, la profesional de la oficina jurídica de FONADE, la supervisora del contrato, el representante de la unión temporal contratista y la asesora jurídica de la contratista, en la cual se lee:

“Con el fin de establecer el mecanismo para poder solucionar las diferencias presentadas con respecto al contrato No. 2032761:

Las partes acordaron:

1. La devolución por parte de la Contratista del dinero que entregado en calidad de anticipo no fue ejecutado ni amortizado, la cual se efectuará el 16 de agosto

³⁶ Folio 8, cuaderno 2.

³⁷ Folios 139 a 142, cuaderno 2.



de 2004 una vez el SENA haya aprobado el documento a que se refiere el numeral 2 y 3 de la presente acta.

2. El Contratista realizará la entrega del documento que desarrolló como actividad e insumo preparatorio para ejecutar el contrato, el cual someterá a consideración del SENA el 9 de agosto de 2004, manifestando que el mismo tiene un costo a cargo del anticipo de \$15'386.000, de acuerdo con la comunicación remitida a FONADE el 29 de julio de 2004 (la cual se entregó al SENA el 2 de agosto de 2004) y lo señalado en la reunión.

3. Que el SENA se compromete a evaluar ese documento y entregar su resultado al Contratista y a FONADE a más tardar el día 13 de agosto de 2004.

4. Que las partes de la presente acta se reunirán el 16 de agosto de 2004, con el objeto de suscribir el acta de acuerdo que pondrá fin a las diferencias presentadas entre ellas, documento que será previamente revisado por las mismas, acorde con lo arriba señalado.”

3.20. Comunicación No. 2022-26895 de 19 de agosto de 2004, suscrita por la supervisora del contrato No. 2032761, en respuesta a la contratista, en la cual se refirió a la entrega del “material desarrollado por la unión temporal para la realización de los talleres de capacitación (...) con el fin de que la instancia técnica designada por nuestra entidad [SENA] determine la aplicabilidad del mencionado producto, dando cumplimiento a lo acordado en las instalaciones de FONADE el pasado 2 de agosto del presente año”. En esta comunicación se lee:

“En cuanto a lo afirmado por Usted en la comunicación citada, en relación con la ejecución de los Talleres cuando manifiesta: ‘... no se desarrollaron por la decisión del SENA de no ejecutar el contrato de la referencia...’, nuevamente en mi calidad de Supervisora del Contrato No. 2032761 manifiesto que no comparto de ninguna manera esa tesis, según se lo he expuesto y argumentado en varias oportunidades tanto verbalmente, como por escrito (...).”³⁸

3.21. Comunicación No. 31663 de 22 de septiembre de 2004, mediante la cual la supervisora del contrato No. 2032761 manifestó:

- “Considero pertinente su afirmación relacionada con la imposibilidad de otorgarle a la entidad la autorización para utilizar los materiales desarrollados por Unión, en los procesos de Formación Profesional Integral que realiza el SENA en cumplimiento de la misión, toda vez que la misma estaría extralimitando el objeto del Contrato No. 2032761, suscrito

³⁸ Folios 47 y 48 cuaderno 2.



por la Unión Temporal que Usted representa y FONADE. Por consiguiente, encuentra a lugar, que la autorización se otorgue exclusivamente para hacer uso de los Manuales, con el recurso humano interno del SENA.

- *Por último y con relación a las AUTORIZACIONES otorgadas por usted en calidad de GLOBAL PARTNER DE LEE HECHT HARRISON para Colombia, Centroamérica y El Caribe y la otorgada por el doctor Juan Felipe Cadavid Jaramillo, en calidad de Representante legal de Career Management Consultans, allegadas a esta supervisión mediante comunicación del 14 de septiembre de 2004, considero de vital importancia (...) que Ustedes alleguen la documentación que nos demuestre que detenta la titularidad derivada de los derechos de autor del señor LEE HECHT HARRISON INC, sobre los Manuales 'Sensibilización Hacia el Cambio' y 'Desarrollo de competencias de Trabajo en Equipo, Liderazgo y Toma de Decisiones', acorde con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 23 de 1982 (...)."³⁹*

3.22. Comunicación No. 22, suscrita por la asesora jurídica de FONADE, dirigida a la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U., con constancia de radicación de 2 de octubre de 2004, en la cual se refirió a la reunión realizada con los asesores tributarios, que “*determinó que los valores cancelados por concepto de Retención en la Fuente y el IVA deberían ser reintegrados por el Contratista a FONADE*”.⁴⁰

3.23. Comunicación No. 2022-37191 de 2 de noviembre de 2004, suscrita por la supervisora del contrato, dirigida a la contratista, en la cual dio respuesta a la comunicación de octubre 27 de 2004 y presentó sus consideraciones en relación con los mecanismos acordados en la reunión celebrada el 2 de agosto para solucionar las diferencias. Relacionó la cronología de las actividades realizadas a partir de la reunión del 2 de agosto de 2004 y dentro de ellas se refirió al concepto de la comisión técnica de 18 de agosto de 2004, en relación con las observaciones realizadas al material suministrado por la contratista para la realización de los talleres⁴¹.

³⁹ Folios 116 y 117, cuaderno 2.

⁴⁰ Folios 109 y 110, cuaderno 2

⁴¹ Folios 49 a 54, cuaderno 2.



3.24. Acta de la reunión realizada el 8 de noviembre de 2004, suscrita por la asesora jurídica, la profesional de asesoría jurídica y el representante de la contratista. En esa acta se lee:

“Con el fin de establecer el mecanismo para poder solucionar las diferencias presentadas con respecto al contrato No. 2032761:

Las partes acordaron:

1. La devolución por parte de la Contratista del dinero que entregado en calidad de anticipo y que no fue ejecutado ni amortizado, junto con los rendimientos generados a la fecha, el cual deberá ser reintegrado en la cuenta del convenio antes del 10 de Noviembre de 2004.

2. El Contratista se compromete a entregar para el 10 de Noviembre de 2004, el documento traducido por el cual autoriza el autor, el uso y reproducción de materiales de los seminarios objeto del contrato.

3. Que para el próximo viernes 12 de Noviembre de 2004, se efectuará una reunión con el fin de firmar el acta de liquidación del contrato.

Una vez cumplido el presente acuerdo, las partes se declaran libre por todo concepto y por consiguiente renuncian a toda acción reclamación o demanda, salvo en trámite que deberá adelantar el contratista y/o FONADE ante la DIAN para la devolución de los impuestos cancelados en virtud del Contrato, en el evento en que sea FONADE quien deba efectuar la reclamación, El CONTRATISTA se compromete a autorizar expresa e irrevocablemente a FONADE para efectuarla.”⁴²

3.25. Comunicación de noviembre 10 de 2004, con radicado No. 2004ER14904 0-1, de 11 de noviembre de 2004, mediante la cual la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U. presentó a FONADE la liquidación del “saldo del valor no ejecutado ni amortizado del anticipo del contrato de la referencia, en desarrollo del acuerdo hecho en nuestra pasada reunión del lunes 8 de noviembre en su oficina”. En el cuadro de liquidación del saldo se observa la suma final de \$54'473.309 que la unión temporal presentó como “valor pendiente de reintegrar por parte del contratista al momento de la firma de la presente acta”.⁴³

⁴² Folio 162, cuaderno 2.

⁴³ Folio 7, cuaderno 2.



3.26. Comunicación radicada bajo el No. 2005EE3 0 1 de 3 de enero de 2005, suscrita por la asesora jurídica de FONADE, dirigida a la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U., en la cual le informó *“los valores que deberá reintegrar la Unión Temporal correspondiente al anticipo entregado y no ejecutado”*, por la suma total de \$110'803.926,80. En esta comunicación se describe el procedimiento que debería seguir la contratista para corregir las declaraciones de retención en la fuente e IVA con el propósito de devolver los certificados de retención de los respectivos impuestos⁴⁴.

3.27. Auto de abril 18 de 2005, expediente No. 801707, emitido por la fiscalía No. 203 delegada ante los juzgados penales de circuito, en relación con la apertura de investigación preliminar por denuncia presentada por la asesora jurídica de FONADE, delito por establecer, en la cual se refiere a la no devolución del anticipo⁴⁵.

3.28. Comunicación emitida por Liberty Seguros S.A., con fecha 5 de junio de 2005, dirigida a la asesora jurídica de FONADE, en la cual se pronunció sobre la reclamación de la póliza No. BO- 316024, correspondiente al contrato No. 2032761⁴⁶, con la siguiente conclusión:

*“En consideración a que el amparo de anticipo solo cubre el uso o apropiación indebida de dineros, con fundamento en lo anteriormente expuesto, no encontramos acreditado ni el mal uso, ni la indebida apropiación del dinero recibido por el afianzado, razón por la cual, en la fecha Liberty Seguros S.A., **objeta** de manera formal y oportuna la reclamación presentada.”*

3.29. Diligencia de ampliación de denuncia penal de 7 de junio de 2005, realizada ante la fiscalía No. 203, por parte de la asesora jurídica de FONADE⁴⁷.

⁴⁴ Folios 107 a 109, cuaderno 2.

⁴⁵ Folio 88, cuaderno 2.

⁴⁶ Folios 2 a 6, cuaderno 2.

⁴⁷ Folios 89 a 91, cuaderno 2.



3.30. Diligencia de versión libre rendida por el señor Camilo Vásquez Kennedy, el 13 de junio de 2005, ante la fiscalía No. 203, en las preliminares No. 801797⁴⁸, con anexo contentivo del acta de inicio de entrega de documentos de fecha junio 13 de 2005⁴⁹.

3.31. Memorial de 7 de julio de 2005, presentado por el defensor del señor Camilo Vásquez Kennedy, en las diligencias previas No. 801797 ante el fiscal No. 203, mediante el cual solicitó a la fiscalía, inhibirse de abrir la respectiva investigación⁵⁰.

3.32. Demanda de constitución de parte civil, suscrita por el apoderado de FONADE, radicada el 14 de agosto de 2005, dentro de las preliminares No. 801797, por el delito de “*presunto peculado por apropiación y otros*”, contra el señor Camilo Vásquez Kennedy, representante legal de unión temporal Vasquez Career Management Consultores E.U.⁵¹

4. Otras pruebas.

El 10 de junio de 2007 se recibió en el proceso el testimonio de la señora María Clemencia Angulo González, quien manifestó haberse desempeñado como supervisora del contrato *sub judice*, en calidad de jefe nacional de la división de capacitación del SENA. La testigo indicó que desde la fecha en que el subgerente comercial de FONADE le remitió al SENA copia de la propuesta técnica presentada por la unión temporal se informó que la misma no desarrollaba satisfactoriamente las actividades bajo la “*metodología OUTDOOR TRAINING*” y que algunas de las hojas de vida no satisfacían en un 100% los requerimientos exigidos, “*situación que se mantuvo prácticamente durante toda la vigencia del contrato*”; agregó que desde el mes de octubre de 2003 se solicitó a la contratista precisar la metodología y presentar un plan

⁴⁸ Folios 89 a 91, cuaderno 2.

⁴⁹ Folios 97 y 98, cuaderno 2.

⁵⁰ Folios 81 a 86, cuaderno 2.

⁵¹ Folios 64 a 80, cuaderno 2.



de trabajo que se constituyera en parte integral del contrato, narró que el término del contrato se amplió pero el contratista “*no atendió cabalmente lo requerimientos formulados por las entidades, de acuerdo a las especificaciones establecidas en las reglas de participación.*”⁵²

En la misma fecha declaró el señor Jacob Ahumada Moreno, funcionario de la división de capacitación del SENA, quien manifestó que la contratista “*no completó las exigencias de aclaración o precisión que pedía el SENA para la realización del contrato, relacionadas con los datos de los posibles docentes, datos relacionados con precisión de la metodología a utilizar durante el desarrollo del objeto del contrato y datos relacionados con precisión en el plan de trabajo a desarrollar.*”⁵³

El 11 de diciembre de 2007 se presentó en el proceso, el **dictamen pericial** correspondiente al valor de los perjuicios causados, en el cual se calculó el daño emergente con base en los gastos realizados por la suma de \$235'193.187 según relación adjunta al dictamen⁵⁴, y el lucro cesante, representado por los intereses moratorios generados sobre cada ítem. El dictamen fue aclarado en relación con los intereses, mediante informe presentado el 12 de mayo de 2008, atendiendo la solicitud de aclaración y complementación presentada por FONADE⁵⁵. Por auto de 12 de junio de 2008, se ordenó correr traslado del dictamen, oportunidad en la cual ambas partes guardaron silencio⁵⁶.

5. Excepciones al régimen de contratación estatal.

⁵² Folio 91, cuaderno 1.

⁵³ Folio 92, cuaderno 1.

⁵⁴ Folio 11, cuaderno 3.

⁵⁵ Folios 118 a 122, cuaderno 1.

⁵⁶ Folio 126, cuaderno 1.



La Sala pasará a precisar el régimen legal del contrato de prestación de servicios No.2032761, con el fin de establecer la normatividad aplicable para estudiar el asunto materia de la apelación en el marco del contrato *sub judice*.

En primer lugar, observa que con la expedición de la Ley 80 de 1993 se estableció un régimen de la contratación aplicable con fundamento en la determinación de las entidades estatales relacionadas en su artículo 2º. Sin embargo, lo cierto es que el mismo cuerpo normativo incorporó diversas excepciones a su aplicación, dando lugar a contrataciones que se rigen por el derecho privado, en atención a la actividad de las respectivas entidades o al objeto del contrato.

Dentro del régimen exceptivo de contratación, la Sala se referirá en este acápite a las normas que regularon la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las entidades financieras estatales, toda vez que la entidad demandada en el presente caso se ubica en las referidas categorías.

La Ley 489 de 1998, por la cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, estableció la aplicación de las reglas del derecho privado para el ejercicio de las actividades de las empresas industriales y comerciales del Estado⁵⁷, con fundamento en la siguiente disposición:

*“Artículo 85º.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, **que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado**, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:*

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que

⁵⁷ Sin perjuicio de la invocación de la ley de servicios públicos en lo pertinente.



perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley 142 de 1994.

Parágrafo.- Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado.” (La negrilla no es del texto).

En lo que importa para este caso, la Ley 80 consagró una excepción en su aplicación para las entidades financieras estatales, sin distinguir la naturaleza jurídica de la respectiva entidad (establecimiento público, empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta). En efecto, se dispuso la excepción contenida en el párrafo 1º del artículo 32, para los contratos celebrados por las entidades financieras de carácter estatal, realizados “*en el giro ordinario de las actividades propias del objeto social*”, así:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.”

Así las cosas, en el escenario legislativo integrado por la Ley 489 de 1998 y la Ley 80 expedida en 1993, se predica la regla general consistente en que las contrataciones de las empresas industriales y comerciales del estado que desarrollan su actividad en el sector financiero, se rigen por las normas especiales del derecho privado que constituyen su regla rectora.



Sin embargo, lo cierto es que ese régimen exceptivo resulta ser de carácter mixto, toda vez que se encuentra integrado por la convergencia de normas legales de diferente orden en la medida en que las contrataciones de dichas entidades no se apartan de la aplicación del derecho administrativo en varios supuestos de ley, por ejemplo, en presencia de la función administrativa de carácter estatal asignada a la respectiva entidad, toda vez que la contratación estatal debe respetar los principios del artículo 209 de la Constitución Política⁵⁸.

Por otra parte, desde el punto de vista del derecho positivo se advierte que tanto los entes públicos que contratan bajo el derecho privado como los particulares se encuentran sometidos en su actividad contractual a varios principios y reglas comunes, dentro de los cuales pueden citarse, a título de ejemplo, el deber de la buena fe, el imperativo de la reparación del daño causado, el restablecimiento económico frente al desequilibrio de las cargas por circunstancias imprevisibles y la prohibición del enriquecimiento sin causa; figuras jurídicas que se han desarrollado especialmente en la contratación mercantil e imperan con independencia de que la entidad contratante sea estatal o privada.

Se adiciona a ello que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, estableció el sistema de integración normativa del derecho comercial y civil, para aquellos aspectos no regulados en el régimen de contratación estatal. Esto último implica que en el marco legal de los contratos bajo el régimen de la contratación estatal existe un importante cuerpo de disposiciones comunes de la contratación entre particulares, en materia de obligaciones y de reglas de los distintos contratos, en el supuesto de la carencia de normas específicas en la Ley 80.

⁵⁸ “Artículo 209 C.P. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”



Por lo tanto, no se puede predicar la autonomía del derecho contractual público o estatal frente a las instituciones del derecho privado y a la vez, desde la óptica del derecho privado, tampoco éste último se concibe como aislado del derecho público. En tratándose de los límites del derecho privado, se regresa a la primigenia reflexión de los civilistas, acerca de la presencia de la noción de orden público inserta en el derecho privado contenido en el denominado Código Civil francés o Código de Napoleón⁵⁹, del que a su vez alimentó el Código Civil colombiano.

Ahora bien, en el tópico de las reglas de la contratación de las entidades financieras estatales, esta Subsección llamó la atención sobre la libertad de negociación que a primera vista parece aportar el derecho privado, con el propósito de detallar las limitaciones predicables en la conducta contractual regulada por el derecho comercial y financiero, por razón de las múltiples instituciones que delimitan la libre autonomía de la voluntad de las partes, inclusive desde la etapa precontractual, justificadas en la contratación moderna del derecho privado, con apoyo en la disposición constitucional acerca de los límites de la iniciativa privada y la función social de la empresa.

Se transcribe aquí la reflexión sobre la cual se fundó el análisis de ésta Subsección para resolver en un caso concreto la responsabilidad de una entidad financiera estatal en la indebida adjudicación de un contrato bajo el procedimiento de contratación del derecho privado:

“Así las cosas la aplicación del derecho privado a las entidades financieras de carácter estatal no puede tenerse en modo alguno como sinónimo de ausencia de principios y reglas -precontractuales o contractuales- ni constituye para los administradores o para la propia

⁵⁹ “Sobre una doble hipótesis reposa el derecho: de una parte el hombre como ser individual, y de otra la sociedad que necesariamente agrupa los hombres entre sí. Se trata pues de conciliar lo que en el fondo es casi inconciliable – el hombre como individuo y la sociedad, en la que los hombres se entrecruzan en mutua o recíproca solidaridad. // Entre estas nociones de difícil resolución figura precisamente la del orden público que es la que nos proponemos estudiar-” (...) Se sabe igualmente todo el papel que se ha asignado al Estado en materia de control de los contratos celebrados por los particulares; las leyes imperativas, los estatutos imperativos se han desarrollado considerablemente, dejándole a los particulares sólo un dominio libre que cada vez se restringe más (...) Julió de la Morandiere, *La noción del orden público en el derecho privado – curso superior de derecho civil*, Bogotá, 1956, Páginas 2 y 330.



entidad creada con los recursos del Estado una capacidad de definición y actuación unilateral sin consideración a los principios, motivos y razones de interés público en que se inspira la actividad del Estado y a los derechos de quienes participan en los respectivos procedimientos.

Por último, debe destacarse que también bajo las reglas de contratación del derecho privado, aplicables a las entidades públicas que contratan bajo esta normativa, se encuentran desarrollados los principios legales de equidad entre las partes y reparación o restitución del daño causado en la actividad contractual y extracontractual, mediante la consagración de las instituciones normativas como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, así como la presunción y protección de la buena fe.”⁶⁰.

De las anteriores consideraciones se concluye que el contrato *sub judice* se debe analizar de acuerdo con las reglas del derecho privado, por razón del régimen exceptivo de la entidad estatal financiera contratante establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, previa verificación de que el mismo se realizó dentro del giro ordinario de los negocios de la referida entidad, según se detalla a continuación. Lo anterior, sin perjuicio de la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para desatar la controversia, la procedencia de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y la aplicación del término de caducidad del artículo 136 ibídem, según se explicó en esta providencia.

6. El concepto del giro ordinario de los negocios de las entidades financieras, utilizado en la Ley 80 como criterio de aplicación del derecho privado en la respectiva contratación.

Por su parte, el Decreto Reglamentario No. 679 de 1994, al desarrollar y precisar el alcance del artículo 32 de la Ley 80 dispuso las condiciones de excepción en las

⁶⁰ Artículo 830. “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Artículo 831. “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.”

Artículo 835. “Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.”

Artículo 841. “El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa.”



contrataciones de las entidades estatales del sector financiero, acudiendo a dos criterios: el objeto del contrato, directo o conexo y respecto de los contratos conexos adicionó el criterio de valor del contrato, para efecto de aplicar la Ley 80 en la contratación cuyo valor excedía 1000 salarios mínimos o el 2% del presupuesto de la entidad, así:

“Artículo 21°.- De los contratos de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las instituciones financieras. De conformidad con lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones de dicho estatuto, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Por tanto no estarán sujetos a dicha ley los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tampoco estarán sujetos a dicha ley aquellos contratos que se efectúen en forma conexas con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquélla.

Se entiende incluida dentro del giro ordinario la póliza global bancaria.”

Con apoyo en el citado decreto, el concepto del “giro ordinario de las actividades propias del objeto social”, referido en el parágrafo primero del artículo 32 de la ley 80, como criterio delimitador de la ley aplicable en materia de contratos de entidades financieras estatales, tuvo una evolución jurisprudencial que terminó por excluir del régimen de contratación de la Ley 80 de 1993 –que no de sus principios- todas las actividades de contratación enmarcadas dentro del objeto social, así como también, con base en la normativa y la interpretación del Consejo de Estado, se ubicaron en dicha excepción las contrataciones conexas a las actividades de las citadas entidades financieras, de acuerdo con el valor del contrato, de conformidad con el decreto reglamentario.



Se advierte que esta interpretación en manera alguna constituyó apertura total en la definición del objeto de la contratación de las entidades financieras estatales, toda vez que también en el derecho financiero y comercial el representante legal debe obrar dentro del marco de la capacidad jurídica de la entidad⁶¹, definida en cada caso por la legislación, teniendo en cuenta que en el sector financiero están prohibidas las contrataciones realizadas por las instituciones financieras por fuera de la capacidad jurídica, lo cual incluye los contratos que no guardan conexidad con la actividad legalmente permitida a cada entidad.

Ahora bien, al amparo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las reglas de la contratación del derecho privado vinieron a consolidarse como norma rectora en principio aplicable a todas las actividades contractuales de las entidades financieras estatales, sobre lo cual se debe repetir que no por ello sus contratos salieron del conjunto de regulación mixta, que se ubica en la intersección del derecho privado con el derecho administrativo, en la medida en que esos contratos están sometidos, también, a los principios constitucionales de la función administrativa y a la legislación especial que esas instituciones financieras soportan en su condición de entidades que hacen parte de la estructura del Estado, las cuales además, deben ejecutar el gasto contractual dentro de los presupuestos, planes y programas públicos, según corresponda, y bajo los controles propios de la gestión fiscal a la que se someten los recursos públicos.

⁶¹ En el artículo 74 del estatuto orgánico del sistema financiero se desata este asunto con la sanción a los representantes legales que violan los límites de la capacidad de la entidad financiera, sin perjuicio de la protección al contratista y de la acción de responsabilidad que eventualmente puede instaurarse contra el representante que contrata por fuera de la actividad permitida.

Artículo 74 E.O.S.F. 1. Facultades. La persona que ejerza la gerencia de un establecimiento bancario, corporación financiera, corporación de ahorro y vivienda, compañía de financiamiento comercial, sociedad de capitalización o sociedad de servicios financieros, sea como gerente o subgerente, tendrá la personería para todos los efectos legales y se presume, en el ejercicio de su cargo, que tiene autorización de la respectiva junta directiva para llevar la representación legal y obligar a la entidad frente a terceros, aunque no exhiba la constancia de tal autorización, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir para con dicha entidad, si hubiera procedido sin facultad suficiente cuando ha debido tenerla.*



En relación con el objeto de la denominada contratación conexa, la Sala de Consulta del Consejo de Estado⁶² y la Sección Tercera⁶³ consideraron que el concepto del “giro ordinario de las actividades propias del objeto social”, incluye las contrataciones relacionadas desde el ángulo de *medio a fin*, con el objeto legalmente definido para la respectiva entidad financiera.

Esta Subsección puso de presente la posibilidad de excluir las exigencias de contratación de la Ley 80 de 1993, -más no los principios de la función administrativa- a los contratos celebrados en relación con el soporte de las operaciones del objeto social de la respectiva entidad financiera estatal, de acuerdo con los dos criterios ya citados: el valor del contrato y el análisis que en cada caso debe hacerse del objeto contractual en todo caso sometido a la ley, acerca de lo cual razonó en la siguiente forma:

“Por otra parte, ha de tenerse muy claro que el objeto social de la entidad financiera y por ende su capacidad jurídica no se limita a las operaciones autorizadas descritas en el artículo 7º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993, sino que comprende todas aquellas otras actividades que la entidad debe ejecutar para

⁶² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri, concepto de mayo 29 de 2003, radicación: 1488, solicitante: Director del Departamento Nacional de Planeación. En esa providencia se dispuso:

“En consecuencia, resulta claro que, en principio, la jurisdicción competente para conocer de los contratos que celebren las entidades financieras y del sector asegurador de carácter estatal dentro del giro ordinario de las actividades propias de este tipo de entidades, entendiéndose por tales, aquellos que correspondan a las funciones y operaciones señaladas en el E.O.S.F. y los contratos conexos directamente con aquellas, será la jurisdicción ordinaria, salvo que dicho contrato se celebre con otra entidad estatal que se rija en su integridad por la ley 80 de 1993, tal como lo precisó la Sección Tercera de esta Corporación.2.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, sentencia de 6 de julio de 2005, radicación: 11001-03-26-000-1995-01575-01(11575), actor: Francisco Ignacio Herrera Gutierrez, demandado: Gobierno Nacional, Referencia: acción de nulidad [contra el artículo 21, inciso 3, del Decreto No. 679 de 1994, reglamentario de la ley 80 de 1993, en relación con la contratación de la póliza global bancaria, requerida para el negocio financiero]. En esta sentencia se consideró lo siguiente:

“Obró, por tanto, con razonabilidad y proporcionalidad el Gobierno Nacional al expedir el inciso 3, del artículo 21 demandado, pues es sabido que un concepto como el que se debía reglamentar tiene un margen de determinación, que se enmarca en lo que puede denominarse el espacio de configuración del reglamento, el cual contiene en su interior un poder normativo, en manos del Gobierno, que se encuentra subordinado a la ley, además de la Constitución, obviamente.”



administrar su estructura organizacional y cumplir con los deberes legales que soportan su existencia y funcionamiento, como son por ejemplo los contratos de adquisición de bienes y servicios para el funcionamiento de la entidad; los contratos celebrados para administrar tales bienes y servicios; las contrataciones que se realizan por los deberes legales impuestos a la entidad, como por ejemplo la contratación de la defensa judicial, las asesorías y consultorías requeridas para el cumplimiento de tales deberes legales, todas las cuales corresponden a contrataciones cuyo objeto no constituye un servicio financiero, pero hacen parte del objeto social, en cuanto corresponden a actividades requeridas para el normal funcionamiento de la entidad⁶⁴.”

Todo lo antedicho ha sido expuesto con el propósito de ubicar en este proceso la posibilidad legal del procedimiento de contratación bajo las reglas del derecho privado, por virtud del parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que ello -en su juzgamiento- se releve de la carga de identificar en cada caso el objeto del contrato legalmente permitido o la conexidad, definido ello de acuerdo con la reglamentación de la respectiva entidad.

7. Régimen de los convenios de cooperación contenido en el Decreto 393 de 1991.

El Decreto No. 393 de 1991 -que aparece invocado como norma base del convenio de cooperación que dio lugar a la celebración del contrato *sub lite*- mediante el cual se dictaron normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 11 de la ley 29 de 1990⁶⁵, permitió los convenios de cooperación entre las entidades públicas, en la siguiente forma:

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de octubre de 2013, radicación 25000232600020020128201, expediente: 30763, demandante: Unión Temporal Databox S.A.- Tandem S.A., demandado: Banco Agrario de Colombia S.A., acción contractual.

⁶⁵ Por la cual se dictaron disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgaron facultades extraordinarias para modificar los estatutos de las entidades que cumplían funciones de ciencia y tecnología. Esta ley fue expedida en ejercicio de las facultades extraordinarias que podía conceder el Congreso de la República de acuerdo con el artículo 76 de la



"Artículo 1o. Modalidades de asociación. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades.

"1. Mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones.

"2. Mediante la celebración de convenios especiales de cooperación."

Artículo 2º Propósitos de la asociación. Bajo cualquiera de las modalidades previstas en el artículo anterior, la asociación podrá tener entre otros, los siguientes propósitos.

a) Adelantar proyectos de investigación científica.

b) Apoyar la creación, el fomento, el desarrollo y el financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales.

c) Organizar centros científicos y tecnológicos, parques tecnológicos, e incubadoras de empresas.

d) Formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología.

e) Establecer redes de información científica y tecnológica.

f) Crear, fomentar, difundir e implementar sistemas de gestión de calidad.

g) Negociar, aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras.

h) Asesorar la negociación, aplicación y adaptación de tecnologías nacionales y extranjeras.

i) Realizar actividades de normalización y metrología.



j) Crear fondos de desarrollo científico y tecnológico a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías, y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos.

k) Realizar seminarios, cursos y eventos nacionales o internacionales de ciencia y tecnología.

l) Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones.”

La Sala advierte que el Decreto No. 393 de 1991 constituye un cuerpo normativo que reguló una modalidad contractual denominada *convenios de cooperación*, dentro del marco la Ley 29 de 1990, pero no tuvo fuerza legal de dotar de capacidad jurídica adicional a las entidades públicas financieras en orden a permitirles celebrar contratos por fuera del objeto legal de cada entidad.

Adicionalmente se precisa que el Decreto 393 de 1991 definió las normas aplicables a los convenios de cooperación invocando el derecho privado, no obstante lo cual consagró algunos requisitos especiales que se apartan de las disposiciones generales del Código de Comercio en la formación de los contratos⁶⁶, debido a que en este caso se exigió el escrito como formalidad del convenio de cooperación y por otra parte, el Decreto No 393 de 1991. también, excepcionó la presunción de solidaridad que habría aplicado por virtud de la regulación de las obligaciones adquiridas en negocios mercantiles⁶⁷, la cual, entonces, no tuvo lugar con respecto a los partícipes del convenio de cooperación bajo el referido decreto, según se observa en las disposiciones especiales que se relacionan a continuación:

“Artículo 6. Convenio especial de cooperación. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares convenios especiales de cooperación, que no darán lugar al nacimiento de una nueva persona

⁶⁶ Artículo 824 C.Co.

⁶⁷ Artículo 825 C.Co.



jurídica. En virtud de estos convenios las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el artículo segundo.

Artículo 7. Reglas del convenio especial de cooperación⁶⁸. El convenio especial de cooperación está sometido a las siguientes reglas:

1. **No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.**
2. Se precisará la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos.
3. Se definirán las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asumen cada una de las partes.
4. El manejo de recursos aportados para la ejecución del convenio podrá efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración.
5. **Estos convenios se regirán por las normas del Derecho Privado.**

Artículo 8. Requisitos. El convenio especial de cooperación, que siempre deberá constar por escrito, contendrá como mínimo cláusulas que determinen: su objeto, término de duración, mecanismos de administración, sistemas de contabilización, causales de terminación y cesión.

Parágrafo. El convenio especial de cooperación no requiere para su celebración y validez requisitos distintos de los propios de la contratación entre particulares, pero exige su publicación en el DIARIO OFICIAL, pago del impuesto de timbre nacional, y apropiación y registro presupuestal si implica erogación de recursos públicos.⁶⁹ (Las negrillas no son del texto).

⁶⁸ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-316 del 13 de julio de 1995.

⁶⁹ La Corte Constitucional en la Sentencia C-316 del 13 de julio de 1995, advirtió sobre el alcance de la norma lo siguiente:

“Esta Corte ya dejó definido en la sentencia C-506-94 que lo relativo a la realización de actividades, que tienen por objeto el fomento, desarrollo y promoción de la investigación científica y tecnológica, constituye un cometido específico y concreto que debe realizar el Estado por mandato constitucional; por consiguiente, lo dispuesto en el art. 355 no tiene aplicación cuando se trate de la regulación y ejecución de dichas actividades.

El inciso final del art. 150 de la Constitución si bien faculta al Congreso para "expedir el estatuto general de la contratación pública y en especial de la administración nacional", no alude a un estatuto único; pero además el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la



8. Régimen legal de FONADE.

La naturaleza jurídica de FONADE está determinada por el estatuto orgánico del sistema financiero contenido en el Decreto-ley No. 663 de 1993, dentro del cual el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE fue contemplado como una las entidades financieras con régimen especial, reguladas en la *Parte X* del referido estatuto, organizada bajo la estructura de empresa industrial y comercial del estado vinculada al Departamento Nacional de Planeación. En ese cuerpo legal la citada entidad financiera conservó la naturaleza de empresa industrial y comercial que se le había determinado a partir del Decreto 2168 de 1992, cuya vigencia se reiteró en el citado estatuto orgánico del sistema financiero.

Allí se estableció lo siguiente:

“Artículo 286º.- Organización.

1. Nombre y naturaleza. Reestructúrase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento público del orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación.

2. Objeto. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- tiene por objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

3. Régimen legal. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- se regirá por las disposiciones contenidas en el Decreto 2168 del 30 de diciembre de 1992, por las normas relativas a las empresas industriales y comerciales del Estado y por sus estatutos.”

celebración de convenios de cooperación; de ahí la razón por la cual la ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación.” (La negrilla no es del texto).



Ahora bien, la Sala observa que FONADE podía realizar convenios de cooperación de los referidos en el Decreto No. 393 de 1991, en la medida en que las actividades asumidas por virtud del respectivo convenio se encontraran dentro del marco de su objeto social como agente en materia de proyectos de desarrollo *mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo*, y encuentra que también existió fundamento jurídico para contratos de cooperación, por la vía de las funciones definidas a FONADE en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro de las cuales se destaca, para los propósitos de este análisis, la realización de contratos de fomento de actividades científicas, tecnológicas y ambientales y los demás contratos *“necesarios dentro de los límites de su objeto”*:

En efecto, las funciones de FONADE fueron establecidas por el estatuto orgánico del sistema financiero en el siguiente orden⁷⁰:

“Artículo 288º.- Funciones.

1. Funciones. En desarrollo de su objeto el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- podrá realizar las siguientes funciones:

a. Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo;

b. Realizar operaciones de crédito interno y externo, con sujeción a las normas pertinentes;

c. Captar ahorro interno mediante la emisión de bonos, celebrando los contratos de fideicomiso, garantía y agencia o pago a que hubiere lugar para estos efectos;

d. Celebrar contratos de fiducia y encargo fiduciario para administrar recursos que transfieran terceros para financiar la ejecución de programas relacionados con su objeto social;

⁷⁰ Norma similar al artículo 3º del Decreto 2168 de 1992.



e. Otorgar avales y garantías para créditos destinados a la fase de preparación de proyectos, y esquemas de gerencia de proyectos según prioridades y condiciones determinadas por la Junta Directiva;

f. Vender o negociar su cartera o efectuar titularización pasiva de la misma;

g. Impulsar el desarrollo de las firmas consultoras nacionales en sectores críticos para el desarrollo económico según los mecanismos que determine la Junta Directiva;

h. Organizar, actualizar y divulgar el Registro Nacional de Consultores, y

i. Celebrar los contratos de fomento de actividades científicas, tecnológicas y ambientales y los demás contratos necesarios dentro de los límites de su objeto. (La negrilla no es del texto).

9. El caso concreto.

El problema jurídico que se planteó en esta litis, consiste en esclarecer si existió el incumplimiento de FONADE, que -según la demandante- se configuró mediante una conducta por omisión de esa entidad, que dio lugar a la privación de la oportunidad para poder ejecutar el contrato y al consecuente perjuicio.

Este planteamiento implica determinar si se dieron los elementos de la responsabilidad contractual por incumplimiento de la entidad contratante, iniciando por el primero de ellos, es decir: **i)** el incumplimiento imputable a la contratante; posteriormente, si se encuentra probado dicho incumplimiento, el juzgador pasará a evaluar los otros elementos para fundar la responsabilidad contractual, a saber: **ii)** el daño causado a la contratista y **iii)** la relación de causalidad entre los dos elementos anteriores.

9.1. El contrato No. 2032761 se rigió por el derecho privado.

De acuerdo con el acervo probatorio, se encuentra que en el año 2001, FONADE y el SENA suscribieron el convenio interadministrativo de administración de proyectos



No.191145, el cual se citó como antecedente dentro de las denominadas cláusulas previas en el contrato No. 2032761. De conformidad con el texto del referido convenio, FONADE y el SENA se apoyaron en el Decreto No. 393 de 1991, que en su condición de entidades públicas les permitía asociarse en orden a adelantar convenios especiales de cooperación, para los cuales se aplicó el derecho privado, según lo dispuso el Decreto No. 393 citado.

Siguiendo lo afirmado en el convenio interadministrativo citado, FONADE se encontró facultado para celebrarlo de acuerdo con los decretos 2168 de 1992 y 1260 de 1993, toda vez que tenía capacidad legal para actuar como agente en el ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la financiación de proyectos, administración de estudios y la coordinación y financiación de la etapa preparatoria de los referidos proyectos de desarrollo, entre otros.

En dicho convenio interadministrativo el SENA se obligó a transferir recursos a FONADE, por la suma de \$900'000.000 para ser destinados al mismo.

El convenio interadministrativo indicó que le correspondía a FONADE, entre otras, la asistencia técnica para realizar acciones de capacitación y realización de eventos derivados de los proyectos.

La Sala observa que carece de elementos para determinar si la contratación se ubicó en el marco de los proyectos de desarrollo para *actividades científicas y tecnológicas* a que se refirió el Decreto 393 de 1991, toda vez que si bien se invocó como antecedente, el convenio de cooperación no identificó el proyecto de desarrollo científico o tecnológico que daba lugar al contrato.

Sin embargo, el contrato *sub judice*, se encontró en todo caso sometido al derecho privado, con apoyo en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en tratándose de un contrato celebrado por FONADE bajo la ya reseñada capacidad legal que le fue



atribuida en el Decreto-Ley 663 de 1993⁷¹ y el giro ordinario de sus negocios de acuerdo con el cual se le permitía legalmente obrar como *“agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo”*.

Así las cosas, para los efectos de este análisis, con fundamento en el acervo probatorio, se tiene que analizar el contrato *sub judice* dentro del marco del objeto legal de FONADE y por lo tanto bajo las reglas del derecho privado en los términos del párrafo del artículo 32 de la citada Ley 80.

9.2. La etapa precontractual.

Según se lee en la cláusula primera del contrato No. 2032761, el objeto debía adelantarse teniendo en cuenta las reglas de participación del documento IPG 205 – 191145, y de conformidad con la tablas No. 1 y No. 2 del respectivo documento.

De acuerdo con las reglas de participación de la citada invitación pública, la justificación de la contratación se describió en el marco de un proyecto *“reinvención”* de la institución [SENA], denominado *“Modelo de Gestión por procesos y virtualización del SENA”*, con el objetivo de apoyar la implantación y certificación del sistema de gestión de calidad del SENA bajo la regla ISO 9000-2000. Ese proyecto se identificó como parte del Plan Estratégico 2002 – 2006 denominado *“SENA UNA ORGANIZACIÓN DE CONOCIMIENTO.”*

De conformidad con los puntos 1.2., y 3.6., contenidos en las reglas de participación de la respectiva contratación, en las tablas referidas se relacionó la ubicación de la población objetivo de los talleres, determinada por el SENA de acuerdo los grupos de regionales y seccionales de esa entidad.

⁷¹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.



Hasta aquí se entiende entonces, la posición jurídica de las distintas entidades participantes, en la siguiente forma:

i) FONADE actuó como entidad contratante en el contrato No. 2032761, celebrado con la ahora demandante, con el objeto adelantar los procesos de cultura organizacional del SENA, en desarrollo de un convenio interadministrativo de cooperación entre esas dos entidades, distinguido con el No. 191145, el cual se identificó en las cláusulas previas dentro del referido contrato.

ii) EL SENA era el receptor de las prestaciones contractuales, en este caso los servicios objeto de los talleres, puesto que según las reglas de participación, FONADE obraba por razón del referido convenio interadministrativo No. 191145, como agente de facilitación del proyecto de transformación de la cultura organizacional que adelantaba el SENA.

Lo anterior explica la gestión de FONADE y la razón por la cual correspondía al SENA disponer lo pertinente para enviar las personas que debían asistir a los talleres contratados.

Igualmente, del análisis de los términos de referencia, se colige que el proceso de cambio o “reinvención” que enfrentaba el SENA fue uno de los supuestos que justificó la contratación y determinó el alcance de los servicios requeridos en el contrato, es decir los talleres de sensibilización al cambio y de formación de líderes para ese proceso.

Por otra parte, de acuerdo con los requisitos para participar en la oferta pública, cada proponente debía exponer en el formato No. 6, la metodología propuesta para la ejecución de los talleres, con la siguiente información:

“De igual manera la metodología presentada deberá tener como máximo 6 hojas y debe tener concordancia con el cronograma de ejecución y la organización propuesta para la realización de los talleres, relacionando el



equipo profesional y el papel que cumplirán en cada una de las actividades a desarrollarse (no subsanable).

Los proponentes deberán presentar la estructura conceptual y el enfoque metodológico con el cual se va a poner en marcha los talleres y los documentos de evaluación que se utilizarán durante el desarrollo de los talleres.”

El formato No. 9 de los anexos, contenía el cuadro para diligenciar los datos de las hojas de vida de los profesionales asignados, que debían ser propuestos al menos dos por grupo y presentados con los soportes de los certificados de experiencia y formación profesional.

De conformidad con el cuadro de programación del anexo técnico de los términos de referencia, se indicó que cada taller se debía realizar con duración máxima de un (1) día hábil, y que el tiempo para realizar los talleres se estimaba entre septiembre 3 y diciembre 4. De manera que en la etapa precontractual se planteó que los proponentes debían organizar su propuesta para programar los talleres dentro de un plazo estimado de tres meses⁷².

En el documento contentivo de la invitación pública no se mencionó la metodología “*outdoor training*”⁷³, la cual sí aparece citada en la reunión en la audiencia pública de 25 de septiembre de 2003, previa a la adjudicación del contrato, en la que se abrieron las ofertas y se definieron los talleres adjudicar a los distintos proponentes⁷⁴.

Es importante advertir que en esa reunión se solicitó a los proponentes discriminar los costos por taller para efectos de la adjudicación, hecho lo cual se procedió a la determinación de la oferta más baja para cada taller.

⁷² Folio 171, cuaderno 2.

⁷³ Aparece referida en una frase colocada a mano en el documento de la información general de la propuesta, en el punto 1.3. de objeto, sin detalle alguno sobre la misma.

⁷⁴ Folios 214 a 216, cuaderno 2.



De lo anterior se concluye que FONADE desarrolló un procedimiento de contratación para seleccionar la contratista en forma que se aprecia clara y contentiva de suficiente información acerca de la posición jurídica que asumía cada parte dentro del convenio, del proyecto que adelantaba el SENA y de las obligaciones del contratista en relación con los requerimientos de los talleres objeto del contrato, de manera que allí no se encuentran elementos para imputar a FONADE la falta de planeación ni de información que genéricamente invocó la apelante.

Por el contrario, se aprecia que FONADE desató una dinámica de adjudicación del contrato en el cual los proponentes conocieron y participaron en la aceptación de los términos de la contratación, en forma que se encuentra ajustada al deber general de planeación derivado de los principios de la contratación y bajo el entendido de que no se imputó ninguna irregularidad en el respectivo procedimiento que -se recuerda - estaba regulado por las reglas del derecho privado.

9.3. Etapa contractual.

9.3.1. Identificación de las obligaciones de FONADE.

Aclarado lo anterior, la Sala pasara a identificar las obligaciones de FONADE dentro del contrato No. 2032761.

En primer lugar se observa que el contrato citado careció de una cláusula contentiva de obligaciones de la entidad contratante. No obstante, de su texto se extrae que FONADE estaba obligado a lo siguiente:

- i) Revisar y en su caso aprobar la póliza de cumplimiento.

- ii) Realizar el pago del valor del contrato en dos contados: 50% como anticipo y el 50% restante, *“al finalizar los talleres previa verificación y visto bueno del supervisor.”*



iii) Acudiendo al convenio interadministrativo No. 191145 citado en el contrato, se establece que era obligación de FONADE frente al SENA *“abrir una cuenta bancaria para el manejo de los recursos aportados, con el fin de controlar la ejecución de los mismos, discriminando cada una de las acciones realizadas, de tal manera que el SENA pueda verificar el estado de ejecución presupuestal”*.

iv) En relación con la labor de revisión y formulación de observaciones en vigencia del contrato No. 2032761, se advierte que en la cláusula novena se determinó un comité coordinador que debía comunicar dichas observaciones en un plazo de 15 días hábiles, en la siguiente forma:

“Para la revisión y formulación de observaciones, el Comité Coordinador tendrá un plazo de quince (15) días hábiles e igual plazo tendrá la CONTRATISTA para atender las observaciones y efectuar las enmiendas correspondientes, término este que comenzará a regir a partir de la fecha de su recibo. PARAGRAFO: Los plazos mencionados se entienden incluidos dentro del plazo de ejecución del contrato.”

La Sala infiere que esta cláusula se refirió al comité coordinador contemplado en el convenio interadministrativo e integrado por los miembros de dicho convenio, es decir FONADE y el SENA, debido a que el contrato No. 2032761 no identificó comité alguno.

Siendo así, se concluye que FONADE tenía la obligación de participar en el comité del convenio para revisar y formular observaciones respecto de las actividades de la contratista.

Se advierte que en el marco del convenio interadministrativo correspondió al SENA el compromiso de *“programar y realizar las reuniones que se requieran para la coordinación, ejecución y seguimiento del convenio”*.

9.3.2. Ejecución de las actividades preparatorias.



De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que la demandante invocó omisión de FONADE en la coordinación de las entidades para la iniciación del contrato, procede observar lo que sucedió con la programación de las actividades que debía ser sometida a la aprobación del comité del convenio:

i) El contrato se firmó el 29 de octubre de 2003 y la póliza de seguro de cumplimiento se aprobó el 7 de noviembre del mismo año. El plazo inicial del contrato fue previsto hasta el 10 de diciembre de 2003 de común acuerdo entre las partes. Aquí se destaca que se pactó un plazo inferior al estimado en las reglas de participación para ejecutar los talleres, el cual se asume como determinado y ofrecido por la contratista.

Sin embargo, el plazo del contrato sufrió varias modificaciones de común acuerdo entre las partes: primero se prorrogó en 4 meses, hasta el 10 de abril de 2004, y posteriormente fue suspendido 65 días, entre el 10 de diciembre y el 15 de febrero de 2004, según consta el documento de aclaración suscrito el 16 de enero de 2004⁷⁵, con base en lo cual se establece que el plazo del contrato se amplió de común acuerdo entre las partes, hasta el 15 de junio de 2004.

ii) Ahora bien, el 31 de octubre de 2003, ya firmado el contrato, el señor Jacob Ahumada, obrando como jefe encargado de la división de capacitación del SENA se refirió, en concepto técnico dirigido a la coordinadora del convenio SENA – FONADE, a la metodología propuesta por la contratista⁷⁶, la cual a su juicio no se ajustaba a los términos de referencia, *“tanto en los objetivos del programa como en el objeto de la contratación, la cual es OUTDOOR TRAINING”*. Acerca de esa metodología explicó lo siguiente:

“OUTDOOR TRAINING, que por definición es una metodología de formación vivencial a través de ejercicios y simulaciones al aire libre, que favorece la participación activa de todos y cada uno de los participantes,

⁷⁵ Prueba descrita en el punto 3.13., obrante al folio 14, cuaderno 2.

⁷⁶ Mencionó haber conocido la propuesta sólo hasta el 30 de octubre de 2003.



convirtiéndolos en actores principales del evento y no en simples receptores de conocimientos.”⁷⁷

De acuerdo con la comunicación No. 9550 de 29 de marzo de 2004, suscrita por la jefe de capacitación y desarrollo de personal del SENA, dirigida al representante de la unión temporal, ahora demandante, una vez se reanudó el término de ejecución del contrato, se realizó una reunión entre las partes en la que se trató el asunto de la metodología, el día 17 de febrero de 2004 *“con el propósito de aclarar las inquietudes del SENA persistentes en relación con la metodología de los talleres objeto del contrato de la referencia acorde con las observaciones que al respecto se han venido manifestando por conducto de FONADE”⁷⁸.*

De esta prueba se infiere una conducta positiva de FONADE para efectos de comunicar y coordinar las inquietudes sobre la metodología de los talleres.

Por otra parte, se observa que la demandante no aportó la propuesta de contrato presentada por ella, ni se conocieron en este proceso los anexos 6 y 9 debidamente diligenciados, en los cuales debió detallar la metodología que hizo parte de su oferta, la programación de las actividades, y las hojas de vida entregadas con la propuesta, todo lo cual se echa de menos para esclarecer el dicho de la demandante, según el cual el SENA habría variado los requerimientos respecto de la propuesta presentada por la unión temporal.

En el mismo sentido, no puede la Sala concluir que la demandante estuvo lista con los requerimientos iniciales para ejecutar el contrato desde el 7 de noviembre de 2003, puesto que aunque ella lo afirmó así, la correspondencia citada da cuenta de las reuniones en que se discutió acerca del ajuste de la metodología y de los términos de tiempo para desarrollar los talleres.

⁷⁷ Folio 55 y 56 cuaderno 2.

⁷⁸ Folio 230, cuaderno No. 2.



Igualmente, de acuerdo con el dicho de la testigo encargada de la interventoría del contrato, las observaciones acerca de la metodología de los talleres fueron comunicadas desde el inicio del mismo y, según su declaración, persistieron durante todo el tiempo contractual.

Por lo tanto, FONADE no asumió una conducta omisiva en torno a la metodología de los talleres, por el contrario, desplegó una interacción entre las partes en orden a lograr la ejecución de los respectivos talleres, con la metodología y el personal requerido, dentro del plazo contractual.

Se agrega que los acuerdos de suspensión del contrato y las comunicaciones aportadas por la demandante, permiten establecer que ella aceptó la suspensión inicial del contrato y que estuvo de acuerdo en reiniciar actividades el 17 de febrero de 2004, por lo cual, se entiende que la demora en entrar a conocer de las observaciones por parte del SENA, si es que se produjo, fue aceptada por la contratista, amén de que en todo caso, según la comunicación de la propia demandante, a partir de la reiniciación del contrato existía un plazo suficiente para llevar a cabo los talleres de conformidad con su programación.

Resulta de especial interés detenerse en el informe que la asesora jurídica del SENA presentó al director administrativo y financiero de esa entidad⁷⁹, contenido en la comunicación No. 6085 de mayo 4 de 2004, en la cual realizó un recuento de la contratación y el estado de ejecución e informó que la contratista contó finalmente con la aprobación requerida el día 22 de abril de 2004, es decir que solo hasta esa fecha estuvo lista para iniciar la ejecución de los talleres.

Según observó la asesora jurídica en el informe de mayo 4 de 2004, las partes acordaron que los talleres se adelantarían en un plazo entre 15 de mayo y 30 de junio de 2004, teniendo en cuenta que el SENA “*entrará en reestructuración*”.

⁷⁹ Folio 125, cuaderno 2.



Se comprueba que después de la reiniciación del contrato en febrero de 2004, se realizaron acuerdos para cumplir con la metodología “*outdoor training*”, toda vez que, según el citado informe, en reunión del 24 de marzo de 2004, FONADE explicó el alcance de dicha metodología y “*se manifestó la necesidad de que el contratista entregara las hojas de vida para revisión*”⁸⁰.

Siguiendo el mismo informe, el 26 de marzo de 2004 el equipo evaluador conformado por el SENA y FONADE, realizó una serie de observaciones a las hojas de vida y al plan de trabajo, las cuales fueron comunicadas a la contratista con fecha 31 de marzo de 2004, por parte de la asesora jurídica de FONADE.

Finalmente, de acuerdo con el citado informe, el 22 de abril de 2004 “*el grupo de evaluación y contratación de FONADE emite su concepto de evaluación en donde concluye que el contratista cumplió con todos los requerimientos exigidos para dar iniciación al contrato.*”

Se observa que entre el 31 de marzo y el 22 de abril de 2004 transcurrió un plazo de 14 días hábiles el cual se encontró dentro del término contractual fijado en la cláusula novena, de 15 días hábiles, para realizar observaciones en relación con los aspectos presentados en la ejecución del contrato, en este caso las hojas de vida de los capacitadores.

9.3.3. Ausencia de la prueba piloto y de la ejecución de los talleres.

Por otra parte, en relación con la prueba piloto que se dejó de realizar, por cuanto el SENA determinó un día tarde el personal que asistiría según afirmó la contratista en su comunicación de mayo 6 de 2004, no se aprecia como óbice para la ejecución por parte

⁸⁰ Folio 127, cuaderno 2.



de la contratista, teniendo en cuenta que la misma advirtió que a pesar de lo anterior, iniciaría los talleres el 17 de mayo, para cumplir con los plazos programados.

Ahora bien, se encuentran tres comunicaciones que se refieren a lo que sucedió en relación con los talleres, en el último mes de vigencia del contrato: la comunicación No. 5916 de 30 de abril de 2004, mediante la cual FONADE solicitó al SENA, *“su colaboración con el fin de suministrar información relacionada con los participantes que asistirán a la prueba piloto según la nueva programación”*⁸¹; la comunicación de mayo 6 de 2004, con radicado No. 2004ER3737 0 1, de 7 de mayo de 2004, mediante la cual la unión temporal Vásquez Career Management Consultores E.U. informó a FONADE, que sólo recibió el requerimiento de pruebas piloto el 5 de mayo, por lo cual *“el cronograma de los talleres programados a partir del 17 de mayo/04 se llevará a cabo sin la ejecución de las mismas”* y finalmente, la comunicación No. 18879 de 11 de junio de 2004, en la cual la supervisora del contrato presentó informe a la asesora jurídica de FONADE, refiriendo las reuniones entre los funcionarios de las dos entidades estatales, celebradas el 4 de mayo y el 25 de mayo de 2004, en las cuales se observó que la demora de la contratista en realizar los ajustes *“ocasionó una disminución en más del 50% del tiempo pactado”* y que debido al proceso de reestructuración del SENA en ese estado lo procedente era llegar a un acuerdo de terminación del contrato, sin perjuicio de evaluar el desempeño de la contratista.

Así las cosas, la Sala da credibilidad al informe de la asesora jurídica de FONADE y a las comunicaciones citadas, que dan cuenta de las actividades de esa entidad y, por ello, tiene como probado que FONADE no tuvo una actitud omisiva, constitutiva de incumplimiento en la oportunidad de ejecución de los talleres del contrato *sub judice*.

En el mismo sentido se da por probado que FONADE en ejecución del contrato desarrolló acciones positivas mediante las reuniones de coordinación respectiva.

⁸¹ Folio 9, cuaderno 2.



Finalmente, la no facilitación del personal que asistiría a los talleres provenía del SENA, por hechos que no estaban bajo el control de FONADE, ni constituyeron una obligación de esta última entidad.

En ese sentido, la Sala no puede concluir que fue FONADE el que ocasionó el agotamiento del tiempo contractual para permitir al contratista desarrollar los talleres, por lo cual resulta improcedente declarar que FONADE incumplió el contrato y en el mismo orden, no hay lugar a entrar a evaluar el dictamen en cuanto a la indemnización o perjuicio a su cargo por la no ejecución.

La Sala observa que la parte demandante en el recurso de apelación, decidió llamar la atención sobre la conducta del SENA como causa de que la contratista no hubiera adelantado los talleres, y citó para ello el requerimiento que le realizó FONADE y la correspondencia acerca de la imposibilidad de realizar la prueba piloto por la demora del SENA, lo cual solo permite observar que esas conductas -que se citaron como causa del daño al momento de la alzada- no aparecen como imputables a FONADE.

Se tiene presente que en el recurso de apelación la actora no puede modificar la determinación de la parte demandada, enfilando las acusaciones contra un tercero que no vinculó al proceso, en este caso el SENA, puesto que para llevar al plenario esa pretensión, habría debido instaurar la demanda igualmente contra el SENA con el propósito de derivar un supuesto derecho al resarcimiento del eventual daño por la falta de envío del personal para adelantar talleres.

Más aún, se recuerda que FONADE no era solidariamente responsable de las obligaciones del SENA dentro del marco legal del convenio de cooperación, bajo las reglas del Decreto 393 de 1991, de manera que es improcedente debatir en este plenario el resarcimiento de una obligación supuestamente incumplida por el SENA.

9.3.4. Obligatoriedad de los acuerdos contractuales.



FONADE destacó que no estaba obligado a conceder la nueva extensión de plazos contractuales, más allá de lo pactado, en lo cual le asiste la razón.

Por otra parte, los hechos referidos dan cuenta de que al vencimiento del plazo pactado, las partes acordaron entrar a liquidar el contrato, presentándose diferencias que se concretaron en el monto a devolver por parte de la contratista.

Lo que sucedió después del vencimiento del plazo del contrato, según dan cuenta las actas de 2 de agosto y 8 de noviembre de 2004, no modifica la conclusión anterior: se observa que las partes entraron en negociaciones para llegar a un acuerdo con el propósito de dirimir las diferencias ocurridas sobre el valor a reintegrar en la etapa de liquidación del contrato e intentaron fijar un valor por los derechos de utilización de los manuales a entregar por la contratista, pero esas actividades no llegaron a feliz término, puesto que no se lograron las autorizaciones requeridas en materia de derechos de autor, tampoco se concretó un acuerdo sobre el monto faltante por restituir, ni sobre los asuntos tributarios que incidían sobre el mismo, por lo cual no se llegó a formalizar la renuncia de ambas partes a presentar reclamaciones futuras, que eventualmente habría dado lugar a una transacción entre las mismas.

Finalmente, desde la perspectiva que otorga el acervo probatorio, se aprecia la prueba que invocó la apelante, correspondiente a la investigación penal⁸², en la cual el señor Camilo Vásquez Kennedy, en diligencia de versión libre, identificó que la demora de FONADE y el SENA tuvo lugar en la liquidación del contrato y se refirió a que *“existen actas de los distintos acuerdos parciales que se hicieron durante ese proceso”*, lo cual corrobora que la contratista participó y estuvo de acuerdo en las modificaciones de los plazos contractuales.

⁸² Folios 94 a 96, cuaderno 2.



En el mismo sentido, sobre esta prueba se observa que respecto de la no ejecución del contrato, el representante de la unión temporal expuso una causa distinta a la omisión de FONADE, la cual no fue ventilada en este proceso, pero la misma versión permite observar la coincidencia en torno a la participación y el consentimiento de la demandante para extender los plazos contractuales:

*“(...) una de las firmas consultoras proponentes conformada por ex funcionarios del Sena y dirigida por uno de ellos presentó innumerables reclamaciones sobre ésta adjudicación **que impidieron suscribir el acta de inicio del contrato en el tiempo oportuno**, sin embargo en este periodo el anticipo del contrato fue cobrado y pagado a nuestra Unión temporal y correspondió a la suma neta de \$271'114.470,00 y la Unión Temporal **fue insistente y reiterativa en solicitar la suscripción del acta de inicio en proponer suspensiones y prórrogas del contrato (...)**.”* (La negrilla no es del texto).

Por lo tanto, las afirmaciones contenidas en la versión libre reafirman el consenso en la suspensión y extensión del plazo contractual, el cual también se encuentra probado documentalmente, pero en manera alguna dicha declaración resulta suficiente para probar una supuesta negligencia de FONADE, incumplimiento contractual o conducta que habría privado a la demandante del derecho a ejecutar el contrato.

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

9.4. La decisión acerca de la improcedencia de la liquidación del contrato no fue objeto de apelación.

El recurso de apelación impetrado por la parte demandante no comprendió la decisión de primera instancia consistente en declarar improcedente la pretensión de liquidación del contrato, por lo cual, en virtud del deber de congruencia de la sentencia que se desprende del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo y de los límites que impone el contenido de la sustentación del recurso de apelación de conformidad con lo previsto en el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, en respeto del principio de la *no reformatio in pejus*, por encontrarse en presencia de un solo apelante, la Sala **no**



se pronunciará sobre la liquidación del contrato No. 2032761, en sede judicial, amén de que no se advierte la presencia de un evento de excepción al referido principio.

Para soportar lo anterior la Sala se acoge a la sentencia de unificación jurisprudencial, emanada de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 9 de febrero de 2012, en el expediente No. 21060, cuyo texto, en la parte pertinente se incorpora continuación:

“En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia⁸³ de la sentencia como el principio dispositivo⁸⁴, razón por la

⁸³ Nota original de la sentencia en cita. “En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

‘De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional.’”

⁸⁴ Nota original de la sentencia en cita:

“Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”

“Son características de esta regla las siguientes:



cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”⁸⁵.

Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁸⁶

Adicionalmente, la Sala carece de competencia para entrar a establecer un saldo a cargo de la contratista en la sentencia de segunda instancia, toda vez que la determinación de la cuenta final de liquidación del contrato no se deprecó en la alzada y además, en el evento de llegar a determinar un valor pendiente por devolver a cargo de la contratista y favor de FONADE –si fuera del caso- se estaría agravando la posición de la parte que obró como apelante única.

“(…). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

⁸⁵ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de febrero de 2012, radicación No.: 500012331000199706093 01 (21.060), actor: Reinaldo Idárraga Valencia y otros, demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Referencia: Sentencia de Unificación Jurisprudencial.



Se agrega que FONADE no presentó demanda de reconvencción en este proceso para la definición del saldo supuestamente a su favor, ni tampoco apeló la decisión de segunda instancia, amén de que según obra en el expediente, intentó la recuperación de un valor no restituido, mediante proceso separado de esta litis, por la vía de la constitución de parte civil en el proceso penal iniciado por su denuncia y, al parecer, demandó la exigibilidad de la póliza de seguro ante la jurisdicción civil, en proceso ordinario contra la compañía aseguradora⁸⁷.

Tampoco tiene sentido útil referirse a la naturaleza del anticipo en este contrato, ni al asunto de los perjuicios morales supuestamente causados con la denuncia penal, puesto que las consideraciones de esta providencia deben concentrarse en relación con las pretensiones objeto de la apelación, es decir en las pruebas del supuesto incumplimiento de FONADE y la consecuencia que se pretendió derivar del mismo.

Por último, la eventual violación de orden legal respecto del término para liquidar el contrato fijado en la Ley 80 de 1993, no tuvo aplicación en el contrato *sub judice*, ni fue materia de la alzada, Se tiene presente que el Código de Comercio, se refiere a las conductas que hacen presumir el finiquito de las cuentas a pagar⁸⁸, pero carece de un plazo imperativo como el que se insertó en la contratación estatal, para que se imponga a la entidad contratante de manera perentoria la obligación poner punto final, de manera unilateral, a la liquidación del contrato.

10. Costas.

⁸⁷ Obra en el expediente la copia de una demanda, pero sin constancia de radicación.

⁸⁸ Artículo 879. “El finiquito de una cuenta hará presumir el pago de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus cuentas en períodos fijos.

Artículo 880.” El comerciante, que al recibir una cuenta pague o dé finiquito, no perderá el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios de la cuenta.”



Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, aplicable en esta cuestión, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 10 de septiembre de 2009.

SEGUNDO: SIN condena en costas

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA