

<Este documento fue sometido a proceso mecánico de conversión de PDF a RTF. Puede contener errores en la conversión>

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Édgar González López

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Número Único: 11001-03-06-000-2019-00126-00 Radicación Interna: 00002

Referencia: Concepto de prevención de un eventual litigio entre dos entidades públicas nacionales (Artículo 112 numeral 7 del CPACA).

Controversia suscitada entre el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC) y la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio). antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), en la ejecución del Contrato Interadministrativo núm. 989/212039 del 1 de noviembre de 2012, por medio del cual Fonade se obligó con FonTIC a realizar la gerencia integral del proyecto de los Puntos Vive Digital Fase 1 para la extensión de la red de internet en el país.

Función Consultiva de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Síntesis del Caso. Entidades Públicas en controversia El Contrato interadministrativo (Sus características). Contrato de Gerencia Integral de Proyectos (Noción general) Contrato Interadministrativo núm 989/212039 del 1 de noviembre de 2012 celebrado entre FON TIC y ENTerritorio (antes Fonade) Las controversias Alternativa jurídica para la solución r> coi i Hielos. La liquidación del contrato.

La Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Directora del Departamento Nacional de Planeación y la Gerente General de la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio), formularon a la Sala una solicitud de concepto para prevenir eventuales litigios entre el Fondo Unicode las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC) y la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio), antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade). Dicha solicitud está fundamentada en el numeral 7 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece

Radicación interna 00002

Página 2 de 152

que es función de la Sala «Emitir concepto a petición del Gobierno Nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio».

## ANTECEDENTES

Sea lo primero referirse a los antecedentes tácticos que onglaron las discrepancias entre FonTIC y ENTerritorio con ocasión de la ejecución del contrato interadministrativo 989/212039 del I de noviembre de 2012, los cuales Fueron expuestos en la solicitud de concepto. La Sala estima

pertinente su transcripción para total claridad y precisión, así<sup>1</sup>

El día 1° de noviembre de 2012 se suscribió entre el FonTIC y el hoy ENTerritorio el Contrato Interadministrativo No 989/212039 de 2012. cuyo objeto consistió en: «FONADE se obliga con el Fondo Tic a realizar la gerencia integral del proyecto de planeación, implementación y operación de los Puntos Vive Digital Fase I».

El Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 lúe un contrato de Gerencia Integral de Proyectos, en el que «FONADE asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él. que se trata de ejecutar un proyecto en todos sus componentes asumiendo la responsabilidad y el riesgo por la realización del mismo y adelantando actividades de agente principal en la obtención del resultado requerido por la entidad pública contratante.»<sup>1</sup>

En virtud del contrato interadministrativo prenotado, el hoy ENTerritorio se obligó a Implementar y donar cuatrocientos noventa y nueve (499) Puntos Vive Digital (en adelante, «PVD») en diferentes entidades territoriales del territorio nacional y a favor de éstas, escogidas por FonTIC.

De conformidad con lo previsto en la Cláusula Cuarta del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012. ENTerritorio. como contraprestación por la ejecución de las obligaciones contractuales a su cargo, tenía derecho a percibir una suma equivalente a NUEVE MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS (COPS9.158.077 434.67). denominada Cuota de Gerencia de ENTerritorio.

El Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 tuvo un valor total, incluyendo adición, equivalente a CIENTO VEINTIUNMIL

<sup>1</sup> Nota de la consulta: CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 30 de abril de 2008 Radicado No 11001030600020080001300 Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo

Radicación interna' 00002

Página 3 de 152

NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (COP \$121.997.078.752).

El Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 fue objeto de nueve (9) modificaciones, una (1) adición, cuatro (4) aclaraciones, y diez (10) prórrogas, suscritas, respectivamente, en las siguientes fechas: Modificación y Aclaración No. 1 del 13 de marzo de 2014, Prórroga No. 1 y Modificación No. 2 del 17 de junio de 2014; Prórroga No 2, Modificación No, 3 y Aclaración No. 2 del 30 de diciembre de 2014. Prórroga No. 3. Adición No. 1, Modificación No. 3 y Aclaración No. 3 del 15 de enero de 2015; Prórroga No. 4. Modificación No 5 y Aclaración No. 4 del 30 de diciembre de 2015; Prórroga No. 5 y Modificación No. 6 del 29 de abril de 2016; Prórroga No. 6 y Modificación No. 7 del 29 de julio de 2016; Prórroga No. 7 y Modificación No. 8 del 20 de abril de 2017; Prórroga No. 8 del 30 de agosto de 2017; Prórroga No. 9 del 30 de octubre de 2017 y Prórroga No 10 y Modificación No. 9 del 28 de febrero de 2018.

En relación con lo anterior, para los efectos concretos de la presente consulta, es importante

destacar el hecho consistente en que en el Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012. se estipuló en cabeza de ENTerritono la siguiente obligación: «CLÁUSULA TERCERA - OBLIGACIONES DE FON ADE: Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición legal le corresponden, en desarrollo del objeto del presente contrato FONADE cumplirá las siguientes: [.. .] 4. Donar al momento de la aprobación de la instalación deJ PVD. todo el equipamiento técnico en nombre del FONDO TIC. a las Entidades Públicas y/o Entes Territoriales (Ejecutor), mediante la suscripción del acto en el que se materialice la donación.

En el marco del Contrato Interadministrativo No. 989/212019 de 2012. y como corolario de la ejecución del mismo, ENTerritorio suscribió trece (13) contratos derivados de ese acuerdo de voluntades.

Asi mismo, en desarrollo del Contrato Interadministrativo No 989/212039 de 2012 y en ejecución de las obligaciones del mismo. ENTerritorio suscribió trescientos sesenta y siete (367) convenios con las entidades públicas territoriales beneficiarías de los respectivos PVD

Adicionalmente, mediante la Prórroga 4 y Modificación 5 se aprobó la compra de 479 impresoras para la fase 1, de las cuales son objeto de donación 478 impresoras (la impresora instalada en el PVD del Murillo Toro no es objeto de donación).

Por otra parte, en virtud de lo dispuesto en la Prórroga No 10 y |8 Modificación No 9 al Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012, se previó, entre otros aspectos, la implementación de cuatro (4) nuevos PVD por parte de ENTerritorio, a través de los cuales se completarían los cuatrocientos noventa y nueve (499) PVD de la fase a que pertenece el contrato citado (Fase I)

Radicación interna 00002

Pagina 4 de 152

Dentro de los cuatro (4) nuevos PVD a implementar, se contempló entregar el beneficio de la implementación de un (1) PVD en el municipio de Guapi. Departamento del Cauca, por ser éste uno de los municipios que no fue atendido en el marco de la estrategia «Puntos Vive Digital» y así suplir la necesidad de esa comunidad

El Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 finalizó el 30 de septiembre del año 2018, encontrándose en la actualidad en etapa de liquidación.

## POSICIONES JURÍDICAS DE LAS PARTES

Tratándose do una consulta tendiente a evitar un eventual litigio judicial, la Sala considera necesario replicar las posiciones jurídicas de las partes, así

### Posición jurídica del FonTIC

El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC). el cual ahora se denomina Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones<sup>2</sup>, expresó su punto de vista jurídico en los siguientes términos:

Sin perjuicio de los antecedentes tácticos explicados en el acápite anterior, a continuación, se ponen de presente las circunstancias que FonTIC estima suscitan controversia con ENTerritono. en relación con la ejecución del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012, las que a la postre sirven de sustento a las consultas que más adelante se formulan, a saber

1 En concepto de FonTIC, ENTerritorio incumplió varias de las obligaciones que debía ejecutar de conformidad con lo estipulado en el Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012

En particular. FonTIC considera que ENTerritorio incumplió la Obligación No. 4 de la Cláusula Tercera del Contrato Interadministrativo No. 909/212039 de 2012 ya citada, en tanto esa entidad tenía la obligación de donar e Implementar cuatrocientos noventa y nueve (499) PVD, y a la fecha sólo ha donado e implementado cuatrocientos noventa y dos (492) PVD, estando pendiente por donar seis (61 PVD v por implementar uno fl\ este

<sup>8</sup> El artículo 21 de la Ley 1978 de 2019 modificó el artículo 34 de la Ley 1341 de 2009, en el siguiente sentido «ARTÍCULO 21 Modifíquese el artículo 34 de la Ley 1341 de 2009. el cual quedará así ARTÍCULO 34. Creación del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC), se denominará Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (. .)»

Radicación interna P0D02

Página 5 de 152

último correspondiente al municipio de Guapi - Cauca Los PVD pendientes por donar e implementar por parte de ENTerritorio. son:

RZD	Ejecutor	Fecha de inscripción	Reparto notarial
5	Secretaría de Seguridad -Cárcel	05 de mayo de 2014	Pendiente
2	Ejército ;Vaileoupar, Nillo)	31 de octubre de 2016	Pendiente
1	SInneféjo	04 de julio de 2018	Pendiente
1	Cúcuta	21 de junio de 2018	Notaría 32
1	Buenaventura	03 de julio de 2018	Pendiente
1	Guapi	No Instalado	No aplica
7	TOTAL		

Del mismo modo, FonTIC argumenta que ENTerritorio, hasta el momento, no le ha hecho entrega de sesenta y tres (63) escrituras públicas que soportan y formalizan el cumplimiento de la obligación de donar la totalidad de los PVD. por lo tanto y haciendo uso de la facultad que confiere la ley. el FonTIC bajo los parámetros señalados en la cláusula décima: propiedad y destinación de los bienes del contrato, y en aras del cumplimiento de las obligaciones, debe soportar dichas escrituras ante el FonTIC, para la verificación de las actuaciones adelantadas por ENTerritorio y así dar cumplimiento a lo contemplado en el contrato.

**4 En adición a lo anterior, FonTIC considera que ENTerritorio no ha presentado soporte**

**de donación de ninguna de las cuatrocientas setenta y ocho (478) impresoras que ENTerritorio debía donar de acuerdo con lo estipulado en la Prórroga No. 4 y la Modificación No. 5 del Contrato Interadministrativo No.989/212039 de 2012. Para el mes de abril de 2016 finalizó la instalación de 225 impresoras y en el mes de mayo de 2017 finalizó la instalación de 253 impresoras. Frente a las cuales fueron emitidas las resoluciones de baja de inventarios del FonTIC y destinación final, para 112 impresoras el 31 de octubre de 2017, para 175 impresoras el 28 de diciembre de 2017 y para 191 impresoras el 24 de julio de 2018 de acuerdo con los tiempos de gestión por parte de ENTerritorio.**

Es de anotar que ENTerritorio debió tener en cuenta al momento de elevar a escritura pública la donación de los elementos y mobiliario de los Puntos Vive Digital, incluir las Impresoras: pero como este hecho no sucedió, es necesario que ENTerritorio realice las acciones necesarias para así culminar la formalización de la donación y en consecuencia el cumplimiento de la obligación de entrega a cada ente territorial.

Adicionalmente. FonTIC considerando que el contrato finalizó el 30 de septiembre de 2018 sin que se lograra la implementación del PVD de Guapi. Departamento del Cauca, estima que no es posible aprobar a ENTerritorio el pago de los costos asociados a la implementación y donación de este punto, incluida la cuota de gerencia, lo que se encuentra contemplado en el parágrafo segundo de la cláusula tercera<sup>3</sup>, incluido

<sup>3</sup> Nota de la consulta. -CLAUSULA TERCERA - OBLIGACIONES DE FONADE Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición legal le corresponden, en desarrollo del objeto del presente contrato FONADE cumplirá las siguientes |... | PARÁGRAFO SEGUNDO

Radicación interna 00002

Página 6 de 152

mediante la Prórroga No. 10 y Modificación No. 9 al Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012.

FonTIC manifiesta que ENTerritorio incumplió la obligación No. 7 de la Cláusula Tercera<sup>4</sup> del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012. por cuanto a la fecha (se refiere al 10 de julio de 2019) tiene pendientes por liquidar el Contrato Derivado No. 2121347, suscrito con NEC de Colombia; los convenios que se debían suscribir con ocasión de la donación de las cuatrocientas setenta y ocho (478) Impresoras: y trescientos sesenta y siete (367) convenios con las entidades públicas territoriales.

Teniendo en cuenta el numeral 16 de la cláusula tercera<sup>5</sup>. FonTIC considera que ENTerritorio debe adelantar formalmente la liquidación del contrato derivado No. 2121347 suscrito con el proveedor NEC de Colombia, para reintegrar al FonTIC los recursos no ejecutados en dicho contrato.

Considerando que la Cláusula Vigésima Sexta de, Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 contempló un periodo de seis (6) meses para adelantar la liquidación del contrato. FonTIC manifiesta que ENTerritorio no ha presentado los soportes que permitan evidenciar el cumplimiento de obligaciones y la legalización del 100% de los recursos entregados por el FonTIC para adelantar la liquidación correspondiente.

## Posición jurídica de ENTerritorio

ENTerritorio expuso su posición jurídica en los siguientes términos:

A continuación, se ponen de presente las consideraciones que ENTerritorio tiene respecto de la afirmado por FonTIC. las que también sirven de sustento a las consultas que más adelante se formulan, a saber

En relación con e, supuesto incumplimiento de la Obligación No. 4 de la Cláusula Tercera del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012. ENTerritorio considera que no ha incumplido con dicha obligación, por

El tola, de Puntos Vive Digital que debe Imolementar FONADE en el marco del contrato Interadministrativo ue Gerencia de Proyectos No. 989 (FONDO TIC) y 2t2039 (FONADE) corresponde a la suma de 499 Puntos Vive Digital Tradicionales, Incluidos los 4 nuevos PVD objeto de la Prórroga No 10 y Modificación No. 9 [ .

<sup>4</sup> Nota de la consulta. «CLÁUSULA TERCERA - OBLIGACIONES DE FONADE Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición legal le corresponden en desarrollo del objeto del presente contrato FONADE cumplirá las siguientes: [...] 7. Adelantarla liquidación de contratos/convenios derivados, de conformidad con lo señalado en el Manual de Contratación de Fonade [ ,».

<sup>5</sup> Nota de la consulta: «CLAUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES DE FONADE Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición legal le corresponden, en desarrollo del objeto del presente contrato FONADE cumplirá las siguientes [ ] 16. Reintegrarlos recursos pagadas por el FONDO TIC que no fueron ejecutados, dentro de los treinta (30) días siguientes a la liquidación del contrato correspondiente (. 1»

Radicación interna 00002

Pagina 7 de 152

cuanto esa entidad cumplió con la donación de cuatrocientos noventa y dos (492) PVD en el marco de la ejecución del contrato mencionado, y el hecho de que se encuentren pendientes de donar seis (6) PVD. obedece a razones que le son ajenas y que. por tanto, no le resultan imputables.

En efecto, ENTerritorio argumenta que, pese a que se han realizado todas las gestiones por parte de esa entidad para completar el proceso de donación de los citados seis (6) PVD a los entes territoriales beneficiarios de los mismos, éstos no han cumplido oportunamente con recibir la donación de la infraestructura tecnológica, mobiliario, señalización, red de datos y eléctrica, entre otros, y adelantar las gestiones administrativas requeridas a esos efectos, por ,o cual la falta de donación de dichos PVD no es una conducta que pueda ser atribuida al actuar de ENTerritorio.

En lo que tiene que ver con el supuesto incumplimiento de ENTerritorio por no haber entregado a FonTIC copia de sesenta y tres (63) escrituras públicas que soportan la donación de los PVD. la primera entidad mencionada considera que esa situación no constituye incumplimiento contractual de su parte, en la medida en que la referida entrega no era una obligación contractual prevista a cargo de ella en el plexo obligacional del Contrato Interadministrativo No. 989/212039

de 2012.

Del mismo modo. ENTerritorio agrega que los emolumentos necesarios para el pago de las copias de las escritura públicas referidas, al no ser una obligación de esa entidad, no estuvieron previstos en el presupuesto para la ejecución del contrato prenotado y, por tanto, tampoco pueden estar a cargo de ENTemtorio.

ENTerritorio también considera que FonTIC, al haber sido la última entidad que firmó las escrituras públicas cuya copia hoy reclama, de haber sido diligente, debió haber guardado copia de esos documentos, en cuanto los conoció y los tuvo en su poder como último firmante de los mismos.

En relación con la supuesta falta de entrega del soporte de la donación de cuatrocientas setenta y ocho (478) impresoras por parte de ENTerritorio. esta entidad manifiesta que, en forma efectiva, cumplió con la entrega de ese número de impresoras en los municipios beneficiados, lo que consta en

las respectivas actas de entrega y recibido suscritas en ese sentido con

cada municipio.

Empero, habida cuenta que los procesos de donación de impresoras y de donación de PVD sucedieron en momentos diferentes de la ejecución del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012, aun cuando ENTerritono ha tratado, mediante todos los medios posibles, de que los representantes de las entidades terntoriales beneficiadas con la donación de las citadas impresoras, suscriban el acto j'uridico que formalice la donación de las mismas, a la fecha no ha logrado que tales representantes ejecuten dicha labor, lo cual, dada la diligencia empleada, no le resulta imputable a ENTerritono.

Radicación Interna 00002

Página 8 de 152

8. Respecto de la falta de Implementación del PVD en el municipio de Guapi. Departamento del Cauca. ENTerritorio estima que esa situación le es por completo ajena y no atribútle, en la medida en que dicha implementación no se llevó a cabo porque el ente territorial no cumplió, de manera reiterada, con los requisitos necesarios de accesibilidad a personas discapacitadas que debían ostentar los PVD de acuerdo con lo pactado en el Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 y en sus anexos, circunstancia que fue reconocida expresamente por la supervisión técnica del referido contrato al declarar dicho PVD como NO VIABLE.

9 No obstante que ENTerritorio en vigencia del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012, informó permanentemente a FonTIC acerca de lo acontecido con el PVD del municipio de Guapi, Departamento del Cauca, y solicitó a esa entidad Instrucciones y autorización para instalar el PVD en otra entidad territorial, ENTerritorio no recibió dicha autorización, pese a la inviabilidad declarada por la supervisión técnica respecto del mentado PVD en el citado municipio.

Por lo tanto. ENTerrtorio considera que la falta de implementación del aludido PVD en el municipio de Guapi, Departamento del Cauca no le resulta imputable.

Por último, en lo que atañe al supuesto incumplimiento de la Obligación No. 7 de la Cláusula

Tercera del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012. relativa a la falta de liquidación de algunos contratos y convenios. ENTerritorio manifiesta que no se trata de una situación que le pueda ser jurídicamente reprochada, pues los actos jurídicos pendientes de liquidar tienen que ver con. (i) El PVD del municipio de Guapi (Contrato Derivado No. 2121347 suscrito con NEC de Colombia para el bodegaje de los equipamientos que no se pudieron instalar en esa entidad territorial) que no pudo ser implementado por causas que le son extrañas; y (ii) con los actos jurídicos necesarios para la formalización de la donación de impresoras, cuya liquidación no ha tenido lugar, en cuanto, pese a los esfuerzos desplegados por ENTerritorio. los representantes de los entes territoriales beneficiados con las señaladas donaciones no han concurrido a la firma de tales documentos.

## PREGUNTAS

Luego de haber planteado los antecedentes, y la posición jurídica de las partes, la Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Directora del Departamento Nacional de Planeación y la Gerente General de ENTerritorio. formularon las siguientes preguntas:

Teniendo en cuenta: (i) Los antecedentes fácticos que fueron incluidos en precedencia, (ii) las respectivas posturas de FonTIC y de ENTerritorio y (iii) la naturaleza jurídica y el clausulado del Contrato Interadministrativo No.

Radicación interna. 00002

Página 9 de 152

989/212039 de 2012, de manera respetuosa, se formulan a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, las siguientes consultas, no sin antes dejar sentado que el objeto de todas ellas radica en precaver un potencial litigio entre las entidades de naturaleza pública señaladas

¿Qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y ENTerritorio respecto de los seis (6) PVD que no han podido ser donados como consecuencia del acaecimiento de las circunstancias antes explicadas?

Teniendo en cuenta que. el cumplimiento de la obligación de la donación de los PVD se ha probado por parte de ENTerritorio mediante escrituras públicas, en aquellos casos en que no se cuenta con copia de dicha escritura ¿Cuál sería el mecanismo idóneo diferente a la copia de la misma, para evidenciar el cumplimiento de la obligación por parte de ENTerritorio?

Habida cuenta que existe un desacuerdo entre las partes sobre quién debe asumir el costo de la prueba del cumplimiento de la obligación de donación de PVDs. se solicita analizar quién debe asumir dicho costo: FonTIC con cargo al proyecto; ENTerritorio con cargo al proyecto o ENTerritorio con recursos propios.

Teniendo en cuenta que el plazo del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 ya finalizó, ¿Es posible que ENTerritorio liquide los contratos y/o convenios derivados o suscritos con ocasión del contrato interadministrativo mencionado, cuya liquidación no ha podido tener lugar hasta el momento dadas las circunstancias antes explicadas? De no ser así, ¿Con qué alternativas jurídicas no litigiosas cuentan FonTIC y ENTerritorio a ese respecto?

¿Sera viable acordar un plazo para el cumplimiento de obligaciones contractuales (relacionadas con donaciones y liquidación de la contratación derivada), antes de iniciar un proceso de

incumplimiento entre dos entidades estatales?

De considerarse viable un acuerdo entre las partes, ¿cuál sería el mecanismo o jurídico formal que contendría el detalle del acuerdo?

¿Se puede considerar el mencionado acuerdo entre las partes, como una facultad de la Administración para alcanzar la finalidad prevista en el contrato?. ¿Esto se podría entender como una manera de agotar todos los mecanismos antes de recurrir a la jurisdicción administrativa?

Teniendo en cuenta que el plazo del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 ya finalizó, y que el PVD de, Municipio de Guapi, Departamento del Cauca no pudo ser implementado por las razones ya explicadas, ¿Qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y ENTerritorio respecto de ese PVD?

Radicación interna 00002

Página 10 de 152

¿Se considera viable jurídicamente que se pague a ENTerritorio el costo de la infraestructura tecnológica que adquirió esa entidad, en cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como los costos asociados (bodegaje) para la implementación de un PVD en ese municipio, como consecuencia de las razones antes explicadas, y que podrían no ser atribuíbles a ENTerritorio?

En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa. ¿Puede el FonTIC recibir y disponer de esos bienes?

11 En caso de que la respuesta a la pregunta No. 9 sea negativa. ¿Qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y ENTerritorio a ese respecto<sup>7</sup>

¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro parcial de la Cuota de Gerencia a favor de ENTerritorio, descontando el valor por concepto de cuota de gerencia del PVD no implementado (GUAPI), o descontando parcialmente el valor únicamente por la instalación de ese PVD? Para dar respuesta a esta pregunta, se ruega tener en cuenta que la puesta en funcionamiento del PVD del municipio Guapi incluía la adquisición de elementos, y la instalación de la red eléctrica y de datos, la instalación del mobiliario y la señalética, más otras adecuaciones del sitio para implementar el PVD.

¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro de la Cuota de Gerencia a favor de ENTerritorio, descontando parcialmente el valor, por concepto de cuota de gerencia de las actividades del PVD que no se implementó ni donó y que corresponde al Municipio de GUAPI - Departamento del Cauca, así como también de los PVD que a la fecha de radicación de esta consulta no han sido donados, como consecuencia de las circunstancias antes explicadas?

Teniendo en cuenta el clausulado del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012, y lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente y aplicable, ¿Cuál sería el plazo de liquidación de dicho contrato interadm inltrattvo?".

## CONSIDERACIONES

Para absolver la consulta planteada, la Sala estima pertinente abordar los aspectos señalados con

el análisis y estudio de los siguientes temas; (i) Función Consultiva general de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y en especial la de emitir conceptos destinados a la prevención de eventuales litigios entre entidades públicas, contemplada en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA. (j) Síntesis del Caso, (iii) Entidades Públicas en controversia, iv) El Contrato interadministrativo. Sus características v) Contrato de Gerencia Integral de Proyectos. Noción general, vi) Contrato Interadministrativo núm 989/212039 del 1

Radicación interna- 00002

Página 11 de 152

de noviembre de 2012 celebrado entre FonTIC y ENTerritorio (antes Fonade). vii) Las controversias, viii) Alternativa jurídica para la solución de conflictos. La liquidación del contrato.

La función consultiva general de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y en especial la de emitir conceptos destinados a la prevención de eventuales litigios entre entidades públicas, contemplada en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA

En relación con la función consultiva en asuntos de administración y la posibilidad legislativa de asignarle al Consejo de Estado otras funciones, el artículo 237 de la Constitución Política de 1991 dispuso:

Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado.

[...]

3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de

administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

[-]

Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

[. ..] (Subraya la Sala).

Por su parte, la Ley Estatutana de la Administración de Justicia, la Ley 270 de 1996, confirió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en consonancia con el ordenamiento superior, las siguientes funciones que se

destacan en esta ocasión, entre otras:

Artículo 38. De la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

Absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional.

1-J

3. Revisar los contratos y conceptuar sobre las cuestiones jurídicas relativas al Servicio Civil, en los casos previstos por la ley

Radicación interna- 00002

Página 12 de 152

Ejercer las demás funciones que le prescriban ,a Constitución y la ley". (Subraya ,a Sala)

Como se aprecia, la ley estatutaria de ,a administración de justicia asigna expresamente a ,a Sala de Consulta y Servicio Civil la función de ser órgano consultivo del Gobierno Nacional en materias jurídicas generales o particulares, y también establece la posibilidad de que se le asignen otras funciones por parte de una ley ordinaria, debido a que la norma no hace distinciones en cuanto a ,a clase de ley. como tampoco las hace el numeral 6 del artículo 237 superior. Solamente sería una ley estatutaria si se refiriera a algún a de las materias con templadas en el artículo 152 de la Carta, que deben ser reguladas mediante esta clase de leyes.

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011, el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), establece las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el artículo 112. del cual se destacan los siguientes apartes:

Artículo 112. Integración y funciones de ia Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil estará Integrada por cuatro (4)

Magístrados. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.

La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

1. Absolver las consultas generales o particulares que le formule el

Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento

Administrativo.

Emitir concepto a petición del Gobierno Nacional, en relación con las

controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre

estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual

litigio.

[...]

Ejercer las demás funciones que le prescriban la Constitución y la ley.

Parágrafo 1°. Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil estarán amparados por reserva legal de seis (6) meses. Esta podrá ser prorrogada hasta por cuatro (4) años por e,

Gobierno Nacional. Si transcurridos los seis

Radicación interna 00002

Página 13 de 152

(6) meses a los que se refiere este párrafo el Gobierno Nacional no se ha pronunciado en ningún sentido, automáticamente se levantará la reserva.

En todo caso, el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo.

Parágrafo 2°. A invitación de la Sala, los Ministros, los Jefes de Departamento Administrativo, y los funcionarios que unos y otros requieran, podrán concurrir a las deliberaciones del Consejo de Estado cuando este haya de ejercer su función consultiva, pero la votación de los Magistrados se hará una vez que todos se hayan retirado. La Sala realizará las audiencias y requerirá las informaciones y documentación que considere

necesarias para el ejercicio de sus funciones. (Subraya la Sala).

La función que ha ejercido tradicionalmente la Sala de Consulta y Servicio Civil como órgano consultivo del Gobierno Nacional en asuntos de administración, ha sido la primera señalada en el artículo 112, la cual se ha desarrollado fundamentalmente con la finalidad principal de dar respuestas a problemas jurídicos, de carácter general o particular, planteados en la Administración Pública, pero también con el propósito de dar una orientación jurídica al Gobierno Nacional en la toma de decisiones respecto de determinados asuntos administrativos.

Precisamente sobre este tema, la Sala, en un pronunciamiento del 16 de febrero de 2011<sup>6</sup>, manifestó lo siguiente:

El artículo 237 de la Constitución Política le asigna al Consejo de Estado la función de actuar como cuerpo consultivo del Gobierno "en asuntos de administración". Esta función es desarrollada en el artículo 38-1 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, según la cual es atribución de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, "absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional."

Esta función consultiva en asuntos de administración constituye una herramienta constitucional de colaboración interinstitucional, orientada a que el Gobierno Nacional pueda contar con un criterio jurídico objetivo e independiente para el mejor cumplimiento de testareas administrativas a su cargo. En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con base en el ordenamiento vigente, conceptúa jurídicamente sobre asuntos o materias administrativas que el Gobierno debe resolver dentro de su autonomía para la buena marcha de la Administración.

De otra parte, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en un fallo de tutela del 5 de febrero de 2015<sup>7</sup>, hizo un

<sup>6</sup> Consulta Rad No. 11001-03-06-000-2011-00003-00 Numero interno 2047

<sup>7</sup> Acción de Tutela Radicación No 11001-03-15-000-2014-02268-00 (AC).

Radicación interna. 00002

Página 14 de 152

importante análisis en tomo a la función consultiva que cumple la Sala de Consulta y Servicio Civil, del cual resulta pertinente extraer los siguientes apartes.

[. . .) El artículo 237 de la Constitución Política establece que le corresponde al Consejo de Estado, entre otras cosas, desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (numeral 1º) y actuar como supremo cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de administración (numeral 3º). Tales competencias constitucionales son ejercidas, de una parte, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y, de la otra, por la Sala de Consulta y Servicio Civil. Las mismas han sido denominadas\* como «administración activa» o «administración consultiva» y «administración consultiva» o «administración consultiva», respectivamente.

Ahora bien, en ejercicio de la función de «administración consultiva», le corresponde al Consejo de Estado «[actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.»<sup>6</sup> Tal función es ejercida por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en los términos expuestos en los artículos 112 de la Ley 1437 de 2011 (98 del C.C.A.); 237. numeral 3º de la Constitución Política; 38. numeral 1 de la Ley 270 de 1996 (L.E.A.J) y 21” del Acuerdo No. 058 de 1999 -Reglamento Interno-.

El ejercicio de aquella competencia implica, entre otras cosas, la potestad para, (i) absolver consultas propiamente dichas; (ii) realizar estudios específicos sobre una materia de interés para la administración pública; (iii) revisar o preparar proyectos de ley o de códigos; y (iv) resolver conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada.

**<sup>s</sup> Nota del citado fallo de tutela de la Sección Cuarta HAURIU, Maurice Précis de Droit Administratif Novena Edición Paris 1927 Citado por Gérard Marcou en La Fonction Consultative Juridique Centrale, Approche de Droit Compare Artículo contenido en el texto Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la jurisdicción Contencioso Administrativa Bogotá 2008 Págs 247 a 269**

<sup>J</sup> Nota ídem: Artículo 237. numeral de la Constitución Política.

Nota Idem. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado

<sup>”</sup> Nota ídem: «ARTICULO 21 FUNCIONES La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

1 Absolver las consultas Jurídicas generales o particulares, que formule el Gobierno Nacional por conducto de los ministros o directores de departamento administrativo.

Preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende el Gobierno Nacional. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso

Conceptuar sobre las cuestiones jurídicas relativas al Servicio Civil, en los casos previstos por la ley f. )»

Los conceptos que emite la Sala de Consulta y Servicio Civil, a su vez, se dictan para lo siguiente: (i) absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo - artículo 112.1. del C.P.A.C.A. (tí) sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional - artículo 121.6 (Sic, es 112.6) ibídem -, y (iii) en relación con las controversias que se presenten en (Sic) entre entidades del nivel nacional, o entre éstas y entidades del nivel territorial, siempre que el Gobierno Nacional se lo solicite - artículo 112.7 Ibídem Es del caso precisar que en el sub examine lo que se demanda es el concepto emitido frente a una consulta formulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para los efectos de esta decisión, resulta importante precisar, por una parte, que los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no cumplen funciones jurisdiccionales y, por la otra, que los conceptos que esta emite, por regla general<sup>2</sup>, no son vinculantes, tal y como lo establece el inciso 2° del artículo 112 del C.P.A.C.A. - 98 del

C.A -

M

Estos conceptos no son vinculantes, además, porque que no son dictados en ejercicio de la función judicial y tampoco contienen la voluntad de la administración o la manifestación de alguna función administrativa; en otras palabras, debido a que no son providencias judiciales ni actos administrativos propiamente dichos son la manifestación de las opiniones técnico-jurídicas de una autoridad investida de funciones

asesoras o consultivas<sup>13</sup> y. como tal. no tienen la entidad suficiente para

definir o modificar una situación jurídica concreta, así como tampoco la tiene para definir algún derecho subjetivo particular (Individual o colectivo).

Y se dice que no son actos administrativos<sup>14</sup> porque no contienen la expresión de la voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de función administrativa, así como tampoco modifican el ordenamiento

Nota ídem Respecto de las excepciones, veí. entre otros, a Luis Fernando Alvarez Jaramillo La Evolución Legal Orgánica y funcional de la Función Consultiva en el Pasado Reciente y las Propuestas para su Fortalecimiento Artículo contenido en el texto Memorias del Seminario Franco- Colombiano sobre la Reforma a la jurisdicción Contencioso Administrativa Bogotá. 2008 Págs 329-330.

<sup>ta</sup> Nota ídem Cfr STASSINOPOULOS. Michel D Tratado de los Actos Administrativos. Traducción de Mario Rodríguez Monsalve. Página 112.

<sup>M</sup> Nota ídem- La Sala no desconoce la existencia de otros conceptos que incluyen la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo como constitutivos del acto administrativo Ver entre otros, a Eduardo García de Enterría Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 16<sup>a</sup> Edición (Reimpresión). Editonal Thomson Reuters España 2014. Pag. 591. Sin embargo, la

Sección adóptala concepción clásica del acto administrativo y a ella se remite únicamente para los efectos de esta sentencia y de este caso en concreto

Radicación interna 00002

Página 16 de 152

jurídico, es decir, que no crean, extinguen o modifican ninguna situación jurídica específica<sup>15</sup>. Súmese a lo expuesto que los conceptos que emite la autoridad demandada no están dotados de los atributos propios de un acto administrativo, esto es. la presunción de legalidad, la ejecutividad, la ejecutoriedad, la impugnabilidad y la revocabilidad. En consecuencia, no pueden recibir aquella denominación y, mucho menos, puede pensarse que produzcan los mismos efectos jurídicos de un acto administrativo.

En suma, se puede concluir lo siguiente (i) que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es el máximo órgano consultivo del Gobierno Nacional; (ii) que a este órgano consultivo se le pueden solicitar, entre otras cosas conceptos generales o particulares; (iii) que la legitimidad en la causa por activa para solicitar aquellos referidos conceptos la tienen los Ministros del despacho y los Directores de Departamento Administrativo; (iv) que los conceptos previamente referidos no son providencias judiciales y tampoco actos administrativos, y (v) que estos conceptos no son vinculantes para la entidad que lo solicita y, mucho menos, para los particulares.

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), estableció en el artículo 112 citado en precedencia, dentro de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la prevista en el numeral 7, que se enmarca dentro de su competencia de ser el órgano consultivo del Gobierno Nacional en materia

administrativa y se refiere al campo específico de controversias entre entidades públicas, numeral que dice así

7 Emitir concepto a petición del Gobierno Nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio”- (Subrayado de la Sala).

Como se observa, el ejercicio de esta función se presenta como desarrollo de la función consultiva del Consejo de Estado y conduce a la expedición de un «concepto», el cual, por consiguiente, tiene los siguientes efectos legales:

1º) No tiene carácter vinculante, conforme lo establece el inciso segundo del

citado artículo 112, debido a que el concepto es resultado del ejercicio de la función asesora como se ha indicado, no se trata de un pronunciamiento judicial ni de un acto administrativo.

2º) Tiene carácter reservado en los términos del párrafo 1º de dicho artículo.

<sup>15</sup> Nóla ídem Cír Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” Providencia del 4 de marzo de 2010 Expediente No. 11001-03-25-000-2003-00360-01 Radicado Interno No 3875-03. C P Dr Alfonso Vargas Rincón

Radicación interna; 00002

Ahora bien, el propósito perseguido con el ejercicio de esta función como bien se indica en la norma, es que la Sala pueda estudiar y analizar las controversias planteadas para brindar al Gobierno Nacional, las herramientas y elementos necesarios y suficientes para que las entidades involucradas puedan dar por terminadas sus discrepancias presentadas y prevenir de esta manera que se traben un litigio.

Precisamente, sobre esta función consultiva especial, el exConsejero de Estado de la Sala, y exintegrante de la Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo, el doctor Enrique José Arboleda Perdomo, ha expresado lo siguiente:

La nueva atribución del numeral 7 surgió como consecuencia de la experiencia de los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, pues es frecuente que cuando hay diferencias entre organismos o entidades públicas se solicite un concepto y que éste sea acatado por las entidades en conflicto. En un primer momento, esta experiencia se planteó en la Comisión de Reforma, y se consideró que debería ser obligatorio y reemplazaría la conciliación ante el Ministerio Público como un requisito de procedibilidad de las demandas entre organismos y entidades públicas.

Esta propuesta inicial tuvo como soporte una tesis muy debatida que es interesante plantear y que consiste en sostener la unidad del Estado como institucionalización del poder político con todas las funciones,

atribuciones, fines, principios y valores que le son propios, de donde

se desprende que su organización en personas jurídicas es meramente instrumental, y por lo mismo entre ellas no puede haber intereses contrapuestos; de manera que no es posible que entre las mismas haya demandas judiciales, pues los conflictos que se presenten entre los organismos deben ser decididos en forma administrativa y no judicial,

tomando como criterio la conveniencia pública común y no a partir de

la posible existencia de intereses o derechos subjetivos en cabeza de

cada entidad pública particularmente considerada. Como se puede

suponer, primó una concepción diferente que entiende que las personas jurídicas públicas son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones con todas sus consecuencias, dentro de ellas la posibilidad de tener intereses contrapuestos que deben ser decididos judicialmente. Esta tesis se basó además en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales, que los ha reconocido a las personas Jurídicas de derecho público. Con base en estos razonamientos, en el curso de los diferentes debates, la Comisión de Reforma adoptó la fórmula que se comenta, en la que el concepto del Consejo de Estado se emite a petición del Gobierno Nacional, con la finalidad de precaver un eventual litigio<sup>16</sup>. (Resaltado y subrayado de la Sala).

**Arboleda Perdomo. Enrique José Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo) y de lo Contencioso Administrativo. Legis Editores. 2ª edición actualizada Bogotá 2012 pagina 193**

Radicación Interna 00002

Resulta oportuno observar que esta función de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que ciertamente no se encontraba en el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley No. 1 de 1984), se propuso dentro de las iniciativas de reforma en el sentido de fortalecer las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>16 17</sup> como órgano supremo consultivo del Gobierno Nacional.

Esta función, por su importancia, fue objeto de debate en la Comisión para la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>18</sup>, creada por el Decreto 4820 de 2007. la cual elaboró el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, siendo finalmente aprobada por la Comisión y luego por el Congreso de la República.

Por lo tanto, conforme al numeral 7 del referido artículo 112 del CPACA. la Sala asume la competencia para conocer de las solicitudes (i) a petición del Gobierno Nacional; (ij) en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial; (iii) con el fin de precaver un eventual litigio.

En el presente caso, se cumple con todos los supuestos de la norma, por lo siguiente;

**<sup>17</sup> Ver por ejemplo, el Documento de Trabajo - Paipa 1. correspondiente al Seminario realizado en esa ciudad los días 12, 13 y 14 de febrero de 2008, en el cual los Consejeros de Estado analizaron el tema de redefinir el alcance de la función consultiva y asignar nuevas competencias a la Sala de Consulta y Servicio Civil, en desarrollo del artículo 237 numeral 3 de la Constitución y el asunto de los procesos entre entidades públicas para tíeterminarsi cuando estas fueran de diferente orden administrativo, la Sala debiera expedir un concepto para definir, conforme a derecho, cómo debía solucionarse el conflicto En dicho documento se señaló lo siguiente «Constilucionalmente es importante conservar y consolidar la función consultiva del Consejo de Estado. Se debe fortalecer la Sala de Consulta, pero no deben atribuírsele funciones administrativas ni judiciales, ni otorgarle a los conceptos el carácter de vinculantes. Se pueden enumerar los casos en los cuales sea obligatona la consulta, pero el proyecto, estudio o concepto debe seguir siendo no vinculante (proyectos de decretos legislativos, decretos, tratados, reformas a la Constitución, elaboración de Códigos)» Consejo de Estado. Sata de Consulta y Servicio Civil. Consejo Supenor de la Judicatura Sala Administrativa, y Ministerio de Justicia y del Derecho, Memorias de la Ley 1437 de ;011. Volumen III. Parte A Pagina 476. imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2014**

<sup>16</sup> Ver por ejemplo, las sesiones de Sala Plena del 20 y 25 de enero de 2010. En la primera de estas, el Dr. Willlam Zambrano Cetina. Consejero de Estado en ese entonces, hizo, entre otros

planteamientos, los siguientes: «Ahora bien, (. J, este numeral 7 fue una idea que surgió de las conversaciones con el Gobierno, a raí2 de la preocupación del creciente número de entidades

públicas que se demandan unas a otras, debido a que no resulta lógico que eso suceda. Se trata de una situación que congestiona la Jurisdicción Administrativa. Obviamente hay unos matices a nivel de las relaciones con las entidades terntoriales. porque allí son muchos casos, patrimonios distintos etc De hecho, en las revisiones que hemos hecho la pregunta es si no debe quedar la norma al nivel nacional Pero en todo caso ello se hace para evitar precisamente que eso se llegue a convertir en un litigio ante la Jurisdicción. En las controversias que se presentan entre entidades públicas, éstas por lo general, se alienen a lo que diga la Sala de Consulta, y al hacerlo, está evitándose que ello se convierta en un litigio». Ob cit Página 486

Radicación interna: 00002

Página 19 de 152

(i) La solicitud de concepto es formulada por el Gobierno Nacional<sup>1</sup>®, en la medida en que la presentaron la Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Directora del Departamento Nacional de Planeación. acompañadas por la Gerente General de ENTerritorio.

(ji) Las controversias que se presentan son entre entidades del nivel nacional, como el FonTIC y ENTerritorio. por causa de la ejecución del contrato interadministrativo No. 989FonTIC/212039FONADE que se suscribió el 1° de noviembre de 2012.

(iii) Las partes formularon a la Sala una serie de Interrogantes, con fundamento en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA antes transcrito, con la finalidad de prevenir un posible litigio judicial entre las entidades publicas en comento y así lo indicaron expresamente en la solicitud de concepto.

Se destaca también, que si bien la norma mencionada no lo exige, concurren a la formulación de la consulta las entidades públicas concernidas por la controversia. a través de sus representantes, la Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones como representante legal del FonTIC y la Gerente General de ENTerritorio.

Resulta oportuno observar que para el desarrollo de esta función que constituye en realidad, una labor de justicia preventiva, las partes deben aportarlas pruebas del caso y la Sala de Consulta y Servicio Civil puede realizar audiencias para escucharlas y requerir de ellas las informaciones y los documentos que sean necesarios, de conformidad con las facultades otorgadas expresamente por el parágrafo 2° del artículo 112 del CPACA. lo cual se ha cumplido en el presente procedimiento.

Igualmente, conviene precisar que el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil se refiere tanto a señalar el mecanismo jurídico de arreglo entre las partes, de acuerdo con la normativa aplicable al caso planteado, como también las posibles soluciones que sean procedentes jurídicamente frente a las controversias presentadas, de conformidad con los hechos, el análisis y la valoración de las pruebas aportadas, las estipulaciones contractuales y la normativa y la jurisprudencia pertinentes, debido a que la finalidad que se desprende del citado numeral 7 del artículo 112 del CPACA. es la de encontrar soluciones a las controversias planteadas por las partes dentro del marco del ejercicio de la función consultiva otorgada al Consejo de Estado.

Constitución Política. Artículo 115 «El Presidente de la República es Jefe del Estado. Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. El Gobierno Nacional está formado por el Presidente» de la República. Iqs \_mlnjstrg§...det , despacho, y. los directores de, departamentos administrativos El Presidente y el Ministro a Director de Departamento correspondientes en cada negocio particular constituyen el Gobierno |» (Resallado y subrayado de la Sala).

Radicación interna. 00002

Página 20 de 152

Adicionalmente, es importante advertir que la función de emitir conceptos a petición del Gobierno Nacional sobre temas generales o particulares comprende conceptos relacionados inclusive con controversias que se presenten entre entidades nacionales o entre éstas y entidades

del nivel territorial, independientemente de que exista o no un proceso Judicial en curso.

Lo anterior, por cuanto la ley no establece esta limitación a la función consultiva para que la Sala de Consulta y Servicio Civil pueda ejercer la establecida en el numeral 1 del artículo 112 del CPACA. esto es. «absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo».

En consecuencia, la Sala encuentra procedente resolver la presente solicitud de concepto sobre la base de lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 112 del CPACA.

Finalmente, en este acápite, es necesario mencionar que de acuerdo con la información suministrada por las partes, hasta la actualidad, no cursa ningún proceso judicial entre ellas por causa de las controversias planteadas en la presente solicitud de concepto.

Síntesis del caso

**Se estima procedente presentar en forma sucinta los aspectos sobre los cuales recaen las diferencias entre FonTIC y ENTerritorio (antes Fonade), con ocasión de la ejecución de, contrato interadministrativo 989/212039 del 1 de noviembre de 2012, y en consecuencia, establecer los asuntos sobre los cuales se centrará el análisis de la Sala en el presente concepto, con el propósito de brindara las partes los elementos necesarios y suficientes que les permitan dar por terminadas sus diferencias y evitar eventuales litigios.**

En ese sentido es preciso anotar que el 1 de noviembre de 2012. FonTIC y ENTerritorio (antes Fonade) celebraron e, contrato interadministrativo num. 989/212039, denominado «Gerencia Integra, de Proyectos», cuyo objeto era la instalación y puesta en funcionamiento de 499 Puntos Vive Digital (PVD) en todo e, país.

Con ocasión de la celebración de dicho contrato interadministrativo, ENTerritorio celebró 13 contratos derivados para hacer viable la instalación y puesta en funcionamiento de la infraestructura técnica y operativa de los PVD, y asimismo celebró 365 convenios interadministrativos con los entes territoriales beneficiarios de la instalación de los PVD.

Radicación Interna 00002

Página 21 de 152

Como se ha señalado, durante la ejecución del contrato surgieron algunas discrepancias en relación con el cumplimiento de algunas de las obligaciones pactadas, las cuales se refirieron a los siguientes temas-

Implementación del PVD en el municipio de Guapi (Cauca)

FonTIC estima que ENTerritorio no cumplió con la obligación de instalar y poner en funcionamiento el PVD correspondiente al municipio de Guapi (Cauca, y por consiguiente no habría dado cumplimiento al numeral 3 de la cláusula cuarta del contrato interadministrativo antes citado. ENTerritorio por su parte, manifestó que dicha circunstancia obedeció al incumplimiento de requerimientos técnicos mínimos que debía atender el municipio de Guapi para hacer viable la instalación del PVD asignado y en consecuencia, dicho hecho no era de su responsabilidad

Sobre este punto, debe señalarse que las preguntas formuladas a la Sala están encaminadas a

establecer quién debe asumirla responsabilidad derivada de la no instalación del PVD en el mencionado municipio, las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de tal circunstancia y cómo deben proceder las partes finalizado el contrato.

Para atender las inquietudes, la Sala estima procedente referirse al alcance del contrato de gerencia integral de proyectos, así como al contenido del contrato interadministrativo suscrito entre las partes en la medida en que es este documento el que determina las obligaciones de las partes. Asimismo analizará la documentación aportada para establecer la gestión adelantada por ENTerritorio. y por los entes territoriales beneficiarios de los PVD.

Donación de la infraestructura de Puntos Vive Digital (PVD) en varios municipios

Sobre el acto jurídico de la donación. FonTIC señaló que ENTerritorio no cumplió con tal obligación respecto de PVD de varios municipios, en tanto no se firmaron las escrituras públicas requeridas para que se considerara perfeccionada la donación.

Al respecto. ENTerritorio indicó que tal omisión se debió a que los municipios no atendieron de manera oportuna, los trámites requeridos para la elaboración y firmas de las escrituras públicas requeridas hechos que no le pueden ser imputados y que no eran de su responsabilidad.

En tomo a este aspecto, se preguntó a la Sala, cuáles podrían ser los soportes jurídicos, diferentes de las escrituras públicas, que acreditarían la donación de los PVD.

Para dar respuesta a esta inquietud, la Sala se referirá al acto jurídico de la donación, a los requisitos legales previstos para su perfeccionamiento. Asimismo

Radicación interna: 00002

Página 22 de 152

evaluará las obligaciones del contrato en relación con esta materia y la documentación aportada frente a estos hechos.

Costos de la prueba del acto jurídico de la donación

FonTIC reclama de ENTerritorio la entrega de las soportes del acto jurídico de la donación, inicialmente respecto de 63 PVD.

ENTerritorio señaló que dicha obligación no se estipuló y por ende no le corresponde acreditar, ni asumir el costo de la prueba del acto jurídico de donación de los PVD.

Sobre el particular, se solicitó a la Sala definir quién debe cumplir dicha obligación y por consiguiente, establecer quién debe asumir el costo derivado de la obtención de la prueba del acto jurídico en comento,

Donación de (as impresoras y su acreditación

FonTIC señaló que ENTerritorio no cumplió con la obligación de donar las impresoras que forman parte de los PVD por cuanto no se formalizó su entrega a través de escritura pública.

ENTerritorio manifestó que la entrega de las impresoras fue pactada en una de las modificaciones del contrato Interadministrativo, es decir con posterioridad a la celebración del acuerdo de Instalación y puesta en funcionamiento de los PVD. Asimismo señaló que la entrega

de las impresoras no requería de ,a formalización de la escritura pública por cuanto no se estipuló dicha obligación. En todo caso, precisó que hizo entrega de la totalidad de las impresoras a los entes territoriales, según se puede ver en las actas que se anexaron.

En relación con las posiciones Jurídicas de las partes, la Sala solicitó información adicional para verificar los hechos relacionados con este aspecto, y encontró que dicha controversia fue resuelta, tal y como se detallará más adelante.

#### Liquidación de los contratos

FonTIC señaló que ENTemtorio no cumplió con la obligación de liquidar la totalidad de los contratos derivados, en la medida en que no ha liquidado el contrato celebrado con NEC de Colombia. Asimismo, que no ha liquidado la totalidad de los convenios interadministrativos y que no ha presentado los soportes que permitan evidenciar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones para liquidar el contrato interadministrativo 989/212039.

Al respecto, ENTemtorio señaló que no se ha realizado la liquidación del contrato con NEC de Colombia por cuanto está pendiente resolver lo relacionado con la

Radicación interna. 00002

Página 23 de 152

instalación del PVD en e, municipio de Guapi. En relación con los convenios interadministrativos señaló que no se han podido liquidar por hechos imputables a los entes temtonales.

Sobre este aspecto, se consulta a la Sala acerca de la procedencia y términos en que debería adelantarse la liquidación de los contratos derivados y de los convenios interadministrativos suscritos con las entidades territoriales, así como sobre e, término para llevar a cabo la liquidación del contrato interadministrativo núm. 989/212039 del 1 de noviembre de 2012. celebrado entre FonTIC y ENTerritorio (antes Fonade).

En ese sentido, la Sala abordará además de la regulación aplicable, ,o estipulado en el contrato interadministrativo, en los contratos derivados y en los contratos interadministrativos con los entes territoriales. Asimismo, la documentación aportada frente a estos hechos.

#### Problema jurídico

Para atender ,a solicitud de concepto formulada, la Sala considera importante establecer la solución que permita a las partes resolver sus controversias y determinar el alcance de sus obligaciones de manera acorde con las estipulaciones de, contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012

#### Entidades públicas en controversia

El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC). hoy Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC)

Como se ha señalado, e, T de noviembre de 2012. FonTIC suscribió con ENTerritorio (antes Fonade) el Contrato Interadministrativo No. 989/212039, para la realización de la gerencia integral del proyecto de planeación. implementación y operación de los Puntos Vive Dígita, Fase

1 para la extensión de ,a red Internet en el país.

En esa fecha se encontraban vigentes los artículos 34, 35, 38 y demás con cordan tes de ,a Ley 1341 de 2009<sup>20</sup>. que se referían al citado fondo.

El artículo 34 determinó que el antiguo Fondo de Comunicaciones pasaría a llamarse Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC), y que su naturaleza jurídica sería la de una Unidad Administrativa Especial, de,

<sup>20</sup> Ley 1341 del 30 de julio de 2009. «Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC. se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones >•

Radicación Interna: 00002

Página 24 de 152

orden nacional dotada de personería jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En relación con su objeto, la norma señaló que sería el de financiarlos planes, programas y proyectos para facilitar prioritariamente el acceso universal, y del servicio universal cuando haya lugar, a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por parte de todos los habitantes del territorio nacional.

El artículo 35 de la citada Ley estableció las funciones del FonTIC, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

1 Financiar planes, programas y proyectos para promover prioritariamente el acceso universal, y del servicio universal cuando haya lugar a ello, a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los segmentos de población de menores ingresos.

[...]

Financiar planes, programas y proyectos para promover el acceso de los ciudadanos a servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y para la masticación del gobierno en línea.

Financiar y establecer planes, programas y proyectos que permitan masticar el uso y apropiación de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Apoyar económicamente las actividades del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y de la Agencia Nacional de Espectro, en el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones. [ .]

Ahora bien, el propósito de masificarla conectividad y extender las tecnologías de la información y las comunicaciones a la gran mayoría de habitantes del país para llegar hasta las regiones más apartadas de, país, se plasmó expresamente en el artículo 38 de la Ley 1341 de las TIC así:

Artículo 38. Masificación del uso de las TIC y cierre de la brecha digital. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, revisará, estudiará e implementará estrategias para la masificación de la conectividad, buscando sistemas que permitan llegar a las regiones más apañadas del país y que motiven a todos los ciudadanos a hacer uso de las TIC,

Parágrafo. Las autoridades territoriales implementarán los mecanismos a su alcance para gestionar recursos a nivel nacional e internacional, para apoyar la masificación de las TIC, en sus respectivas jurisdicciones.

Radicación interna- 00002

Página 25 de 152

Adicionalmente, los documentos CONPES 3032 de 1999, 3072 de 2000. 3171 de 2002. 3457 de 2007 y 3670 de 2010 determinaron que el Programa Compartel sería el ejecutor de las políticas de telecomunicaciones sociales en Colombia

Fue precisamente en desarrollo de tales propósitos y funciones, que el FonTIC en el marco del Programa Compartel. celebró el mencionado contrato interadministrativo con Fonade. hoy ENTemtorio el 1° de noviembre de 2012. para instalar y poner en funcionamiento 499 Puntos Vive Digital (PVD) en la Fase 1. y de esta forma extender la cobertura del servicio de Internet a una gran parte del país.

Ahora bien, la reciente Ley 1978 del 25 de julio de 2019<sup>21</sup>. modificó el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el cual pasó a denominarse Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y a éste se integraron los recursos económicos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FonTV) de que trataba la Ley 1507 de 2012<sup>a2</sup>

El refendo Fondo conservó su naturaleza jurídica de Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica y patrimonio propio, y continuó lógicamente adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

A su objeto se le añadieron los compromisos de «[...] garantizar el fortalecimiento de la televisión pública, la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público y cultural, y la apropiación social y productiva de las TIC [ .)» con las consiguientes funciones.

Es así como el artículo 34 de la Ley 1341 de 2009. con las modificaciones que le introdujo el artículo 21 de nueva Ley 1978 de 2019, quedó del siguiente tenor

Artículo 34. Creación del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. <Artículo modificado por el artículo 21 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguientes El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC), se denominará Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Los recursos del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones conformarán una cuenta especial a la que se le Integrará

• Ley 1978 del 25 de julio de 2019 «Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones»

<sup>22</sup> Ley 1507 del 10 de enero de 2012. derpQada por et articulo 51 de la Lev 1978 de 2019 «Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia televisiva y se dictan otras disposiciones ». (Subrayado de fa Sala)

Radicación interna. 00002

Página 26 de 152

el Fondo para e, Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FonTV) de que trataba la Ley 1507 de 2012. Los derechos, el patrimonio y los recursos de FonTIC y de FonTV harán parte de, Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a partir de ,a entrada en vigencia de ,a presente ley. Esto incluye la cesión de la posición contractual administrativa y judicial de FonTIC y de FonTV.

El objeto del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones es financiar los planes, programas y proyectos para

facilitar prioritariamente el acceso universal y el servicio universal de todos

los habitantes del territorio nacional a las Tecnologías de la Información y

las Comunicaciones, garantizar el fortalecimiento de la televisión pública, la promoción de ,os contenidos multiplataforma de interés público y cultural, y la apropiación social y productiva de las TIC, as, como apoyar las actividades del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro, y el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones. (...)

Parágrafo 1°. Son principios del Fondo Unico de Tecnologías de la información y las Comunicaciones.

a) Especializar su inversión en la masificación dei acceso, uso y

apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y

cerrar ia brecha digital, asi como en la promoción de contenidos

multiplataformas. [...] (Subrayado de la Sala).

E, artículo 35 de ,a Ley 1341 de 2009 fue modificado pore, articulo 22 de la nueva Ley 1978 de 2019. para establecerle al Fondo, entre otras, las siguientes funciones

Articulo 35. Funciones del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. <Artícu,o modificado por el articulo 22 de la Ley 1978 de 2019 El nuevo texto es e, siguientes El Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá las siguientes funciones:

Financiar planes, programas y proyectos para promover prioritariamente

el acceso universal a servicios TIC comunitanos en zonas rurales y

urbanas que priorice la población pobre y vulnerable.

Financiar planes, programas y proyectos para promover el servicio

universal a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,

mediante incentivos a la oferta o a la demanda en los segmentos de

población pobre y vulnerable, así como zonas rurales y zonas geográficamente aisladas.

Radicación interna. 00002

Página 27 de 152

Financiar planes, programas y proyectos para promover el desarrollo de contenidos multiplataforma de interés público que promuevan la preservación de la cultura e identidad nacional y regional, incluyendo la radiodifusión sonora y la televisión, mediante el desarrollo de esquemas concursables para la promoción de contenidos digitales, por parte de compañías colombianas, incorporando criterios diferenciales que promuevan el acceso por parte de micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME) productoras audiovisuales colombianas.

Financiar proyectos para promover el desarrollo de contenidos multiplataforma de interés público que promuevan la preservación de la cultura e identidad nacional y regional, mediante el desarrollo de esquemas concursables para la promoción de contenidos digitales multiplataforma por parte de los operadores del servicio de televisión regional.

Financiar planes, programas y proyectos para promover el desarrollo de contenidos, aplicaciones digitales y em prendimientos para la masificación de la provisión de trámites y servicios del Estado, que permitan implementar las políticas de Gobierno Digital y de Transformación Digital Pública.

Financiar y establecer planes, programas y proyectos que permitan masificar la apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el fortalecimiento de las habilidades digitales, con pñondad para la población pobre y vulnerable.

**1 Financiar y establecer planes, programas y proyectos para desarrollar contenidos y aplicaciones de interés público, con enfoque social en salud, educación y apropiación productiva para el sector rural.**

8. Apoyar económicamente las actividades del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y de la Agencia Nacional de Espectro, en el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones.!...). (Subrayado de la Salaj.

En síntesis, el FonTIC suscribió el referido contrato interadministrativo con el entonces Fonade. hoy ENTerritorio. en cumplimiento de su labor misional de extender las tecnologías de la información y las comunicaciones, en esle caso, el servicio de Internet a través de los Puntos Vive Digital de la Fase 1, a una gran parte del país, labor que debe continuar como Fondo Unico de las TIC en desarrollo de la nueva ley.

La Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio), antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade)

La Sala se ha referido en vanas ocasiones a la naturaleza jurídica, el objeto, las funciones, la

contratación y a circunstancias especiales del entonces Fondo

Radicación interna: 00002

Página 28 de 152

Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade). a través de los Conceptos 1773 del 4 de octubre de 2006. 1881 del 30 de abril de 2008 2135 del 9 de abril de 2013, 2271 del 10 de mayo de 2016 y 2299 del 12 de diciembre de 2017.

En efecto, mediante el Concepto núm. 2135 del 9 de abril de 2013<sup>23</sup>, la Sala expuso la naturaleza jurídica y el objeto de Fonade. desde su creación en 1968, así:

[...] FONADE, como persona jurídica pública<sup>24 25</sup>, fue creado por el Gobierno Nacional mediante el decreto 3068 de 1968, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas por la ley 65 de 1967. como un establecimiento público denominado Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación. con autonomía administrativa y patrimonio propio, y cuya función era financiar a entidades de derecho público o privado los estudios mencionados en el artículo 1° del citado decreto.

Luego se reestructuró mediante el decreto 2168 de 1992. expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las atribuciones otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, pasando a ser una «Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo»<sup>5</sup>

Posteriormente las disposiciones de este decreto fueron incorporadas en la Parte Décima<sup>2\*</sup>. Capítulo XII, artículos 286 a 289 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), expedido por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 663 de 1993.

Más adelante el Decreto 288 de 2004 modificó la estructura de Fonade, pero conservó su denominación y su naturaleza como empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero

En relación con su objeto, el artículo 2° del Decreto 288 de 2004 estableció que «[...] tiene por objeto principal ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas».<sup>1</sup>

Este concepto es relevante para el presente caso, en la medida en que para dicha fecha todavía se encontraba en ejecución el contrato interadministrativo No. 989/212039 suscrito el 1° de noviembre de 2012 entre FonTIC y Fonade

<sup>24</sup> Aunque Fonade ya existía previamente, no era una entidad pública, sino una cuenta creada por el Departamento Nacional de Planeación. con base en la autorización otorgada por el Decreto 2080 de 1967, como lo manifestó la Sala en el concepto núm. 1773 del 4 de octubre de 2006.

<sup>25</sup> Artículo 1° del Decreto 2168 de 1992

«Entidades con regímenes especiales»

Con esta norma se amplió el objeto de Fonade Antes el artículo 2° del Decreto 2168 de 1992 solamente se refería a \*(.) la financiación y administración de estudios, y la coordinación de la

fase de preparación de proyectos de desarrollo | )»

Radicación misma 00002

Página 29 de 152

En desarrollo de este objeto, e, artículo 3 del decreto 288 de 2004 dispuso que FONADE podría realizar las siguientes actividades específicas

-Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.

-Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta.

**-Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo.**

-Realizar operaciones de crédito externo o interno.

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

-Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos.

-Realizar operaciones de financiamiento no reembolsable con recursos del presupuesto nacional o con utilidades liquidadas asignadas a la entidad.

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

-Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.

-Prestar servicios de asesoría, estructuración y reestructuración financiera y de banca de inversión.

-Impulsar la consultoría nacional en sectores vinculados con e, desarrollo. -Realizar inversiones de portafolio con los recursos que reciba en desarrollo de su objeto social.

-Manejar las cuentas en moneda nacional o extranjera que requiera para su operación o para el desarrollo de los proyectos que ejecute o administre, y -Las demás que ,e sean asignadas<sup>2\*</sup> (Subrayado de la Sala).

Luego, en el mismo concepto, la Sala hace un detallado análisis normativo y doctrinal para señalar que «Las razones expuestas llevan ala Sala a concluirque el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE es una entidad o institución

financiera de carácter público»

En el año de 2019, e, Gobierno Nacional determinó modificarla denominación y la estructura de Fonade en el marco de la estrategia de fortalecimiento institucional y \*\*

Mediante el Decreto 961 de 2005, el Gobierno Nacional añadió una nueva función a Fonade, consistente en asociarse con personas privadas, o constituir cualquier tipo societario, bajo las condiciones previstas en ese decreto, para promover, fomentar y ejecutar proyectos de desarrollo turístico con beneficios económicos y sociales. Aunque dicho decreto no se encuentra vigente, las normas del mismo fueron incorporadas en los artículos 10.6.1.1.1 a 10.6.1.1.8 del Decreto 2555 de 2010 «Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones» \*

Radicación interna 00002

Página 30 de 152

modernización para la descentralización, contenida en las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022<sup>28 29</sup>.

Es así como el Gobierno Nacional expidió el Decreto 495 del 20 de marzo de 2019, «Por el cual se modifica la denominación y estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), y se dictan otras disposiciones», el cual en su artículo 1° establece lo siguiente

Artículo 1°. Denominación, Naturaleza y Domicilio. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade). Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera, se denominará, en adelante.. Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial

(ENTerritorio) y tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.

A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, todas las referencias y/o disposiciones legales o reglamentarias vigentes relacionadas con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), se entenderán hechas a la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio).

En síntesis, Fonade conforme a su naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero y en desarrollo de su objeto y funciones, suscribió con el FONOTIC el 1° de noviembre de 2012, el referido contrato interadministrativo de gerencia integral de proyectos.

<sup>28</sup> En efecto, la Ley 1955 de 2019 «Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad», contempló en el Documento de Bases de dicho Plan, varios títulos, dentro de los cuales está el «XVI Pacto por la descentralización conectar territorios, gobiernos y poblaciones», el cual trae el capítulo »D. Gobiernos territoriales capaces y

efectivos: fortalecimiento institucional y modernización para la descentralización efectiva y responsable» Este contiene el literal d) que establece precisamente la reestructuración de Fonade en estos términos «d) Reestructuración del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE). Bajo el liderazgo del DNP se desarrollara una reestructuración del FONADE (Nota: Como parte de la reestructuración de la entidad, esta cambiara de nombre a ENTerritorio), para convertirlo en una entidad estructuradora y formuladora de proyectos de alta calidad para las regiones con el propósito de ser financiados con recursos de las entidades territoriales. fuentes

nacionales y con recursos de cooperación internacional o bajo la figura de APP La transformación de Fonade estará orientada a reposicionar el fondo como el brazo técnico de apoyo a los gobernadores y alcaldes en la formulación y estructuración de sus proyectos así como de macroproyectos a nivel de regiones y subregiones, para lo cual se fortalecerá la asistencia técnica territorial. De igual manera, esta entidad promoverá la conformación de una Red de Estructuradores de Proyectos y Red de Formadores, mediante la habilitación del sector académico, empresarial y de profesionales, previa certificación, para participar del desarrollo regional a través del fortalecimiento de capacidades, lo que incluye capacitaciones, tutorías asistencias técnicas y estructuración de proyectos». (Diarro Oficial No. 50 964 póa 362).

Radicación interna. 00002

Página 31 de 152

En la actualidad, Fonade se denomina Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio) y mantiene su naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 495 de 2019 en comento.

El Contrato interadministrativo. Sus características

Si bien para dar respuesta a las preguntas formuladas es preciso acudir al contrato interadministrativo 989/212039 del 1 de noviembre de 2012 suscrito por el entonces Fonade, hoy ENTerritorio y FonTIC, revisar sus principales estipulaciones, verificar la intención de las partes y establecer la finalidad pública pretendida por las entidades al suscribirlo, la Sala estima pertinente aludir a algunos de los pronunciamientos en los que se ha estudiado la naturaleza y alcance de los contratos interadministrativos y de Gerencia Integral de Proyectos, en la medida en que dichas referencias contribuirán al análisis de los aspectos consultados.

Contratos interadministrativos

Sea lo primero hacer referencia a la definición y características del contrato interadministrativo según la normativa que lo regula, para luego señalar las diferencias que presenta con el convenio interadministrativo. Este análisis, le permitirá a la Sala precisar y puntualizar el objeto, alcance y finalidad del contrato interadministrativo.

En ese sentido, es pertinente señalar que el artículo 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, se refirió al contrato interadministrativo para indicar que es una de las modalidades de contratación directa, así:

ARTICULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (. I

4 Contratación directa La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 El nuevo texto es el siguientes Contratos interadministrativos siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con

el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus

reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación

Radicación interna. 00002

Página 32 de 152

superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo

<Inciso 2o. modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguientes En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993. la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales [.] (Resaltado y subrayado de la Sala).

En relación con los contratos interadministrativos, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispuso que en este tipo de contratos se excluyen las cláusulas o estipulaciones excepcionales<sup>30</sup> de interpretación, modificación y terminación

<sup>x</sup> Ley 80 de 1993 «Artículo 14 De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual 1c Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y cuando las condiciones particulares de la prestación así lo requieran, unilateralmente el contrato celebrado. («.]

2o Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente

PARÁGRAFO: En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia; en los Interadministrativos en los de empréstito, donación y

Radicación interna 00002

Página 33 de 152

unilateral de que trata dicha norma. A su turno, el Decreto 1082 de 2015<sup>31</sup> que incorporó el Decreto 1510 de 2013<sup>32</sup>, incluyó algunas disposiciones relacionadas con dicho contrato, en particular, la necesidad de expedir un acto administrativo que justifique la modalidad de contratación directa, así como su contenido<sup>33</sup>, la no obligatoriedad de garantías<sup>34</sup> \*, así como el hecho de no ser necesaria, la expedición y publicación de un aviso de convocatoria en el trámite de contratación<sup>36</sup>.

Entre las características del contrato interadministrativo deben citarse las siguientes.

arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales - (Resaltado y subrayado de la Sala).

” Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015 «Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional».

<sup>32</sup> «Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública»

<sup>33</sup> Decreto 1082 de 2015. Artículo 22 1.2.1.41. «Acto administrativo de justificación de la contratación directa La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener

1 La causal que invoca para contratar directamente

El objeto del contrato.

El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.

4 El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos. Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales <a) y (b) del artículo 221.2 1 4.3 del presente decreto»

<sup>M</sup> Decreto 1082 de 2015. Artículo 221.2.1 4.5 «No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3. que comprende los artículos 2.2.1 23.1 1 al 2.2 1.23.5 l. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe estar en los estudios y documentos previos »

\*- Decreto 1082 de 2015 Artículo 2 2.1 1.2.1.2. \*Avlso de convocatona El aviso de convocatoria para participar en un Proceso de Contratación debe contener la siguiente información, además de lo establecido para cada modalidad de selección: 1 El nombre y dirección de la Entidad Estatal 2. La dirección, el correo electrónico y el teléfono en donde la Entidad Estatal atenderá a los interesados en el Proceso de Contratación y la dirección v el correo e ler.-,rónico en donde los proponentes deben presenta» los documentos en desarrollo del Proceso de Contratación 3 El objeto del contrato a celebrar. Identificando las cantidades a adquirir 4. La modalidad de selección del contratista.5. El plazo estimado del contrato 6. La fecha límite en la cual los Interesados deben presentar su oferta y ei lugar y forma de presentación de la misma ? El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la Entidad Estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal.8. Mención de si la contratación está cobijada por un Acuerdo Comercial.9 Mención de si la convocatona es susceptible de ser limitada a Mípyme 10 Enumeración y breve descnpción de las condiciones para participaren el Proceso de Contratación.

Indicar si en el Proceso de Contratación hay lugar a precalificación.12 El Cronograma. 13. La forma como ios interesados pueden consultar los Documentos del Proceso

En los Procesos de Contratación adelantados bajo las modalidades de selección de mínima cuantía y contratación directa, no es necesaria J a expedición y publicación del aviso de convocatoria en el SECOP » (Resaltado y subrayado de la Sala)

Radicación interna. 00002

Página 34 de 152

-Las partes deben ser entidades públicas sin importar su nivel Existe una entidad llamada contratante y otra que se llamará contratista quién será la que ejecuta el objeto del contrato que se pacte.

-Es un contrato conmutativo oneroso<sup>36</sup>. En tal sentido, el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 hace referencia de manera expresa a la contra prestación y al equilibrio contractual en los siguientes términos:

Artículo 5°.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un

punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no

sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato

-La ejecución del objeto contratado debe ser realizada directamente por la entidad contratista

En ese sentido, se entiende que la entidad que ejecuta el contrato se dedica a dicha actividad económica y cuenta con la experiencia e idoneidad requerida para el efecto.

-La aplicación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993<sup>37</sup>. norma que indica que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la

<sup>36</sup> Código Civil Artículo 1498 «El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida se llama aleatorio»

<sup>37</sup> Ley 80 de 1993 Artículo 40 Oel contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley correspondan a su esencia y naturaleza

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y. en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades que no sean contrarias a la Constitución o a la ley

Radicación interna 00002

Página 35 de 152

autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales y asimismo incluirlas modalidades, condiciones y. en general, las cláusulas o estipulaciones que se estimen necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a la ley

-Como se señaló, en los contratos interadministrativos no se aplican las cláusulas o estipulaciones excepcionales de caducidad, interpretación, modificación y terminación unilateral de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

También es importante referirse a los convenios interadministrativos, en la medida en que presentan algunas diferencias con los contratos administrativos. Al respecto hay que señalar que están sustentados en el artículo 209 de la Constitución Política que consagra el deber de coordinación entre las entidades estatales para garantizar la consecución de los fines del Estado. Dicha norma reza:

ARTICULO 209. 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. (Resaltado de la Sala).

Por su parte, la Ley 489 de 1998<sup>36</sup> se refiere a estos convenios en los artículos 14<sup>39</sup>, 95<sup>40</sup>. 96<sup>41</sup> para señalar que las entidades públicas deben actuar de manera \* 9

PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato Los contratos no podrán adicionarse en más de, cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales.

<sup>3a</sup> Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 de, artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones

<sup>i9</sup> Ley 489 de 1998. Artículo 14 Delegación entre entidades públicas. La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativas de, orden nacional, efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegatoria. Asimismo en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegatana que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas. Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades publicas o interadministrabvos

Radicación interna; 00002

Página 36 de 152

coordinada para lo cual pueden celebrar convenios bien de delegación de funciones, de asociación, de cooperación, o para la formación de personas jurídicas nuevas, ya sea para encomendar el desarrollo de determinadas actividades, coadyuvar en el cumplimiento de funciones administrativas o para prestar de manera conjunta los servicios que se encuentren a su cargo.

Sobre los convenios interadministrativos, la Sala se ha pronunciado recientemente en el siguiente sentido<sup>42</sup>.

La Sala ha manifestado en ocasiones anteriores<sup>\*3</sup>, apoyada parcialmente en la jurisprudencia de esta corporación<sup>\*4</sup>, que los denominados "convenios interadministrativos" no constituyen en nuestro ordenamiento jurídico una categoría jurídica autónoma e independiente del contrato estatal, sino que. por el contrario, se trata de un tipo o clase de contrato estatal, que tiene la \*\*\*\*\*

Ibídem. artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el (in de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para

las entidades de este género [ ]

Ibídem artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los

principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que

les asigna a aquéllas la ley. Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos

se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y

todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes. Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos, a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes,

b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas, c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad; d) La Integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares; e) La duración de la asociación y las causales de disolución.

<sup>41</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto 2271 del 10 de mayo de 2016.

Sobre la naturaleza jurídica y los efectos de los convenios o contratos Interadministrativos, pueden consultarse, entre otros, los siguientes conceptos de esta Sala 1746-1747 (acumulados) del 15 de junio de 2006, 1881 del 30 de abril de 2008. 1982 del 25 de marzo de

2010, 2234 del 22 de abril de 2015 y 2269 del 17 de septiembre de 2015

Ver. en especial, las sentencias del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 7 de octubre de 2009, expediente N° 35.476, y del 23 de junio de 2010. radicación 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860).

Radicación Interna 00002

Página 37 de 152

particularidad de celebrarse entre entidades públicas, pero que, al igual que los contratos suscritos entre entidades estatales y particulares, genera obligaciones (usualmente para las dos partes) que pueden ser exigidas judicialmente y cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad patrimonial de la parte incumplida.

La existencia de este tipo de contratos estatales se justifica fundamentalmente por el principio constitucional y legal de coordinación y colaboración entre las ramas, entidades, órganos y organismos del Estado para el cumplimiento de sus fines<sup>45</sup>. Por tal razón y por la consideración de que las dos partes en estos actos jurídicos se presumen en condiciones de igualdad, la ley otorga a tales contratos un tratamiento especial en determinados aspectos, como el proceso de selección, la no obligatoriedad de garantías etc.

Entre sus características, están las siguientes:

-Se celebra por parte de entidades públicas, sin consideración a su jerarquía, pueden ser entidades nacionales, distritales o territoriales.

-No existe una remuneración o contraprestación. Las partes no perciben una utilidad económica por la ejecución del objeto del convenio.

-Puede existir o no transferencia de recursos de una entidad a otra, o que las partes realicen aportes económicos para cumplir con el objeto del convenio.

-Su objetivo primordial es lograr el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, y por tal razón, deben ejecutarse los proyectos, planes y programas en aras de contribuir al bienestar social de la comunidad.

-Es un acuerdo de voluntades que está determinado por la Ley 489 de 1998 y la Constitución Política de Colombia. La celebración, desarrollo y ejecución de los convenios, así como su liquidación tendrán en cuenta lo indicado por estas normas.

Luego de citarse las principales características del contrato y del convenio interadministrativo, es preciso establecer sus diferencias, así como sus aspectos comunes.

Un elemento diferenciador es el precio. El contrato interadministrativo se caracteriza por establecer una remuneración, mientras que en el convenio no se define una contraprestación. En este último, las partes pueden realizar o no, de manera conjunta aportes para la ejecución de su objeto.

<sup>45</sup> Artículos 113 y 209 de la Constitución Política, y 6 y 95 de la Ley 439 de 1998, entre otros.

Radicación interna 00002

En el contrato interadministrativo una parte presta un servicio o ejecuta un objeto para la otra, mientras que en el convenio dicha relación no existe debido a que la única finalidad es atender un interés general

En cuanto a las diferencias entre el contrato y convenio interadministrativo, es ilustrativo citar a la Corte Suprema de Justicia<sup>46</sup> que indica:

[. . .] acerca del convenio interadministrativo tiene dicho esta sala que éste consiste en «un negocio jurídico bilateral, celebrado entre dos entidades públicas que dentro de unas típicas relaciones de colaboración pretenden alcanzar un interés general, a diferencia de lo que ocurre en el contrato interadministrativo donde cada una de las partes tiene diversidad de intereses y el contratista se encuentra en el mercado, de la misma manera que lo hacen los particulares (...) la característica de interadministrativo de un convenio o un contrato, surge de la calidad de las partes, es decir, ambas debe ser de naturaleza pública» (...)

En cuanto a las similitudes, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente<sup>47</sup>

(...) se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual, (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como si las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normativa a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y. por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles, (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; ( J (Resallado de la Sala).

En cuanto a los aspectos en común entre los contratos y los convenios interadministrativos, la Sala destaca la autonomía de la voluntad como principio que rige su celebración y ejecución, y que deba perseguirse una sola finalidad, esto es. la satisfacción del interés general y del Estado, independientemente del

<sup>46</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Sentencia del 06 de mayo de 2009. Radicado Ul.25495 M.P Javier Zapata Ortiz.

<sup>47</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia del 23 de junio de 2010 Radicado 66001-23-31-000-199800261-01(17860) En el mismo sentido ver Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia del 12 de agosto de 2019 Expediente 25000 23 26 000 2001 01377 02 (33555) de 2019

Radicación interna: 00002

pacto de un precio o remuneración y en consecuencia, en cumplimiento de la ley y la

Constitución.

En ese sentido, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 advierte que en la contratación estatal, los servidores públicos tendrán en consideración tanto en la celebración como en la ejecución de contratos, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Por su parte, el artículo 3<sup>48</sup> de la Ley 1437 de 2011 indica que las entidades públicas deben actuar en atención a los principios de la función administrativa, esto es, en garantía del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Para el caso del contrato interadministrativo núm. 989/212039 del 1 de noviembre de 2012, se resalta que FON TIC contrató a ENTerritorio para que esta entidad ejecutara la gerencia integral de un proyecto<sup>49</sup>; en razón a la experiencia e Idoneidad y al objeto social de ENTerritorio<sup>50</sup>. En dicho acuerdo, en virtud de la autonomía de la voluntad, se estipuló una remuneración como contraprestación a las actividades previstas<sup>51</sup>, es decir se definieron contra prestaciones mutuas por lo que se puede señalar que es un contrato conmutativo y asimismo se incorporó la obligación de mantener el equilibrio económico del contrato<sup>52</sup>.

La celebración de dicho acuerdo estuvo motivado en la necesidad de extender la red de internet en el territorio nacional a través de la ejecución de los Puntos Vive Digital (PVD) para mejorar las condiciones y calidades de vida de los habitantes del país, para contribuir a su bienestar social, progreso y desarrollo, y así dar cumplimiento a la Constitución Política y la ley

<sup>48</sup> Ley 1437 de 2011 Artículo 3 Principios Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política en la Parí a Primera de este Códlon y en las leyes especiales

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad imparcialidad, buena fe moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad l-..]

<sup>49</sup> Contrato interadministrativo 939/212039 de 2012. Cláusula Primera.

<sup>50</sup> E, artículo 3 del decreto 288 de 2004 dispuso que FONADE podría realizar las siguientes actividades específicas (.. J Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de Bmrestps y pgra el desarrollo de e&auarofls de gerencia de proyecto^

<sup>81</sup> Contrato interadministrativo 989/212039 de 2012. Cláusula Cuarta

<sup>5\*</sup> Contrato interadministrativo 989/212039. «Cláusula Segunda Obligaciones del Fondo TIC [...] Adoptar las medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato de acuerdo con lo previsto en la ley^ Dicha obligación se replica en el numeral 6 de la cláusula tercera del contrato que describe las obligaciones de ENTerritorio

Radicación interna 00002

En ese orden, la Sala considera que el contrato núm. 989/212039 de 2012 en comentario. Incorpora las características propias del contrato interadministrativo y en razón a la finalidad que motivó su celebración, es de suma importancia que tanto FonTIC como ENTerritono sumen esfuerzos en aras de dar por finalizadas las controversias que surgieron con ocasión de su ejecución y actúen en atención a lo dispuesto por el referido artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

Contrato de Gerencia Integral de Proyectos. Noción general

Objeto, contenido y alcance de las obligaciones

Sobre el contrato de gerencia Integral de proyectos, la Sala se ha pronunciado en varias oportunidades y en los diferentes conceptos ha concluido que cada uno de estos acuerdos, en razón a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, tiene sus particularidades y por ende alcances diferentes. En ese sentido, la Sala ha verificado por ejemplo, que en algunos de estos contratos se incorporaron obligaciones de resultado, mientras que en otros, simplemente se pactaron obligaciones de mejor esfuerzo.

Aun tratándose de contratos amparados bajo un mismo nombre, esto es «Gerencia Integral de Proyectos», la Sala concluyó que atienden necesidades y presupuestos disímiles, que el objeto difiere en cuanto a la responsabilidad que debe asumirse y que la entidad que ejecuta el proyecto encomendado, no necesariamente asume de manera exclusiva, por su cuenta y riesgo, la ejecución del contrato o las actividades que comprende. Es por tal razón, que al revisar algunos pronunciamientos de la Sala, se observa que ha conceptuado sobre un mismo aspecto en forma diferente, justamente porque se parte del contenido singular y distinto de cada contrato suscrito y el alcance disímil de las actividades a cargo del contratista

Por lo tanto, la Sala considera y así lo expondrá a continuación, que la sola denominación de un contrato como de «Gerencia Integral de Proyectos», no determina su naturaleza, características o el alcance de sus obligaciones, y en ese sentido, resulta forzoso analizar su contenido en forma integral, la intención de las partes al contratar, así como la finalidad perseguida con el mismo.

Ahora bien, es importante señalar que un contrato de «Gerencia Integral de Proyectos» implica una administración de recursos y en algunos eventos trae consigo otras obligaciones, en la medida en que así se pacten. Por tal razón, se reitera, es necesario el estudio de cada contrato para determinar el alcance de las obligaciones del gerente del proyecto.

A continuación, la Sala acudirá a algunos de estos pronunciamientos para ratificar lo expuesto en precedencia.

Radicación interna: 00002

Página 41 de 152

En ese orden, conviene citar el Concepto núm. 1881 del 30 de abril de 2008 en el cual la Sala se refirió a, alcance de un contrato de gerencia integral de proyectos suscrito por Fonade. con miras a establecer la propiedad sobre los rendimientos financieros generados por la Inversiones que debía realizar Fonade con los recursos entregados por la entidad contratante, en cumplimiento de un contrato interadministrativo.

Sobre la interpretación de dichos contratos se presentaron dos posturas, así

La primera de ellas es la de las partes de los convenios, quienes entienden que Fonade «- asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él», que se trata de ejecutar un proyecto «en todos sus componentes, asumiendo la responsabilidad y el riesgo por la realización del mismo y adelantando actividades de agente principal en la obtención del resultado requerido por la entidad pública contratante»; y que «el pago que se realice a Fonade en su condición de contratista. corresponde a la contraprestación que éste recibe por la ejecución del proyecto de inversión, incluido los costos administrativos asociados al mismo».«»

1-J

En palabras del Dr Sanz González.

En tal sentido se concreta la segunda línea de negocios de Fonade. que a diferencia de la tradicional administración financiera de recursos, o la fiducia pública, ofrece a sus clientes la posibilidad de la gerencia integral de proyectos, modalidad diferente a la anterior no solamente por su finalidad, sino por el régimen de responsabilidad que demanda,

en donde, el control y los riesgos derivados de la ejecución del proyecto contratado, se asuman directa y de forma exclusiva por el

contratista Fonade, compromiso que no es otro que la entrega del bien o servicio en las condiciones y bajo los requerimientos establecidos en el contrato. (...)

Con base en las anteriores consideraciones podemos concluir que. Fonade ha interpretado cuando celebra contratos de gerencia integral de proyectos que asume bajo su responsabilidad en su calidad de agente principal la ejecución de los mismos y para tal efecto, desarrolla por su cuenta y riesgo todas las actividades inherentes y necesarias para la

consecución de los fines del proyecto, y como contraprestación recibe el monto establecido como valor del contrato. ( )

La segunda interpretación, según la consulta, proviene de la Contraloría General de la República, [...], ha interpretado estos convenios interadministrativos en el sentido de que los dineros entregados por el Ministerio a Fonade continúan siendo de propiedad del primero, por lo

que los rendimientos financieros que ellos produzcan «deben reintegrarse a

Radicación interna 00002

Página 42 de 152

la Dirección General del Tesoro Público y por tanto no pueden ser reinverbados en el Proyecto, en calidad de aportes de Fonade». De los documentos que se adjuntaron a la Sala para emitir el presente concepto, aparece una comunicación suscrita por el Dr César Torrente Bayona. Director de la Oficina Jurídica de la Contraloría. en la que sostiene que «el tema debe centrarse en la calidad de los recursos que se transfieren a través del Convenio 027 que no es un contrato de administración de recursos públicos y no pierden su naturaleza al ser entregados en dicha administración a FONADE. sino que se trata de una Gerencia Integral de

Proyecto cuya connotación impone la realización de todas las gestiones para la ejecución de un proyecto el cual asume el contratista, que es FONADE, en este específico evento como una labor de resultado y no de medio» Como se observa, parece no haber unanimidad en el seno de esta entidad de control\*<sup>5</sup> (Resallado de la Sala).

En relación con las posiciones expuestas, la Sala consideró que el problema sobre la titularidad de los rendimientos financieros se solucionaría, al dilucidar si efectivamente la entrega de los dineros en la ejecución del contrato, se realizaba a título de pago de un precio o de administración de recursos. En el primer evento, los rendimientos pertenecerían a Fonade y en el segundo, a la entidad contratante.

Al respecto, la Sala indicó que « (...) tomar las cláusulas bajo la hipótesis de que es como pago del precio, aportaba una mayor eficacia al convenio, pues implicaba un mayor compromiso para Fonade porque estaba obligado a entregar el provento ejecutado. Mientras que si se entendía que los dineros se aportaban en administración, Fonade estaría obligado a efectuar su mejor esfuerzo para obtener el resultado, más no para su entrega final [ . ]»<sup>53 54</sup>.

En este concepto que se cita, por ejemplo, la Sala admite que aun cuando se trata de un contrato que está bajo la denominación de «Gerencia Integral de Proyectos», puede involucrar una obligación de resultado o simplemente la debida diligencia en aras de la entrega final. Esto para ratificar que, independientemente de su denominación de «Gerencia Integral de Proyectos», lo que caracterizará el contrato será su contenido. Además en la normativa no existe un desarrollo acerca de sus estipulaciones y el sentido en el que se deben definir

En el mismo concepto, la Sala explicó las reglas de aplicación de los artículos 1620 y 1622 del Código Civil a los contratos de gerencia integral de proyectos, con base en la información que estaba disponible para su análisis, y llegó a la siguiente conclusión;

<sup>53</sup> Concepto num. 1881 del 30 de abril de 2008.

<sup>54</sup> Ibídem. Pág. 6.

Radicación interna: 00002

Página 43 de 152

«[...] si ambas partes lo han ejecutado bajo el entendido de que Fonade asume, bajo su cuenta y riesgo la ejecución de un proyecto o parte de él y que el pago que se realice a Fonade en su condición de contratista, corresponde a la contraprestación que este recibe por la ejecución del proyecto de inversión, incluido los costos asociados al mismo, mal puede un tercero interpretar las cláusulas de los convenios interadministrativos contradiciendo la forma práctica con la que han interpretado sus obligaciones y les han dado cumplimiento».

También señaló respecto a su naturaleza, que se trata de un contrato atípico en los siguientes

términos.

Advierte la Sala que la aplicación que ha hecho de las disposiciones contenidas en el Código Civil obedece a que el contrato llamado de gerencia integral de proyectos, es un contrato atípico, pues si bien el

artículo 32 de la ley 80 de 1993. enlista como uno de los objetos posibles del contrato de consultoría. el de la «gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos», la prestación a cargo del consultor está constituida fundamentalmente por servicios inmateriales, mientras que. teniendo en cuenta la descripción que se ha hecho de él y los documentos revisados, en el contrato de gerencia integral de proyectos Fonade «asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él». Entonces, su atipicidad impone que sea examinado a la luz de las reglas de interpretación señaladas. (Resaltado y subrayado por la Sala).

En Concepto núm. 2271 del 10 de mayo de 2016. la Sala también estudió un contrato de gerencia integral de proyectos bajo las siguientes consideraciones:

[...] FONADE ha suscrito con tales entidades públicas contratos interadministrativos de «gerencia integral de proyectos» para el desarrollo de infraestructura deportiva en algunas regiones del país.

De acuerdo con los documentos enviados por la dependencia consultante, estos contratos tienen las siguientes características y estipulaciones, que resultan relevantes para la presente consulta:

t-J

La cláusula quinta contiene las obligaciones que asume FONADE. entre las cuales merece la pena destacar las siguientes (i) Realizar la gerencia integral de los proyectos señalados, bajo su exclusivo riesgo y

responsabilidad, para lo cual proporcionará la asistencia y

acompañamiento técnico, jurídico y financiero a que haya lugar, así como

realizar las gestiones de coordinación y control que la ejecución de

cada proyecto demande y las actividades necesarias para el manejo

financiero de los recursos destinados a su desarrollo (numerales 1 y 2); (ii) designar a un gerente para el proyecto (numeral 4); (iii) realizar una fase inicial de revisión, calibración y ajuste del contenido de los proyectos

Radicación interna. 00002

Página 44 de 152

y sus diseños, y articular lo que sea necesario con la entidad responsable de los mismos, para

que puedan ser ejecutados con el menor riesgo posible para las entidades estatales involucradas (numeral 6°); (iv) adelantar, bajo su exclusivo negocio y responsabilidad, los trámites precontractuales y contractuales que sean necesarios para llevar a cabo los

procesos de selección y contratación de las personas que vayan a ejecutar

el objeto del contrato (numeral 7°); (v) efectuar todas las gestiones necesarias para realizar el objeto contractual, ante personas y entidades

públicas y privadas (numeral 8°); (vi) cumplir con el objeto del convenio en la forma, el tiempo y con los lineamientos acordados y señalados en la propuesta presentada por FONADE (numeral 9°); (vii) establecer como beneficiario de las garantías de estabilidad de las obras que se ejecuten a la respectiva entidad territorial (numeral 28), y (viii) exigir a los subcontratistas o contratistas derivados que contrate para la ejecución y la interventor© de los trabajos, las estipulaciones y condiciones a las que se refieren los numerales 21 (deberes frente al sistema general de seguridad social), 26 (previsión y manejo de riesgos) y 33 (garantías) de esta cláusula.

En la misma cláusula (numeral 33) y en otras. FONADE es calificado expresamente como el «organismo executor» o el «Ente Ejecutor». [...]

En la cláusula decimoséptima («partes independientes»), se expresa, entre otras cosas, que «la responsabilidad en la operación, ejecución y desarrollo de los proyectos de inversión objeto del presente contrato será exclusiva de FONADE». [ . ]

Todo lo anterior permite concluir que el objeto de los contratos de «gerencia integral de proyectos» para el desarrollo de infraestructura deportiva que celebra COLDEPORTES con FONADE y entidades territoriales, corresponde claramente (en forma total o parcial) con la definición de los contratos de consultoría que hace el artículo 32, numeral

2° de la Ley 80 de 1993, especialmente con los indicados en el inciso

segundo de dicho numeral, es decir, aquellos cuyo objeto consiste en la

«[.. 1 asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y

T.1 elocución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos» (Subrayado y resaltado de la Sala)

En dicho concepto, la Sala concluyó el asunto de la siguiente manera.

Es pertinente aclarar, sin embargo, que la Sala ha estudiado en el pasado este tipo específico de negocios jurídicos celebrados por FONADE. llegando a la conclusión de que se trata de contratos atípicos, pues además de las actividades propias de la consultoría, que generan obligaciones de

medio, FONADE asume en estos contratos obligaciones de resultado,

como es la de entregar un edificio u otro bien terminado, que parecen más propias del contrato de obra. [...]

Radicación interna 00002

De este pronunciamiento es importante resaltar que la Sala reconoce que las conclusiones de su análisis están fundadas en los documentos remitidos por las partes y el cuerpo del contrato, más que por las características que pueda predicar la normativa sobre el contrato de Gerencia Integral de Proyectos.

En Concepto núm. 2299 del 12 de diciembre de 2017. la Sala al evaluar la propiedad sobre los rendimientos financieros generados con ocasión de la celebración de un contrato Interadministrativo. analizó también si en estos contratos la obligación de Fonade era de resultado o no. según la forma en que fuera definido el pago, así

Aunque la presente consulta se refiere al convenio interadministrativo No.

[...] suscrito entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - Fondo de Inversión para la Paz y el Fondo Nacional de Desarrollo -FONADE- del cual no se infiere claramente el alcance de la obligación de resultado de FONADE. a que alude el concepto de esta sala del 30 de abril de 2008. mencionado en los antecedentes, se considera importante para emitir el concepto otorgar plenos efectos at principio de la

autonomía de la voluntad, en cuanto a la disponibilidad de los

rendimientos en los contratos de obra en los cuales FONADE realice la obra por su cuenta y riesgo. [...]

Es importante aclarar que los rendimientos financieros pertenecen a FONADE en cuanto correspondan al pago de un precio, solo para aquellos contratos que impliquen una obligación de resultado, de tal

manera que responda por su ejecución bajo su cuenta y riesgo con

sujeción a los límites de la ley.

Por tanto, en virtud a la fuerza obligatoria que emana de dicha relación contractual, las obligaciones pactadas en el contrato deben ser cumplidas en virtud al principio de «pacta sunt servanda» previsto en el artículo 1602 del Código Civil según el cual el contrato válidamente celebrado es ley para las partes. (Subrayado y resaltado la Sala)

El concepto antes aludido reitera y ratifica que el contrato de Gerencia Integral de Proyectos es desarrollado por las partes y contrario sensu a lo pactado en otro de los contratos analizados por la Sala, se evidencia que en el acuerdo no se pacta una obligación que indicara que ENTerritorio asumía por su cuenta y riesgo

la ejecución del proyecto

En ese orden, bajo el corolario de la autonomía de la voluntad, en este tipo de contratos denominados de Gerencia Integral de Proyectos, la Sala ha analizado que en algunos se han pactado obligaciones de resultado y en consecuencia, que una de las partes asume el riesgo y la responsabilidad de la ejecución de la totalidad de un proyecto o parte de este, y en otros, simplemente se pacta una administración de recursos con obligaciones de medio.

Radicación interna: 00002

## Conclusiones

-De los diferentes pronunciamientos se destaca que la Sala ha coincidido en que los contratos de gerencia integral de proyectos son contratos atípicos y por tal razón, para establecer su naturaleza, características, objeto, alcance y responsabilidad de las partes, es preciso tener en cuenta las estipulaciones y especificación es en cada uno de estos en atención al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

-En ese sentido, el contrato de «Gerencia Integral de Proyectos» involucra la administración de unos recursos para ejecutar el objeto encomendado y en algunos eventos, implica que se asuman otras obligaciones si así se dispone en el contrato.

-La Sala ha definido algunos parámetros para establecer el alcance de las obligaciones de ENTerritorio en los contratos de Gerencia Integral de Proyectos para concluir si se trata de obligaciones de resultado y bajo su exclusiva cuenta y riesgo, o si se trata de obligaciones de medio debido a la entrega de recursos para administrarlos

-Respecto de algunos de dichos contratos de Gerencia Integral de Proyectos, la Sala consideró que las obligaciones de ENTerritorio eran de resultado y respecto de otros, señaló que no resultaba clara dicha obligación de resultado. Dicho análisis se fundó principalmente en dos aspectos: el primero, en el grado de control

y riesgos que asumió ENTerritorio en la ejecución de cada contrato; y el segundo.

en la remuneración pactada y la forma de pago.

En relación con el primer aspecto, la Sala convino en que se entiende que ENTerritorio asume bajo su exclusiva responsabilidad y ejecución un contrato, cuando asume directamente el control y los riesgos derivados de la ejecución del proyecto y adelanta las actividades de agente principal en la obtención del resultado requerido por la entidad pública contratante.

En cuanto al segundo, la Sala consideró que ENTerritorio tiene una obligación de resultado cuando el pago que se realiza corresponde a la contraprestación que se recibe por la ejecución del proyecto de inversión. Mientras que si los dineros se aportan en administración Fonade estaría obligado a efectuar su mejor esfuerzo para obtener el resultado.

Estos elementos resultan relevantes entonces para el análisis del contrato interadministrativo 989/212039 de 2012, cuyas principales características se presentarán mas adelante.

Radicación interna 00002

## 52. Régimen Jurídico de contratos celebrados por Fonade (hoy ENTerritorio)

En relación con el régimen jurídico aplicable, mediante Concepto núm. 2135 del 9 de abril de 2013, la Sala distinguió tres etapas históricas, según la normativa existente en materia de contratación estatal, las cuales se pueden resumir de la siguiente forma

La primera etapa fue la del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 32 párrafo 1º, significaba para Fonade que al ser «[..una

entidad financiera de carácter estatal. los contratos que celebraba dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto<sup>55</sup> no estaban sometidos a la ley 80 de 1993 y se regían por las disposiciones que les fueran aplicables (E.O.S.F y demás normas financieras, Código de Comercio, Código Civil, entre otras)»

Si los contratos «no correspondían al giro ordinario de las actividades propias de su objeto, estaban sujetos íntegramente a la ley 80 de 1993, norma que, como es sabida, remite parcialmente al derecho privado, especialmente en lo relacionado con el objeto de los contratos (artículos 32 y 40)».

La segunda etapa fue la de la Ley 1150 de 2007, reformatoria de la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 26 dispuso que «El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen».

La Sala en el citado Concepto núm. 2135 explicó:

Disposición tan explícita encuentra explicación en los antecedentes de la ley 1150 de 2007, donde se constata que fue propósito deliberado del Legislador, movido por diferentes consideraciones y motivos de conveniencia, someter plenamente a FONADE al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en condiciones similares a las

de las demás entidades estatales, a pesar de su carácter de institución

financiera.

Con esta decisión, el Legislador creó, para FONADE, una excepción a la regla consagrada en el párrafo 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 15 de la ley 1150), regla que a su vez constituye una excepción a la aplicación universal de la ley 80 a las entidades estatales, prevista, entre otras normas, en los artículos 1° y 2° de esta ley.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Ñola del Concepto 2135 La Sala considera que la expresión «objeto social» debe reservarse a las sociedades de economía mixta, a las sociedades entre entidades públicas y a las demás entidades estatales de carácter societario

Radicación interna\* 00002

Página 48 de 152

La tercera etapa se produce a raíz de la expedición de la Ley 1450 de 2011, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y que entró a regir el 16 de junio de 2011. Su artículo 276 derogó expresamente el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007. que era el que sometía a Fonade, hoy ENTerritorio a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Sala en el Concepto 2135 en cita, consideró que tal derogatoria resultaba contraria al principio de unidad de materia contemplado en el artículo 158 de la Constitución, pero que mientras tal derogatoria no fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional, el referido artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 no estaría vigente.

Ahora bien, la Sala con el fin de determinar el régimen aplicable a los contratos celebrados en ese entonces por Fonade, distinguió tres situaciones especiales, a saber: i) los contratos

celebrados por Fonade con particulares, ii) los contratos celebrados por Fonade con entidades públicas excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993. y iii) los contratos celebrados por Fonade con las demás entidades estatales.

Estos últimos son de interés en el presente caso, debido a que corresponden a los contratos interadministrativos celebrados por Fonade, en concreto al suscrito con FonTIC el 1° de noviembre de 2012, razón por la cual, resulta de utilidad lo expuesto por la Sala sobre este aspecto:

c. Los contratos celebrados por FONADE con las demás entidades estatales

Los contratos que FONADE suscriba con otras entidades públicas, sujetas a la ley 80 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º, son contratos estatales que corresponden a la categoría de los «contratos interadministrativos» y por tanto están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ello es así porque, si bien a FONADE no se le aplica en principio la ley 80 de 1993 en los contratos que celebra, a la otra entidad estatal si se le aplica y está, por ende, obligada a cumplir con sus disposiciones.

Esta apreciación resulta confirmada por lo dispuesto en la Ley 1150, modificada por la Ley 1474 de 2011, en cuanto incluye la celebración de los contratos interadministrativos como uno de los casos en los que las entidades públicas pueden acudir a la «contratación directa»<sup>56</sup>, y especialmente por lo previsto en el artículo 2º. numeral 4º. literal c), inciso segundo, primera parte de la ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 95 de la ley 1474 de 2011. en los siguientes términos'

Artículo 2º. numeral 4º. literal c, Como se sabe, la contratación directa es una de los procedimientos permitidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para celebrar contratos estatales

Radicación interna. 00002

Página 49 de 152

«Artículo 2º.- De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas; [.. ]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos (...) c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo

tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora [.. ]

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993 la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a

esta ley. salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad".

A continuación de la regla general de sujeción a la ley 80 de 1993, la parte final de la norma transcrita introduce una salvedad, consistente en que. cuando la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado, o la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad, la ejecución de dicho contrato no estaría sujeta a la ley 80 de 1993.

[...]

En esa medida, si dicha entidad pública está en competencia con el sector privado, o la ejecución del convenio interadministrativo guarda relación directa con las actividades propias de la misma (como sería lo normal), los contratos derivados o "subcontratos" que tal entidad celebre con particulares, para cumplir con sus obligaciones frente a la otra entidad pública contratante, no estarían sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por el contrario, si la entidad pública ejecutora no estuviera en competencia con el sector privado, o la ejecución del convenio interadministrativo no tuviere por alguna razón, relación directa con las actividades propias de su objeto, los contratos derivados o los «subcontratos» que celebre para ejecutar las obligaciones contraídas en virtud del convenio interadministrativo. estarían sometidos al régimen de la ley 80 de 1993<sup>57</sup>.

En todo caso, se resalta que. en la hipótesis analizada, el contrato interadministrativo, en si mismo en cuanto a su celebración, ejecución, terminación y liquidación, está sometido al Estatuto

<sup>57</sup> La Sala observa que esta interpretación guarda armonía con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011. sobre el régimen contractual de las empresas Industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y otras.

Radicación interna 00002

Página 50 de 152

General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta, obviamente, las particularidades que dicho régimen consagra para los contratos interadministrativos, y considerando que. según el artículo 40 de la ley 80. el objeto o «contenido» de los contratos estatales es el que, «de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza», así

como a «las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes conforme al principio de la autonomía de la voluntad. (Resaltado

y subrayado de la Sala).

Precisamente una de las particularidades de los contratos interadministrativos, en relación con los demás contratos estatales, radica en que no pueden incluir las denominadas «cláusulas

exorbitantes o excepcionales» por expresa disposición del párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993, como se ha señalado anteriormente.

Esta restricción obedece a que se considera que las dos entidades públicas contratantes, están en un plano de igualdad, circunstancia que les impide imponer o ejercer frente a la otra, potestades excepcionales o unilaterales.

Cumplimiento de obligaciones y exoneración de responsabilidad por intervención de un tercero

Estima la Sala pertinente hacer una breve mención sobre el deber de las partes de cumplir las obligaciones contraídas y la exoneración de responsabilidad por intervención de un tercero.

Lo anterior, teniendo en cuenta que varias de las controversias planteadas en la consulta describen algunos hechos que, al parecer, son atribuibles a las entidades territoriales/públicas o ejecutoras que no hacen parte del contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012, pero cuyo actuar, pudo haber incidido en el cumplimiento de las obligaciones pactadas entre FonTIC y ENTerritorio.

Por tal razón es necesario enunciar bajo qué supuestos se estimaría que la

Intervención de un tercero puede ser causal exonerativa de responsabilidad.

Al respecto, resulta oportuno anotar que de acuerdo con la teoría jurídica de las obligaciones, las partes contratantes deben cumplir cabalmente las estipulaciones contractuales, a las cuales se han obligado en virtud de la suscripción del contrato<sup>56</sup>. Lo anterior, con mayor justificación, cuando se trata de un contrato<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Existe un gran número de disposiciones en diversos estatutos normativos, que establecen la aplicación del principio del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos. Así, por ejemplo los artículos 1495, 1602 y 1603 del Código Civil disponen lo siguiente

Radicación interna 00002

Página 51 de 152

interadministrativo, en el cual se persiguen finalidades de servicio público y de interés general en beneficio de muchas comunidades de todo el país.

En consecuencia, es claro que si se presenta cualquiera de las hipótesis legales de incumplimiento de un contrato, vale decir, el no cumplimiento, el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío, la parte que no cumple su compromiso de manera correcta, conforme a lo pactado, debe responder y resarcir los perjuicios causados.

No obstante, la parte inculpa en el incumplimiento se puede exonerar de responsabilidad, siempre y cuando argumente y, por supuesto, demuestre la existencia de una causal de exoneración, como por ejemplo, la ocurrencia de un caso fortuito, una situación de fuerza mayor<sup>59</sup> o la aplicación de una cláusula de exoneración de responsabilidad acordada en el contrato

En el presente análisis es pertinente referirse a la exoneración de la responsabilidad por la intervención de un tercero. En ese sentido, se considera pertinente citar al doctor Fernando

Hinestrosa que sobre el particular señala<sup>60</sup>

[...] para que la intervención del tercero tenga relevancia exoneradora de la responsabilidad del deudor es menester que se haya constituido en obstáculo insalvable para la ejecución de la prestación por parte de este, es decir, que la inejecución no sea imputable al deudor, directa ni indirectamente, y que, además, haya sido imprevisible e irresistible dentro de una práctica asimilación de la figura de, fenómeno del casus, o

«Artículo 1495 - Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas»

«Artículo 1602 - Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales»

«Artículo 1603 - Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella»

Precisamente, la Carta de 1991 elevó a rango constitucional el principio de la buena fe. Dice así su artículo 83

«Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas».

El mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley 80 de 1993, sigue el principio del cumplimiento de las obligaciones contractuales, cuando prevé lo siguiente;

«Artículo 32.- De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (

<sup>53</sup> Código Civil. «Artículo 64 - Subrogado Ley 95 de 1890. art. 1º.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc »

® Tratado de las obligaciones 3 Edición. Marzo de 2007 Concepto. Estructura. Vicisitudes Universidad Externado de Colombia

Radicación interna 00002

Página 52 de 152

quizá más propiamente, desarrollando aquello de que el caso no haya sucedido por su culpa, (art 1604 c.c )

A propósito de la intervención de un tercero, vengamos a estas anotaciones: de plano el artículo 1738 c.c. prevé la responsabilidad directa del deudor por el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable, o sea que descarta cualquiera posibilidad del descargo suyo por el

hecho de sus empleados. asistentes, dependientes. auxiliares, prepósitos, subcontratistas, etc (arts. 2347 a 2349 c.c.), tema de especial interés dentro del empleo extenso actual de la figura del out sourcing.

Adicionalmente. en su empeño de tutelar más intensamente a las víctimas de daños a la integridad personal, en aquellos contratos cuya ejecución, como el de transporte, implica preservarla o expone a lesionarla, la jurisprudencia universal ha resultado agregando al supuesto de hecho de la causal de exoneración hecho de un tercero las notas de Imprevisible e inevitable, propias de la fuerza mayor, pero sin exigir que ese hecho sea culposo.!.. .1 (Resaltado y subrayado de la Sala).

A la luz de lo expuesto, es necesario evaluar si el actuar de los entes territoriales (no suscribir las escrituras públicas y no instalar un PVD), ha sido determinante en el no cumplimiento de las obligaciones sobre las cuales se origina la controversia, y, asimismo, si se constituye en un eximente de responsabilidad.

### Conclusiones

-En relación con los contratos de Gerencia Integral de Proyectos se puede concluir que se trata de acuerdos que se rigen por la autonomía de la voluntad de las partes y. por tal razón, lo pactado es ley para las partes. Por consiguiente, es necesario evaluar en todos los casos el alcance de las obligaciones de las partes, su origen, el propósito con el cual fue celebrado y sus principales cláusulas.

-Para determinar el alcance de las obligaciones de ENTerritorio (antes Fonade), si bien es preciso tener en cuenta el texto íntegro del contrato, hay algunos elementos que son definitivos en dicho análisis, así:

La forma en que se definió el alcance del objeto del contrato, esto es. si se pactaron algunos parámetros, limitantes o excluyentes de responsabilidad.

La responsabilidad, los riesgos y el control sobre la ejecución del contrato, esto es. si se pactó de manera expresa en el contrato que ENTerritorio asumía la responsabilidad de la ejecución del proyecto, bajo su exclusiva cuenta y riesgo.

(iii, La remuneración Esto es si se pactó que el valor del contrato correspondería a la remuneración por el objeto contratado o si se estipularon unos honorarios por dicho concepto.

Radicación interna. 00002

Página 53 de 152

La evaluación de estos aspectos permitirá entender el alcance de las obligaciones de ENTerritorio en el contrato interadministrativo que se estudia.

El Contrato Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyectos 989/212039 de 2012 celebrado entre FON TIC y ENTerritorio (antes Fonade)

Generalidades

Luego de exponer algunos de los pronunciamientos de la Sala en tomo a los contratos de

gerencia integral de proyectos sobre los cuales se plantearon algunos elementos que sirven de fundamento para el presente análisis, la Sala considera necesario referirse al contrato interadministrativo suscrito entre FonTIC y ENTemtorio. con la finalidad de establecer su origen, el propósito con el cual fue celebrado y sus principales cláusulas

Es necesario acudir al contrato precisamente porque su contenido es el que determina el alcance de las obligaciones adquiridas por ENTemtorio y por FonTIC.

#### Antecedentes

En primer lugar es relevante destacar el contexto en el que se suscribió el contrato interadministrativo 989/212039 de 2012, en la medida en que su origen tuvo incidencia en la definición de las obligaciones a cargo de FonTIC y de ENTerritorio.

En ese sentido, el Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014, denominado «Crecimiento sostenible y Competitividad» definió a las TIC como herramienta necesaria para la transformación productiva, apoyo a la economía e instrumento para generar innovación en diversos sectores en procura de aumentar la productividad y competitividad.

En desarrollo de tales lineamientos se creó la iniciativa «Puntos Vive Digital<sup>61</sup>» con la meta de promover la puesta en funcionamiento de 800 centros de acceso comunitario, con el objetivo de que las personas pudieran tener acceso a las Tecnologías de la Información y Comunicación y las usaran como medios para influir en el desarrollo de sus comunidades y en beneficio de su calidad de vida. De igual forma para promover el acceso a internet la capacitación, la formación en competencias digitales, el entretenimiento y el uso de servicios de

<sup>61</sup> El Punto Vive Digital es un espacio que garantiza el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones mediante un modelo de servicios sostenible que permite integrar a la comunidad en escenarios de acceso, capacitación, entretenimiento y otras alternativas de servicios TIC en un mismo lugar, con el fin de contribuir al desarrollo social y económico de la población y al mejoramiento de la calidad de vida de cada Colombiano. (Términos de la convocatoria para la operación de los Puntos Vive Digital-PVD. Fase 1 Agosto de 2012). (Resaltado de la Sala).

Radicación inlema. 00002

Página 54 de 152

telecomunicaciones y de Gobierno en Línea, de acuerdo a las necesidades de la población

El MinTIC, para la ejecución del proyecto «Puntos Vive Digital», dispuso que sería un proceso conformado por varias fases para ser ejecutadas a través de contratos interadministrativos.

La primera Fase, denominada «Fase 0» o «Plan Semilla» se desarrolló a través de un «modelo por oferta», en donde el Ministerio TIC a través de Fonade, hoy ENTemtorio, definió un listado de municipios para la implementación de los Puntos

Vive Digital (PVD), teniendo en cuenta las solicitudes recibidas de diferentes Alcaldías Municipales y de estudio de mercado realizado por hoy ENTerritorio. Dicha fase tuvo por objeto la implementación y operación de 71 PVD y asimismo obtener insumos de aprendizaje

que permitieran ir perfeccionando e, modelo de «Puntos Vive Dígita,» y lograra largo plazo su sostenibilidad.

Para la siguiente fase, denominada «Fase 1 de los PVD». que es la que concierne al presente análisis, se consideró que su implementación se enmarcaría ya no bajo un modelo por oferta, sino bajo un «Modelo por Demanda» con el objetivo de empoderar a las comunidades en sus regiones, así como a las mismas Entidades Territoriales y/o Entidades Públicas, con el propósito de generar mayor sostenibilidad a largo plazo para promover el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación y cierre de la brecha digital.

En ese orden, en agosto de 2012 el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones realizó una Convocatoria Pública a nivel nacional dirigida a Entes Territoriales y Entidades Públicas que presentaran interés en participar en la operación de uno o más PVD. teniendo en cuenta los lineamientos básicos dados por el MINTIC.

Dicha convocatoria, basada en el modelo por demanda, tenía como propósito que fueran las propias entidades públicas territoriales las que definieran su participación para ser beneficiarias de un Punto Vive Digital, lo que implicaba que debían comprometerse por adelantado al cumplimiento de determinadas obligaciones, como la de contar con un sitio adecuado y hacer las mejoras técnicas requeridas para hacer viable la instalación de la infraestructura necesaria para el adecuado funcionamiento de un Punto Vive Digital.

La Sala encuentra relevante destacar los siguientes aspectos de los términos de la convocatoria para la operación de los PVD. en la medida en que su contenido aporta al análisis del contrato. Los términos de convocatoria ponen de presente en particular dos aspectos: En primer lugar, que los entes territoriales/entidades públicas o Ejecutores, para lograr la asignación de un Punto Vive Digital debían comprometerse al cumplimiento de los requerimientos técnicos exigidos por el

Radicación interna: 00002

Página 55 de 152

FonTIC justamente para garantizar la puesta en marcha y funcionamiento de los PVD y el segundo, que las obligaciones que asume ENTerritorio en la celebración y ejecución del contrato, las asume en nombre del FonTIC.

Este último aspecto es relevante, debido a que según la convocatoria y el contenido del contrato interadministrativo entre FonTIC y ENTerritorio. y bajo una remuneración de honorarios, es claro que para cumplirlos cometidos contractuales, existían obligaciones de terceros, las entidades territoriales. que de no darse, afectaban las obligaciones de ENTerritorio.

Asimismo, que el realizador de las obligaciones de FonTIC frente a los entes territoriales/entidades públicas o Ejecutores es ENTerritorio. Estas características se vislumbran con certeza en los términos de la convocatoria, además del objeto, el alcance y finalidad del proyecto, como se muestra a continuación.

El objetivo de la convocatoria fue planteado en los siguientes términos:

**OBJETIVO**

El objetivo de esta estrategia es la conformación del Banco de Proyectos elegibles (Entidad Territorial y/o Entidad Pública) en el desarrollo de la Fase 1 para la operación de los Puntos Vive Digital, mediante un modelo de demanda y sostenibilidad que permitan integrar a la comunidad en torno a procesos de capacitación, entretenimiento, acceso a internet y otras alternativas de servicios, a través de la operación de los Puntos Vive Digital, en los términos y condiciones establecidos en este documento.

En relación con el modelo de demanda, debe anotarse que promueve el desarrollo social liderado desde la comunidad. En ese orden, para la implementación de los PVD, el listado de los entes territoriales no fue escogido ni definido por el FonTIC como ocurrió en la Fase 0, denominada también modelo por oferta, sino que fue determinada con fundamento en las propuestas presentadas por los entes territoriales con ocasión de la convocatoria.

En efecto, en cuanto a la estrategia, se indicó en los términos de la convocatoria que «[...] El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a través del FONDOTIC, está convocando a Entidades Territoriales y/o Entidades Públicas (Ejecutores) para que formulen sus propuestas con el fin de poner en operación uno o más Puntos Vive Digital, así como diseñar estrategias de apropiación, difusión y sostenibilidad, contando bajo su cuenta, riesgo y responsabilidad con uno o varios aliados públicos o privados». (Resalla y subraya la Sala).

Dicho modelo por demanda implicaba para las entidades territoriales presentar una propuesta con la indicación de que cumplían con los requisitos exigidos por el

Radicación interna. 00002

Página 56 de 152

FonTIC y que se obligaban por anticipado al cumplimiento de determinadas obligaciones.

Además de definirse el objetivo de la convocatoria, se dispuso de manera expresa quiénes podrían participar de la misma, así:

DIRIGIDO A

Entes territoriales y/o Entidades Públicas, quienes pueden contar bajo su cuenta, riesgo y responsabilidad, con uno o varios aliados bien sea públicos o privados, para desarrollar los procesos de apropiación, difusión y sostenibilidad de cada PVD.

En caso de que al momento de presentar la propuesta no cuente con un aliado, pero en la ejecución del proyecto suscriba alguna alianza para la operación de los PVD, toda la información relacionada con el aliado deberá ser remitida a la entidad contratante para su respectivo conocimiento y fines pertinentes. (Resaltado y subrayado de la Sala).

Lo anterior para insistir en el hecho que desde la convocatoria efectuada por FonTIC para el desarrollo del proyecto PVD, se previeron obligaciones respecto de los entes territoriales en aras de garantizar, la instalación, puesta en marcha y funcionamiento de los PVD.

A continuación se describen los requisitos mínimos exigidos por el FonTIC para la ubicación de los PVD, y que determinaba que los entes territoriales debían realizar una verificación previa a la presentación de sus propuestas:

## REQUISITOS MINIMOS DE UBICACIÓN DEL(LOS) PVD

LJ El sitio físico donde se implementará cada uno de los PVD. deberá localizarse en un municipio con cobertura de redes de fibra óptica o Banda Ancha que posibilite contar con servicio de conectividad terrestre, por medios tales como: fibra óptica, redes DSL, cable, radio enlace, etc. Toda vez que los Puntos Vive Digital deben contar con conexiones entre 2 y 6 Mbps dedicados para desarrollar capacitaciones de forma remota trabajo colatxxaiivo en los Puntos Vive Digital entre otras actividades.

? El sitio físico donde se Implementará cada uno de los PVD debe tener servicio de energía par interconexión eléctrica.

- El sitio físico donde se implementará cada uno de los PVD debe cumplir o poder adaptarse a las características físicas requeridas para cada una de

las tipologías mencionadas en el numeral 3.2 del Anexo Técnico,

obedeciendo a la necesidad de cada lugar. (Subraya la Sala),

Radicación interna 00002

Pagina 57 de 152

Sobre los aportes a realizar por el FonTIC se indicó en la convocatoria, que sus obligaciones serian ejecutadas por conducto de Fonade, hoy ENTerritorio, en los siguientes términos:

### APORTE - OBLIGACIONES ENTIDAD CONTRATANTE

Entidad Contratante: El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a través del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE.

Entregar la infraestructura instalada en sitio (equipos, mobiliario, señalización adecuaciones eléctncas y de datos) y donar la mencionada

ctura a la Entidad Pública y/o Ente Territorial que opere el

infraestrur

PVD

Proveer e, servicio de conectividad y el mantenimiento de equipos durante la etapa de operación por un periodo máximo de 18 meses

Brindar la orientación en Apropiación de TIC.

Dar lineamientos en torno a la operación y a la prestación de los servicios que se prestan en cada uno de los PVD.

Apoyar la promoción y difusión de los servicios de, PVD. (Resaltado y subrayado extra texto).

De este aparte, se confirma entonces que ENTemtorio (antes Fonade) era la entidad que asumía el cumplimiento de las obligaciones de FonTIC.

Adición a, mente, que en ,a convocatoria se incorporaron las obligaciones de los entes territoriales/entidades públicas, denominadas también ejecutores, así:

#### APORTE - OBLIGACIÓN EJECUTOR

Ejecutor: Pueden ser Ejecutores para operar uno o más Punto Vive Digital las Entidades Territoriales y/o Entidades Públicas con capacidad de suscribir Contratos interadministrativos. quienes bajo su cuenta, nesgo y responsabilidad podrán contar con uno o más aliado(s) con e, fin de involucrar la participación de terceros públicos o privados que permita buscar estrategias de apropiación, difusión y sostenibilidad a los PVD.

Identificar y poner a disposición un sitio físico para la ubicación de cada

Punto Vive Digital (PVD), de acuerdo a las tipologías especificadas en el

numeral 3.2 del anexo técnico, por un periodo mínimo de 18 meses.

Realizar las adecuaciones del sitio físico correspondiente a obras civiles

necesarias para que este cumpla con los requerimientos mínimos

Radicación interna 00002

Página 58 de 152

establecidos en el numeral 5.2 det anexo técnico, para la implementación

del PVD.

Garantizar el pago de los servicios públicos de cada lugar físico donde se implementará los PVD. así como el aseo y vigilancia ya sea de tipo electrónico o personal, garantizando el óptimo estado y seguridad del lugar por un periodo mínimo de 18 meses.

Garantizar la operación, administración y gestión, del (los) Punto(s) Vive Digital seleccionado(s) de conformidad con los lincamientos establecidos en el numeral 6 del anexo técnico, incluyendo la selección y contratación de los administradores o gestores de TIC que se necesiten por cada Punto Vive Digital por un periodo mínimo de 18 meses.

Garantizar la sostenibilidad de acuerdo a la propuesta presentada en la presente convocatoria, durante los 18 meses de operación del PVD.

0 Ejecutar el plan de apropiación, promoción y comunicación, de acuerdo a la propuesta presentada y a los lineamientos dados en el numeral 6 del anexo técnico.

Mantenerse en total coordinación con la Entidad Contratante, para el

desarrollo de las actividades enmarcadas en la operación misma del Punto

Vive Digital, así mismo, permitir a la Entidad Contratante, la verificación y evaluación de los servicios prestados en el Punto Vive Digital, bien sea a través de un interventor o un supervisor.

Deberá entregar informes mensuales respecto de los avances como se describe en el numeral 5.2 del anexo técnico, a partir del inicio de la operación dei Punto Vive Digital y hasta la

vigencia del contrato interadministrativo con FONADE

Garantizar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos generados

para la implementación y el desarrollo de cada uno de los PVD.

r. Garantizar que el PVD estara abierto a la comunidad mínimo ocho (8) horas dianas y cinco (5) días a la semana teniendo en cuenta las

costumbiBs de la población, salvo que ouaira algún evento de fuerza mayor

o caso fortuito. (Subraya y resalta la Sala).

Del contenido de las obligaciones antes listadas, se destacan aquellas que indican que los entes territoriales debían poner a disposición un sitio físico para la instalación del PVD. adelantarlas obras civiles para la adecuación del sitio físico a los requerimientos mínimos del anexo técnico que hicieran viable su implementación y funcionamiento, asi como el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones generadas para la implementación y desarrollo de cada uno de los PVD Es claro entonces que el FonTIC exigió a los entes territoriales que se

Radicación interna 00002

Pagina 59 de 152

cumplieran con dichos requerimientos para ser beneficiarios de la asignación de los PVD.

Es pertinente referirse también al numeral 5.2. del Anexo Técnico al que se alude en el aparte «APORTE - OBLIGACIÓN EJECUTOR», en tanto en dicho documento se incorporaron algunas obligaciones a cargo del Ejecutor, cuyo incumplimiento, a, parecer, ha tenido incidencia en la ejecución del contrato interadmin istrativo 989/212039 de 2012:

## 5.2 Entregables

A continuación se presentan los entregables que debe cumplir por

parte del ejecutor para la operación del Punto Vive Digital

Adecuación del Sitio En esta etapa se realizarán las adecuaciones locativas y obras civiles necesarias para garantizar los siguientes

requerimientos mínimos:

Piso en buen estado.

Techo en buen estado.

Puertas en buen estado.

Baños en buen estado

Preferiblemente con acceso a personas con discapacidad.

Informes mensuales de operación: El ejecutor deberá entregar informes mensuales a partir del

inicio de la operación del Punto Vive Digital y hasta la vigencia del contrato. Este deberá ser presentado a la Entidad Contratante los diez (10) días hábiles después de cumplido el mes. en CD o medio magnético y deberá como mínimo incluir lo siguiente:

[...]

Documentación de al menos una experiencia significativa en la implementación y/o uso práctico de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por parte de la comunidad que permitan evidenciar logros

en el proceso de acceso, uso y apropiación de las ÍIC.

Reporte de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos como parte de la promoción y divulgación del Punto Vive Digital

Informe de avance a las metas establecidas y las adicionales presentadas en la propuesta.

Diligenciar el formato de Control Ambiental adjunto al presente documento (Anexo No 1)

Radicación inlema 00002

Página 60 de 152

Mensualmente deberán mencionar como mínimo un acontecimiento o tema que pueda ser noticioso en cada Punto Vive Digital, con sus respectivas fotografías de apoyo en .jpg (Mínimo 3 fotos).

Adicionalmente se podrá solicitar la inclusión de nueva información por parte de la Entidad Contratante.

Los Informes deberán contener información clara y concisa, utilizar gráficos, apoyarse en estadística inferencial y descriptiva. Adicionalmente, deberán incluir análisis, conceptos y recomendaciones con relación a la ejecución del proyecto que permitan hacer un seguimiento cuantitativo y cualitativo de los avances logrados en e, Punto Vive Digital.

El Ente Territorial y/o Entidad Pública está en la obligación de adquirir la póliza - seguro contra todo riesgo para los equipos, bienes y mobiliario que le son donados a cada uno de los PVD.

Del contenido antes expuesto, se evidencia que fueron varios los compromisos exigidos por FonTIC a las entidades ejecutoras para ser beneficiarias de la asignación de los PVD. En cuanto al procedimiento previsto para la convocatoria se Indicólo siguiente:

**La asignación de Puntos Vive Digital será hasta e, agotamiento de los recursos disponibles para la Fase I de esta iniciativa. Deberá subir toda la documentación a la página web [www.compartel.gov.co/puntosvivedigital](http://www.compartel.gov.co/puntosvivedigital)- en el vinculo Convocatoria- y cada propuesta ingresará con un número de registro. Cabe anotar, que en caso de no diligenciar completamente los formatos de la propuesta, ésta será rechazada y deberá presentarla nuevamente.**

**Convocatoria: En el marco del Plan Vive Digital, el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por medio del Programa Compartel!, convocará a las Entidades Territoriales y/o Públicas a participar en ,a convocatoria para operar uno o**

## **más Puntos Vive Digital.**

Los lineamientos generales de la convocatoria se encuentran disponibles en [www.compartel.gov.co/puntosvivedigital](http://www.compartel.gov.co/puntosvivedigital). El enlace estará activo para el envío de documentos desde el 13 de agosto hasta el 13 de agosto de 2012.

Carta de intención y presentación de la propuesta: Las entidades interesadas pueden descargar de [www.compartel.gov.co](http://www.compartel.gov.co), - en el vínculo Convocatoria- los formatos de presentación de la propuesta con su guía respectiva y el formato de carta de intención. Una vez diligenciados deben enviarse como adjunto en formato .pdf (comprimido en .ZIP o .RAR) al programa Compartel a través de, mismo enlace. El enlace estará activo para el envío de documentos desde el 13 de agosto hasta el

13 de septiembre de 2012.

Radicación interna 00002

Página 61 de 152

**Una vez El Ejecutor (Entidad Pública y/o Ente Territorial) registre su información básica y suba la propuesta con sus anexos respectivos y la carta de intención en la página web [www.compartel.gov.co/puntosvivedigital](http://www.compartel.gov.co/puntosvivedigital), -en el vínculo Convocatoria-, se le notificará mediante correo electrónico la fecha, hora y un número de registro.**

Cabe anotar, que si El Ejecutor no sube toda la documentación que se relacionará a continuación, la propuesta será rechazada y perderá su número de registro, por lo que deberá presentar y cargarla nuevamente.

La documentación que debe ser cargada por cada Punto Vive Digital en PDF (comprimida en ZIP o RAR) a [www.compartel.gov.co/puntosvivedigital](http://www.compartel.gov.co/puntosvivedigital) es la siguiente: (...)

Recepción de propuestas y validación: El Fondo TIC a través de Compartel realizará la verificación de las propuestas presentadas.

Publicación de resultados: las entidades interesadas podrán consultar los resultados al finalizar el mes de septiembre en el enlace [www.compartel.gov.co/puntosvivedigital](http://www.compartel.gov.co/puntosvivedigital)

Firma de contrato: El Ejecutor y Fonade. procederán a firmar el contrato interadministrativo.

En ese orden, los entes territoriales debían revisar por anticipado, si atendían los requerimientos exigidos por FonTIC para ser beneficiarios de un PVD y en consecuencia, si podían presentar sus propuestas. De igual manera, les fue previsto un deber, en el sentido de descargar los formatos, diligenciarlos, enviar una carta de intención, entre otros, justamente porque lo pretendido por el FonTIC era garantizarla intención y firmeza de los compromisos de dichas entidades.

Finalmente, también se estableció, para lograr el fin del contrato, que Fonade, hoy ENTerritorio. suscribiera sendos contratos con proveedores de infraestructura, para que cumplieran con las obligaciones de instalación y puesta en funcionamiento y operación de los PVD.

Como se observa, el éxito del proyecto involucraba no sólo las prestaciones a cargo de

Fonade, hoy ENTerritorio, y de FonTIC, sino también el concurso de los entes territoriales, y de los proveedores de infraestructura.

La gestión se pactó a cargo de ENTerritorio. entidad que asumía la obligación de suscribir los contratos derivados y los convenios interadministrativos, como se ha indicado

Radicación interna 00002

Página 62 de 152

Conclusión

Del contenido de la convocatoria y del modelo de demanda previsto por FonTIC para la ejecución del proyecto «Puntos Vive Digital», se puede concluir lo siguiente:

1 El desarrollo y ejecución del proyecto demandaba de los entes territoriales el cumplimiento de determinadas obligaciones, las cuales fueron previstas desde la fecha de la apertura de la convocatoria, es decir, antes de la celebración de los contratos interadministrativos entre Fonade. hoy ENTerritorio y FonTIC, y ENTerritorio y los entes territoriales. Asimismo, la verificación del cumplimiento de tales obligaciones por parte de los entes territoriales, era un requisito para que presentaran sus propuestas y participaran de la convocatoria e incluso para que no fueran rechazadas.

Desde la convocatoria, se previó también que las obligaciones a cargo de FonTIC serían ejecutadas por parte de Fonade. hoy ENTerritorio.

La ejecución del proyecto implicaba que se celebraran los siguientes contratos: (i) Contrato interadministrativo entre ENTerritorio y FonTIC. (ii) convenios interadministrativos entre ENTerritorio y entes territoriales/entidades públicas o Ejecutores y. (iii) contratos derivados entre ENTerritorio y los proveedores de infraestructura.

Celebración del Contrato Interadministrativo núm. 989/212039 de 2012

En razón a lo expuesto, surtida la convocatoria y designados los beneficiarios de los Puntos Vive Digital, se celebró entre FonTIC y ENTerritorio (antes Fonade). el contrato interadministrativo núm. 989/212039 el 1 de noviembre de 2012. Dicho contrato fue objeto de diez (10) prórrogas, dentro de las cuales se efectuaban en ocasiones modificaciones y aclaraciones. Al respecto, se destacan las siguientes:

La Prórroga No. 4 y Modificación No. 5. conforme señaló la consulta, a través de ésta se aprobó la compra de 479 impresoras para la Fase 1, de las cuales eran objeto de donación 478, dado que se excluyó de esta la impresora instalada en el PVD del Edificio Morillo Toro en Bogotá.

La Prórroga No. 10 y Modificación No. 9 que previó la implementación de cuatro (4) nuevos PVD por parte de ENTerritorio. con los cuales se completaron los 499 PVD de la Fase 1. objeto de este contrato. Su Parágrafo Segundo dice así:

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** El total de Puntos Vive Digital que debe implementar FONADE en el marco del Contrato Interadministrativo de Gerencia de Proyectos No. 989 (FONDO TIC) y 212039 (FONADE)

corresponde a la suma de 499 Puntos Vive Digital Tradicionales, incluidos los 4 nuevos PVD objeto de la Prórroga No. 10 y Modificación No 9.

Según lo expuesto en la consulta, en el marco del contrato interadministrativo ENTerritono suscribió trescientos sesenta y siete (367) convenios interadministrativos con las entidades públicas territoriales beneficiarias de los respectivos PVD y trece (13) contratos derivados de ese acuerdo de voluntades.

Es pertinente advertir que si bien ENTerritono formalizaba un vínculo contractual con los entes territoriales, en los términos expuestos, el contrato interadministrativo entre FonTIC y ENTemtorio no incorporaba como parte a estas entidades territoriales para demandar de estas un mayor compromiso en sus obligaciones y conseguir lograr el cometido en la ejecución del proyecto.

Principales estipulaciones. Objeto, alcance y obligaciones de las partes

Expuestos los antecedentes bajo los cuales se suscribió el contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012 y los convenios y contratos a que dio lugar, es procedente analizar el contenido del mismo precisamente para determinar el marco de las responsabilidades asumidas por ENTerritono.

La Sala observa que, de acuerdo con el objeto del contrato, las obligaciones de las partes, la responsabilidad, los riesgos y el control sobre las actividades previstas para la ejecución de, contrato, así como lo relacionado con la remuneración, se puede concluir que el contrato interadministrativo suscrito entre ENTerritono y FonTIC involucraba una administración de recursos. Sin embargo, incorporaba también otras obligaciones, en particular, en lo relacionado con la contratación derivada, como se detallará más adelante.

En este sentido, es importante reiterar que, independientemente de la denominación que reciba un contrato, su contenido, que determina el alcance de las obligaciones de las partes. En este caso, como se ha explicado, el contrato fue llamado de «Gerencia Integral de Proyectos», y a diferencia de otros evaluados por la Sala, en los que se pactó de manera expresa el desarrollo del proyecto bajo el exclusivo riesgo y responsabilidad de ENTerritono, el contenido de las estipulaciones del que es objeto de estudio, estuvo delimitado a determinadas actividades, principalmente en relación con los contratos derivados

Valga señalar que el contrato interadministrativo núm. 989/212039 suscrito entre FonTIC y ENTemtorio el 1° de noviembre de 2012, se denominó como un contrato de gerencia integral de proyectos, conforme se lee «El FONADE se obliga con el FONDO TIC a realizar la Gerencia Integral de, Proyecto de Planeación, Implementación y Operación de Puntos Vive Digital Fase 1».

En las consideraciones de, contrato se indicaron las características de los servicios que ENTerritorio debía cumplir en virtud del contrato, así:

Respecto a la conveniencia para la celebración de, contrato interadministrativo se estableció en los estudios previos, en concordancia con e, Decreto 288 de 2004, que e, Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE- es una Empresa Industria, y Comercia, de, Estado, de carácter financiero, dotada de personería Jurídica, patrimonio autónomo, autonomía administrativa, vinculada a, Departamento Nacional de Planeación -DNP y vigilado (sic) por la Superintendencia Financiera, cuyo objeto de conformidad con ,o previsto en e, artículo 2° del Decreto 288 de, 29 de enero de 2004, es ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante

la preparación, financiación, administración y ejecución de propectos en cualquiera de sus etapas.

En cumplimiento de sus funciones FONADE desarrolla las siguientes líneas principales de negocios, a) Gerencia Integral de Proyectos de Desarrollo, b)

Administración de recursos para apalancar proyectos de desarrollo, c) Estructuración y promoción de proyectos de desarrollo: por lo anterior, FONADE se compromete a gerenciar en forma integral un proyecto acorde, con el

objeto señalado en el respectivo contrato.

FONADE tiene por objeto ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo mediante la preparación, financiación, administración y

eiexecución de proyectos de los mismos conforme a, artículo 3 de, citado Decreto. Asimismo, tiene dentro de sus funciones promover, estructurar, realizar la gerencia, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales, celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el esquema de

gerencia de proyectos, prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo (Subraya y resalta la Sala).

En la última consideración, la 21<sup>52</sup>, se ratifica que este contrato interadministrativo es de Gerencia Integra, de Proyectos

#### -Objeto y Alcance

El objeto del contrato fue consignado en la cláusula pnmera de, contrato, así:

"• "[ 1 21. Por las anteriores consideraciones y por la justificación contenida en los estudios previos, las partes procederán a suscibir un Contrato Interadmmistrativo de Gerencia Integral de Proyecto entre el FONDO TIC y FONADE, el cual se regirá por las siguientes cláusulas | 1\*-

Radicación interna 00002

CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: EL FONADE SE OBLIGA CON EL FONDO TIC A REALIZAR LA GERENCIA INTEGRAL DEL PROYECTO DE PLANEACION. IMPLEMENTACION Y OPERACIÓN DE PUNTOS VIVE DIGITAL FASE 1

La Gerencia Integral del Proyecto, según se indicó en la consideración num. 12. estaría determinada por el objeto del contrato. El parágrafo de la cláusula primera señaló su alcance:

[.] PARÁGRAFO ALCANCE: Para desarrollar el objeto del Contrato Interadministrativo. FONADE coordinará las gestiones necesarias para la ejecución del proyecto de Puntos Vive Digital Fase 1 por lo cual deberá realizar entre otras las siguientes actividades: 1). Suscripción de los Convenios interadministrativos con las Entidades

Públicas/Territoriales derivados de la Convocatoria realizada por ei

Programa Compartel del FONDO TIC de acuerdo con los beneficiarios

de la convocatoria los cuales se encuentran en el documento técnico del proveedor 2) Adelantar las actividades y procesos contractuales tendientes a materializar la solución integral frente a la necesidad de dotación del equipamiento técnico y prestación del servicio de conectividad en cada Punto Vive Digital de acuerdo con los requerimientos establecidos en el Documento Técnico del Proveedor, la normativa vigente y el manual de contratación de Fonade. 3) Adelantar las actividades y procesos necesarios para la contratación de la Interventoría del proyecto para

los Contrato(s) y Convenio(s) derivados. 4) Adelantar todas las

actividades necesarias que permitan el establecimiento y funcionamiento del equipo requerido para la supervisión definida por el FONDO TIC.

Del objeto del contrato se resalta el hecho de que las actividades de ENTerritorio se definieran como actividades de coordinación. En consideración de la Sala y cómo se detallará más adelante. ENTerritorio asumió bajo su riesgo y responsabilidad el cumplimiento de determinadas actividades, que según el numeral 2 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo, están circunscritas a las de contratación derivada.

Lo anterior de manera alguna quiere decir que ENTerritorio no tuviera a su cargo obligaciones esenciales para cumplir con la ejecución del proyecto en desarrollo del objeto del contrato interadministrativo, como se desprende de las cláusulas primera y tercera.

#### -Obligaciones de las Partes

En relación con las obligaciones de las partes la cláusula segunda incorporó las del FONTO TIC en los siguientes términos

Radicación inte/na 00002

CLÁUSULA SEGUNDA- OBLIGACIONES DEL FONDO TIC: Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición legal le corresponde, en desarrollo de, objeto del presente contrato, constituyen obligaciones de FONDO TIC las siguientes:

Entregar a FONADE el documento técnico del Ejecutor (Entidad territorial Pública) el cual contempla las obligaciones inherentes a la naturaleza del negocio jurídico y las específicas contenidas en la convocatoria y demás compromisos a asumir respecto al proyecto por parte de cada Ejecutor y el punto o puntos que se le aprobó el beneficio y asume los compromisos, así mismo entregar el documento técnico del Proveedor que contiene la Información técnica del proyecto (especificaciones y ficha técnica de la infraestructura técnica), dentro de los cinco (5) días calendarios siguientes al perfeccionamiento del Contrato.

Contar con las reservas presupuestales a comprometer en el negocio jurídico, así como proceder al desembolso de los recursos que por medio de este Contrato Interadministrativo se establecen para el desarrollo de su objeto, previo cumplimiento de las condiciones definidas para tal efecto.

Liderar la interacción con otras entidades relacionadas con el objeto del Contrato.

Elaborar conjuntamente con FONADE el plan operativo en el que se especifiquen las tareas, actividades y metas del presente contrato.

Ejercer la supervisión del presente Contrato Asimismo articulará las actividades y acciones pertinentes a ejecutar por parte de FONADE,

Entidades Públicas/Territoriales, y el(los) Proveedor(es) de bienes y del servicio de conectividad, así como la Interventoría, consolidando una sinergia entre las partes que redunden en el cumplimiento oportuno de los compromisos del FONDO TIC con las regiones.

Adoptar las medidas necesarias para mantener el equilibrio económico de, Contrato, de acuerdo con lo previsto en la ley

7 Suscribir el acta de inicio y liquidación del presente Contrato una vez exista acuerdo pleno sobre su contenido.

8. Definir a la terminación del contrato, la cuenta bancaria para el reintegro de los recursos pagados por FONDO TIC, no ejecutados e informar a

FONADE, en un término no superior a treinta (30) días contados a partir del vencimiento del

plazo de vigencia de, contrato (Subraya y resalla ,a Sala).

Según dicha cláusula, FonTIC de manera previa definió los términos y condiciones en que se llevaría a cabo el proyecto, las obligaciones que debían cumplir las

Radicación intema: 00002

Página 67 de 152

entidades territoriales/públicas denominadas también ejecutores, así como la información técnica del proyecto a ,a que se debían ceñirlos proveedores

De igual manera, FonTIC fue señalado como e, encargado de liderar la interacción con otras entidades en relación con el objeto de, contrato y a cargo de articular las actividades y acciones pertinentes a ejecutar por parte de ENTerritorio. las entidades públicas/territonales y los proveedores de bienes y del servicio de conectividad

El hecho de que FonTIC y ENTerritono tuvieran a cargo la elaboración conjunta de, plan operativo, que es el documento contentivo de las tareas, actividades y metas de, contrato, también permite inferir que FonTIC intervino en la ejecución del proyecto.

Además, se destaca ,a obligación prevista en el numera, 8 de la referida cláusula segunda, en cuanto pone de presente que los recursos no ejecutados por ENTerritorio en el proyecto, debían ser reintegrados a FonTIC.

En este sentido, es preciso señalar que los recursos pagados a ENTerritorio tenían una destinación específica y, por ta, razón, ENTemtorio no podía disponer de éstos libremente. Lo anterior, salvo la cuota de gerencia que correspondía a los honorarios, como contraprestación de, servicio prestado.

Esta estipulación refuerza la interpretación sobre el alcance de las obligaciones de ENTemtorio (antes Fonade), como administrador de los recursos que le eran entregados. De, valor total de, contrato, lo único que correspondía a ENTerritorio era e, valor de sus honorarios. E, resto debía ser ejecutado en el proyecto, o reintegrado, en su defecto.

Asimismo. FonTIC debía proceder con el desembolso de los recursos económicos establecido para el desarrollo de, contrato y ejercer la supervisión de, contrato, consistente en e, seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre e, cumplimiento del mismo, conforme lo ordena el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.

Sobre las obligaciones de ENTerritono (antes Fonade). ,a cláusula tercera de, contrato consignó ,o siguiente:

[...] CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES DE FONADE; Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición lega, ,e corresponden, en desarrollo del objeto del presente contrato FONADE cumplirá las siguientes:

1. Cumplir con el objeto y las actividades del alcance del contrato y las específicas que involucre la materialización de cada una de ellas.

Radicación interna: 00002

Adelantar bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad las actividades y los trámites precontractuales, contractuales, post-contractuales a que haya lugar para adelantar los procesos de selección y contratación de las personas naturales o jurídicas que se hagan necesarias para la

ejecución del objeto del contrato. En el evento en que los procesos de selección a que hubiese lugar, a través de cualquiera de las modalidades que se desarrolle, no culmine con la contratación, deberán realizarse nuevamente todas las actividades tendientes a cumplir dicho objetivo, hasta materializar las contrataciones que sean del caso.

Suscripción de los convenios interadministrativos con las

Entidades Públicas/ Territoriales derivados de la Convocatoria realizada

por el FONDO TIC de acuerdo con lo establecido en el listado de

municipios beneficiados que se encuentra en el Documento Técnico del Proveedor

Donar al momento de la aprobación de la instalación del PVD, todo el

equipamiento técnico en nombre del FONDO TIC, a las Entidades Públicas

y/o Entes Territoriales (Ejecutor), mediante la suscripción del acto en el que

se materialice la donación.

Prestar la asesoría necesaria para la estructuración, el desarrollo y ejecución del objeto del Contrato, en cuanto a aspectos técnicos, jurídicos y financieros.

Adoptar las medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato, de acuerdo con lo previsto en la ley

Adelantar la liquidación de contratos/convenios derivados, de

conformidad con lo señalado en el Manual de Contratación de Fonade.

Contar con un equipo interdisciplinario necesario y exclusivo para realizar el desarrollo de las obligaciones contractuales del objeto y su alcance, contando siempre con un (1) Gerente de Convenio con dedicación de tiempo completo el cual será la persona con la responsabilidad para administrar el Proyecto con el objetivo de alcanzar las metas propuestas (sic) Será el Interlocutor y representante de FONADE ante FONDO TIC.

Controlar y realizar seguimiento detallado en sus aspectos técnico, financiero, jurídico y social del(los) contrato(s) y convenio(s) derivados en desarrollo del objeto del Contrato

10 Elaborar conjuntamente con el FONDO TIC el plan operativo en el

que se especifiquen las tareas y actividades y metas del contrato

11. Presentar al FONDO TIC informes de gestión sobre el avance de ejecución del Contrato. El informe de gestión incluye aspectos precontractuales. contractuales. post-contractuales. y ejecución

Radicación interna. 00002

Página 69 de 152

presupuestal el cual será elaborado de acuerdo con el modelo de informe diseñado por FONADE para tal fin, y será entregado a los quince (15) días hábiles a partir del vencimiento trimestral calendario excepto el Informe de gestión final que será entregado a los treinta (30) días hábiles a partir del vencimiento del contrato y cada vez que así lo requiera el FONDO TIC.

12 Presentar al FONDO TIC un informe bimestral de ejecución financiera, donde se reporten los pagos efectivos derivados de la ejecución del Contrato, con el fin de que se realice el reconocimiento contable de los hechos financieros, económicos y sociales que correspondan. Este informe será entregado a los veinte (20) días hábiles a partir del vencimiento de cada bimestre calendario.

Suscribir junto con el FONDO TIC las actas de iniciación y liquidación del presente Contrato

Utilizar los recursos pagados por el FONDO TIC para los fines señalados en el presente contrato.

Manejar los recursos en una cuenta bancaria especial o cuenta

contable independiente

Reintegrar los recursos pagados por FONDO TIC que no fueron

ejecutados, dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del

acta de liquidación del contrato correspondiente. Los recursos a transferir será la suma NETA resultante de descontar las partidas necesarias para cubrir los impuestos y contribuciones que se generen por dicha transferencia.

Incluir a FONDO TIC como beneficiario de las garantías que se constituyan en los contratos o convenios derivados que se celebren para el cumplimiento de, presente objeto contractual

PARÁGRAFO.- La obligación que asume FONADE en el presente Contrato se limita al monto de los recursos entregados para la

ejecución del objeto del Contrato. En el evento de presentarse durante la ejecución o con ocasión de la misma, circunstancias que impliquen el reconocimiento y/o pago de sumas de dinero superiores a las entregadas a FONADE en virtud del presente Contrato, el FONDO TIC se compromete a adelantar las gestiones necesarias para la consecución de los

recursos fallantes previo análisis y aprobación del Comité Operativo

FONADE sólo responderá por la custodia de los bienes adquiridos en virtud

de este Contrato, hasta su entrega real y material (Subraya y resalta la Sala)

Del contenido de las obligaciones a cargo de ENTerritono, se destacan en este momento aquellas que la Sala estima relevantes para efectos de establecer el alcance de su responsabilidad, en particular las siguientes:

1. ENTerritorio se obligó a cumplir el objeto de, contrato, de acuerdo al alcance definido en el mismo, esto es. de acuerdo a las indicaciones y parámetros indicados por FonTIC. teniendo en cuenta que esta última entidad intervino en la elaboración del plan operativo, a través de, cual se fijaron las tareas, actividades y metas de, proyecto.

2 De igual forma. ENTerritorio se obligó a celebrar dos tipos de contratos: (i, los contratos derivados, con los proveedores de infraestructura para cumplir con e, objeto de, contrato, esto es, para ,a materialización de la solución integral, consistente fundamentalmente en la dotación del equipamiento técnico y la prestación del servicio de conectividad en cada Punto Vive Digital, y (ii) los convenios mteradministrativos con las entidades territoriales beneficiarías de los PVD.

En relación con los contratos derivados, según e, numera, 2 de la cláusula tercera de, contrato interadministrativo. ENTerritorio asumió un riesgo y responsabilidad que se refería a «[...1 las actividades y trámites precontractuales, contractuales y postcontractuales, en particular, para adelantar los procesos de selección y contratación de las personas naturales o jurídicas que resultaran necesarias para la ejecución del objeto

del contrato. [...]]»

En otros términos. ENTerritorio bajo su propio riesgo y responsabilidad asumió la obligación de realizar diligentemente todas las actividades que resultaran necesanas para lograr la materialización de las contrataciones a que hubiera lugar. Esto se ratifica en el aparte de dicha cláusula en e, que se indica: «En el evento en que los procesos de selección a que hubiese lugar, a través de cualquiera de las modalidades que se desarrolle, no culmine con la contratación, deberán realizarse nuevamente todas las actividades tendientes a ello, hasta materializar las contrataciones que sean del caso». (Negrilla de la Sala).

Es importante resaltar que e, numera, 2 de la cláusula tercera de, contrato, de manera expresa se refiere a la celebración de los contratos derivados, mas no a los convenios interadministrativos con las entidades territoriales beneficiarlas

üe los PVD.

En los contratos derivados, las contrapartes de ENTerritorio. esto es. los contratistas, actuaban como terceros diferentes de las partes de, contrato interadministrativo. sin que dicha circunstancia determinara una limitación o exoneración de la responsabilidad de ENTerritorio frente a FonTIC en e, cumplimiento de las obligaciones de, contrato interadministrativo 989/212039 del 1 de noviembre de 2012. como las relacionadas con la entrega e instalación de ,a infraestructura técnica y la prestación de, servicio de conectividad en cada Punto Vive Digital

denvados. las de controlar y realizar el seguimiento de los aspectos técnico, financiero, jurídico y social de los contratos, así como la de adelantar su liquidación, según los numerales 7 y 9 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo.

Que los recursos pagados a ENTerritorio por concepto del valor del contrato, salvo lo correspondiente a la cuota de gerencia, tenían una destinación específica.

En ese orden. ENTerritorio no podía disponer de estos a su arbitrio, tanto así que debían ser administrados bajo una cuenta especial de manera que se garantizara su independencia y pudiera existir una identificación y trazabilidad sobre su utilización. Asimismo, ENTerritorio debía proceder al reintegro de los recursos no ejecutados en el proyecto.

De haberse pactado en el contrato que ENTerritorio recibiría como conlraprestación de sus servicios el valor total del contrato, no hubiese tenido la obligación de reintegrar a FonTIC los recursos no ejecutados en el proyecto.

La obligación que asumió ENTerritono, se limitó al monto de los recursos entregados para la ejecución del contrato, de manera que si en la ejecución del mismo, debían reconocerse o pagarse sumas de dinero superiores a las entregadas a ENTerritorio. por hechos imprevisibles en la ejecución del contrato. y no Imputables al incumplimiento de sus obligaciones, FonTIC se obligaba a adelantar las gestiones necesarias para conseguirlos recursos.

De igual manera, le correspondía a ENTerrtorio celebrar los convenios interadministrativos con los municipios o entidades territoriales beneficiadas con

dicha convocatoria.

En relación con estos convenios, ENTerritorio debía realizar todas las gestiones necesarias y la diligencia debida para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato interadministrativo 989/212039 de 2012

EN lernlonu a través ùe dichos convenios Incorporó la obligación de donación del equipamiento técnico de los PVD y las obligaciones a cargo de los municipios o tales entidades, que debían garantizar la prestación del servicio de Internet a la comunidad, conforme se había establecido en la convocatoria.

Conviene en este punto, llamar la atención sobre la obligación de ENTerritorio establecida en el numeral 4 de la Cláusula Tercera:

4. Donar al momento de la aprobación de la instalación del PVD, todo el equipamiento técnico en nombre del FONDO TIC a las Entidades Públicas y/o

Radicación interna. 00002

Página 72 de 152

Entes Territoriales (Ejecutor), mediante ,a suscripción del acto en el que se materialice la donación.

La estipulación se refiere a ,a donación de, equipamiento técnico y la instalación del PVD. en nombre de FonTIC, a, municipio o la entidad pública beneficiada, que se llama en este caso «ejecutor», pues queda a cargo de ,a gestión y administración de, PVD.

Interesa destacar también otras obligaciones de ENTerritorio en relación con la liquidación de los contratos y convenios derivados (numera, 7), la suscripción del acta de liquidación de, contrato (numera, 13) y e, reintegro de los recursos pagados por FonTIC dentro de los treinta (30) días siguientes a ,a liquidación de, contrato correspondiente (Numera, 16).

### -Remuneración

Analizadas las cláusulas del contrato correspondientes al objeto y alcance del contrato y las obligaciones de las partes, la Sala considera necesario evaluar ,o concerniente a la remuneración de, contrato. Al respecto, en la cláusula cuarta se previó el valor del contrato, que incorporó el valor por concepto de remuneración de los servicios de ENTerritorio. En ese sentido, se indicó que la contraprestación correspondería al 3.6.% del valor de, contrato, y dicho monto se denominaría «Cuota de Gerencia». Dicha cláusula está prevista en los siguientes términos:

VALOR DEL CONTRATO: E, valor de, presente contrato es hasta por la suma de NOVENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$97.482.668.972) MCTE incluido IVA. para la ejecución del contrato, en el cual se encuentran comprendidos todos los costos directos e indirectos y los impuestos a que haya lugar, incluida la cuota de gerencia de FONADE, correspondiente a, (3.6%) por la suma de TRES MIL QUINIENTOS VEINTISEIS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$3.526.260.000) descontando el valor de gravámenes de movimientos Financieros (GMV). (Subraya y resalta ,a Sala)

E, contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012 celebrado entre FonTIC y ENTerritono tuvo un valor total, incluida,a adición, equivalente a ciento veintinueve millones novecientos noventa y siete millones setenta y ocho mil setecientos cincuenta y dos pesos (COP \$121.997.078.752) y estuvo vigente hasta el 30 de septiembre de 2018, sin que hasta la fecha se hubiese efectuado la liquidación del mismo.

Se resalta también de la cláusula cuarta los siguientes párrafos:

PARÁGRAFO PRIMERO.- La obligación que asume FONADE en el presente contrato se limita hasta el monto de los recursos entregados

Radicación interna 00002

Página 73 de ,52

para la obtención de los bienes y/o servicios necesarios para la

ejecución del objeto del mismo, en condiciones normales. PARAGRAFO

SEGUNDO.- En el evento de prórroga o modificación del contrato las partes revisarán el importe del costo adicional por los costos de

gerencia del contrato. PARAGRAFO TERCERO.- Los costos que se

**generen por concepto del impuesto del 4xMIL que con posterioridad se generen por la expedición de nuevas disposiciones legales, serán cancelados con cargo a los recursos del Contrato FONADE realizará las gestiones correspondientes ante las autoridades**

**competentes para solicitar su exoneración, en caso de que hubiere lugar a ello.**  
**PARÁGRAFO CUARTO - El Costo de Gerencia no incluye el Gravamen a los Movimientos Financieros derivado de las operaciones de desembolso de FONADE frente a los proveedores de bienes y servicios quienes están obligados a asumirlo. (Resaltado y subrayado de ,a Sala)**

Como ya se ha señalado en forma previa, del contenido de la cláusula cuarta se destaca que se estipuló que los servicios de ENTemtorio tendrían como contraprestación el pago de una cuota de gerencia, cuyo monto no correspondía al valor total del contrato.

En ese orden de ideas, se reitera que los recursos desembolsados por FonTIC a ENTerritono serían entregados a dicha entidad para ser administrados en la ejecución del proyecto, limitándose la obligación de ENTerritono al valor entregado. Lo anterior, ratifica que ENTerritono no podía disponer libremente de estos recursos puesto que tenían una destinación específica .

Dicha conclusión es ratificada por el contenido de los párrafos pnmero, segundo y tercero, que ponen de presente que cualquier costo adicional debía ser revisado y asumirse con los recursos del proyecto, mas no por cuenta y riesgo de ENTemtorio.

#### -Forma de Pago

En la cláusula quinta se estipuló la forma de pago, as,:

CLAUSULA QUINTA. FORMA DE PAGO: El valor de, Contrato será pagado por EL FONDO TIC, de la siguiente manera:

Un primer pago correspondiente a la suma de TREINTA Y CINCO MIL NOVENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$35.093.760.829) de, valor tota, de, contrato, contra la estructuración de las reglas de participación de los procesos de selección para la compra de infraestructura técnica, servicio de

conectividad y su correspondiente interventoria, y la publicación de los avisos de la Convocatoria, pagaderos a partir del 15 de Noviembre de 2012.

Radicación interna 00002

Pagina 74 de 152

Un segundo pago correspondiente a la suma de CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (\$46.570.310.593) del valor total de contrato, contra la suscripción del 10% de los convenios interadministrativos derivados de la Convocatoria con las Entidades

Públicas/Territoriales. pagaderos a partir del 1 de Diciembre de 2012.

Un tercer pago correspondiente a la suma de DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTO VEINTICNICO PESOS (\$2.636.432.925) del valor total del contrato. previa aprobación del informe del último trimestre del año 2012. pagaderos a partir del 15 de febrero de 2013

Un cuarto pago correspondiente a la suma de DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$2.636.432.925) del valor total del contrato, previa aprobación del primer informe trimestral del año 2013, pagaderos a partir del 3 de mayo de 2013.

Un quinto pago correspondiente a la suma de DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$2.636.432.925) del valor total del contrato, previa aprobación del segundo Informe trimestral del año 2013. Pagaderos a partir del 19 de Agosto de 2013.

Un sexto pago correspondiente a la suma de DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$2.636.432.925) del valor total del contrato, previa aprobación del tercer Informe trimestral del año 2013, pagaderos a partir del 3 de mayo de 2013. Pagaderos a partir del 14 de Noviembre de 2013.

Un séptimo pago correspondiente a la suma de DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$2.636.432.925) del valor total del contrato, previa aprobación del cuarto informe trimestral del año 2013, pagaderos a partir del 17 de Febrero de 2014

Un quinto pago correspondiente a la suma de DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$2.636.432.925) del valor total del contrato. previa aprobación del primer informe trimestral del año 2014, pagaderos a partir de, 9 de mayo de 2014.

PARAGRAFO PRIMERO: Los desembolsos quedan condicionados a la presentación de la cuenta de cobro correspondiente, previa aprobación por parte del supervisor de las condiciones requeridas para cada desembolso

En el caso en que el cumplimiento de la condición no se de en la

Radicación interna 0000?

Página 75 de 152

oportunidad señalada, el FONDO TIC no efectuará el desembolso hasta cuando FONADE evidencie el cumplimiento de las obligaciones respectivas, previa aprobación por parte del supervisor del contrato [...].

(Subrayado de la Sala).

El hecho de que los desembolsos estuvieran condicionados a la aprobación por parte de, supervisor, previo e, cumplimiento de varias condiciones, confirma que los recursos entregados a ENTerritorio debían ser administrados para cumplir con una destinación específica. Lo anterior, en la medida en que los recursos destinados a la ejecución del proyecto provenían del FonTIC.

-Destinación de los rendimientos financieros

La cláusula séptima del contrato previo que los rendimientos financieros podrían ser aportados por ENTerritorio a, contrato para cumplir con los objetivos de, proyecto, así:

**CLAUSULA SÉPTIMA.- DESTINACIÓN DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS:**

Para lograr los cometidos señalados en el objeto de, presente Contrato. FONADE podrá aportar al Contrato los rendimientos financieros que se generen previo descuento de todos los costos,

gastos, impuestos, tasas y contribuciones que dicho aporte llegue a

generar, requiriéndose para ello de ,a suscripción de la modificación respectiva.

PARÁGRAFO PRIMERO. El aporte de rendimientos financieros por parte de FONADE se hará previa definición de la destinación de los recursos al proyecto y/o proyectos contemplados en el plan operativo del Contrato, previo ajuste de dicho documento y de, cumplimiento de los procedimientos internos de FONADE. PARÁGRAFO SEGUNDO. Para que los aportes de rendimientos puedan ser ejecutados dentro del plazo de ejecución del Contrato, la modificación del mismo podrá efectuarse hasta tres meses antes de su vencimiento. PARÁGRAFO TERCERO En e, evento que por cualquier circunstancia no sea posible o no se requiera aportar al Contrato los rendimientos financieros, estos deberán ser devueltos en su totalidad a su fuente de origen es decir FONADE. (Resaltado y subrayado por ,a Sala).

S, bien es cierto, bajo el principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden estipular los derechos y obligaciones de, contrato como ,o ha indicado ya la Sala en otros conceptos<sup>63</sup>, se advierte que e, contenido de esta cláusula no resulta

**<sup>05</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Concepto 2299 del 12 de diciembre de 2017 (Rad 11001-03-06-000-2016-00106-00- (...) III) Del caso concreto y Conclusiones. Aunque la presente consulta se refiere al convenio Interadministrativo No 040 de 2012, suscrito entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - Fondo de Inversión para la Paz y el Fondo Nacional de Desarrollo -FONADE- del cual no se infiere claramente el alcance de la obligación de resultado de FONADE, a que alude el concepto de esta sala del 30 de abril de 2008. mencionado en los antecedentes, se considera importante para emitir el concepto otorgar plenos efectos al principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto a la disponibilidad de los**

Radicación interna 00002

Página 76 de 152

acorde con las demás estipulaciones de, contrato, de, cual se desprende, como se ha evidenciado, que los recursos del contrato tenían una destinación específica

En ese sentido, conviene citar el siguiente aparte de, Concepto núm. 2299 del 12 de diciembre de 2017 en el que,a Sala indicólo siguiente

Es importante acasar que los rendimientos financieros pertenecen a FONADE en cuanto correspondan al pago de un precio solo para aquellos contratos que impliquen una obligación de resultado, de tal manera que responda por su ejecución bajo su cuenta y riesgo, con sujeción a los límites de la ley.

**Por tanto, en virtud a la fuerza obligatoria que emana de dicha relación contractual, las obligaciones pactadas en el contrato deben ser cumplidas en virtud a, principio «pacta sunt servanda» previsto en e, artículo 1602 del Código Civil, según el cual el contrato válidamente celebrado es ley para las partes (Resaltado de la Sala).**

De acuerdo con el concepto de la Sala del año 2017 antes referido, la propiedad de los rendimientos financieros será de ENTerritono. siempre y cuando hayan sido entregados como pago de un precio, es decir como contraprestación de sus servicios, hecho que no se presenta en e, presente contrato, pues como se ha detallado, para e, caso objeto de estudio, se previó que la remuneración de ENTemtorio correspondía a unos honorarios («cuota de gerencia») y no al valor tota, de, contrato. Es por ta, razón que ,a Sala considera, en armonía con pronunciamientos anteriores, que el contenido de la cláusula séptima no tiene correspondencia con el objeto del contrato, ni con las obligaciones y responsabilidad de las partes.

No obstante, esta estipulación no desvirtúa ni modifica el alcance de las demás cláusulas de, contrato, ni sus expresas y claras disposiciones, que permiten afirmar, en una interpretación sistemática, que la obligación de ENTemtorio correspondía a la de un administrador de recursos, sin perjuicio de lo expuesto frente a ,a contratación derivada. Por ta, razón, tales recursos, exceptuando ,a cuota de gerencia, tenían una destinación específica en los términos del contrato.

-Supervisión del Contrato

**rendimientos en los contratos de obra en los cuales FONADE realice la obra por su cuenta y riesgo**

En virtud al principio de la autonomía de la voluntad, en la cláusula séptima del Convenio No. 040 de 2012, se pacto claramente que FONADE aportara los rendimientos financieros en los proyectos objeto del presente convenio e igualmente en los adicionales que sean propuestos por el DPS, motivo porel cual se debe modificar el convenio para adicionar los rendimientos a, valor inicia,mente fijado

Radicación Interna 00002

Página 77 de 152

En la cláusula octava del contratóse consignó cómo se adelantaría la supervisión del contrato, así:

CLAUSULA OCTAVA. SUPERVISION DEL CONTRATO. La Supervisión del Contrato, estará a cargo de la persona que el FONDO TIC contrate o designe para tal fin. Esta persona hará la supervisión y el seguimiento técnico y financiero, a ia ejecución de, contrato. El supervisor desarrollara las siguientes actividades: 1) Suscribir el acta de inicio del contrato; 2) Verificar y exigir la adecuada ejecución del contrato, con observaciones

soportadas en los informes enviados por FONADE; 3) Solicitar a FONADE y revisar soportes complementarios que aclaren el alcance de los informes

de gestión cuando sea necesario. 4) Dar visto bueno a los informes de gestión presentados por FONADE en desarrollo del objeto del contrato. PARÁGRAFO PRIMERO En virtud de los

convenios y contratos derivados en desarrollo del objeto del Contrato suscrito entre FONDO TIC y FONADE. FONADE es responsable del control, y seguimiento detallado en sus aspectos técnico, financiero, jurídico, social y ambiental de, proyecto a través de la supervisión y/o Interventoría que contrate o designe para tal fin.

El FONDO TIC como responsable del cumplimiento de la meta de gobierno asociada a la iniciativa Puntos Vive Digital y de asegurar el cumplimiento de la finalidad de los recursos, a través del Programa Compartel. articulará las actividades y acciones pertinentes a ejecutar por parte de FONADE, Entidades Públicas/Territoriales, y el (los) Proveedores de bienes y del servicio de conectividad, así como la interventoría, consolidando una sinergia entre las partes que redunden en el cumplimiento oportuno de los compromisos del FONDO TIC en las regiones De igual manera. FONDO TIC como responsable de, cumplimiento del Plan Vive Dígita, incluido en el Plan Nacional de Desarrollo, a través de, Programa Compartel. velará porque los recursos aportados sean aplicados oportuna y adecuadamente para los fines del proyecto, en el marco del contrato FONADE - FONDO TIC. FONDO TIC podrá hacer las recomendaciones que considere necesarias para el cabal desarrollo del proyecto y el cumplimiento de las obligaciones de las partes Así mismo FONADE reportará a FONDO TIC todas las actividades efectuadas correspondientes al seguimiento y control del contrato y/o convenio derivados, a través de un comité técnico. (Resaltado y subrayado de la Sala)

La cláusula octava del contrato además de prever, o relacionado con, a supervisión de, contrato, establece algunas obligaciones a cargo de ENTerritorio frente a FonTIC que son relevantes, en la medida en que se trata de la presentación de informes y de reporte sobre las actividades adelantadas, circunstancia que evidencia que es FonTIC e, responsable de, control, y seguimiento de las actividades para el cumplimiento del proyecto.

La Sala destaca que se consagró a cargo de FonTIC la obligación de velar por, a aplicación oportuna y adecuada de los recursos a los fines de, proyecto

Radicación interna 00002

Página 78 de 152

Asimismo, se estipuló que esta entidad pudiera hacer las recomendaciones que considerara

necesarias para e, cabal desarrollo y cumplimiento de las obligaciones de las partes, y que ENTerritono tuviera que informar, a través de un comité técnico, todas las actividades correspondientes al seguimiento y control del contrato.

De igual forma, ,a Sala estima relevante que en el contrato se indique que FonTIC asumía la responsabilidad de las siguientes obligaciones: (i) el cumplimiento del proyecto; (ii) asegurar el cumplimiento de la finalidad de los recursos, y (iii) articular las actividades y acciones de las partes involucradas en la ejecución del proyecto, incluida ENTerritono.

En ese sentido, se observa que se pactó en el contrato que FonTIC tendría una participación activa en la ejecución del contrato.

#### -Propiedad y destinación de los bienes

En relación con los bienes que conforman e, equipamiento técnico de los PVD. se pactó que serían donados por ENTemtorio, en nombre del FonTIC, a las entidades territoriales. En la cláusula décima se previó dicha obligación en los siguientes términos:

CLÁUSULA DÉCIMA. PROPIEDAD Y DESTINACIÓN DE LOS BIENES FONADE adquiere el equipamiento técnico que compone cada Punto Vive Digital siguiendo los procedimientos de selección contemplados en e, manual de contratación de FONADE y donará al momento de la aprobación de la instalación del PVD, a nombre del FONDO TIC dicha infraestructura, es decir, los bienes comprendidos en equipos tanto en hardware como en software, señalización, cableado estructurado y mobiliario, a la Entidad Pública y/o Ente Territorial (Ejecutor), que esté operando cada uno de los Puntos Vive Digital. En el acto de donación debe incluirse la condición de destinación específica de los bienes a la prestación de los servicios para los cuales fueron adquiridos en cada uno de los Puntos Vive Digital so pena de ser exigido e, reintegro de los bienes hasta la vigencia del Convenio Interadministrativo. Al ser aprobada la instalación del PVD. FONADE se obliga a suscribir e, correspondiente convenio de donación en e, que conste la donación en nombre del FONDO TIC y recibo con e, representante legal del Ente Territorial/Entidad Pública (Ejecutor) al que pertenezcan los Puntos Vive Digital, en la cual se debe identificar e individualizar todo el equipamiento técnico y establecer que el Ente Territorial/Entidad Pública recibirá los bienes en donación, por lo cual, e, Ente territorial y/o Entidad Pública tiene la obligación de adelantar y tomar medidas administrativas necesarias para recibir la donación de, equipamiento técnico y asegurarse de su conservación y los fines para los cuales fueron donados.

Radicación interna: 00002

Página 79 de 152

PARAGRAFO PRIMERO: Estos bienes objeto de donación deberán ser destinados específicamente al desarrollo, ejecución y servicio del PVD En caso contrario. FONADE queda facultado para resolver el acto en el que conste ,a donación de la infraestructura técnica instalada en los PVD. Durante la vigencia del presente contrato FONADE recibirá los bienes y determinará el traslado a un nuevo Punto Vive Digital. Para la liquidación del contrato FONADE entregará al FONDO TIC los bienes recibidos que no hayan sido objeto de traslado (...) (Resaltado y subrayado de la Sala).

De ,o dispuesto en esta cláusula, la Sala considera relevante destacar que la propiedad sobre el equipamiento técnico es de FonTIC y que en virtud del contrato interadministrativo, se ordena

la transferencia de la propiedad de dicha infraestructura a las entidades territoriales, a través de, acto de donación, que como se indicará más adelante, requiere de escritura pública.

Se destaca también, desde este momento, que la donación tiene una condición, que las entidades territoriales cumplan con la destinación específica de tales bienes, que corresponde a ,a prestación de los servicios para los fines que fueron adquiridos y transferidos.

#### -Liquidación

Respecto de la liquidación del contrato, la Cláusula Vigésima Sexta dispuso lo siguiente:

**CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA - LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO:** Vencida la vigencia del Contrato y dentro de los plazos legales vigentes se liquidará el contrato. Para tal efecto, se elaborará y suscribirá un documento, con base en el proyecto de acta de liquidación preparada por FONADE dentro de los 6 meses siguientes al vencimiento del plazo contractual, en la cual se deberán declarar la sumas recibidas y se liquidarán los valores correspondientes a su ejecución, la cual debe tener como soporte el informe de término y la certificación de cumplimiento del objeto suscrita por el supervisor. **PARÁGRAFO. Si resultan saldos con relación a los recursos del Contrato, FONADE se compromete a**

reintegrarlos en el mes siguiente del vencimiento del mismo. Para ,a liquidación de, contrato FONADE presentará un informe de terminación, el cual se elabora con base en los alcances y lineamientos diseñados por FONADE para tal fin dentro de su sistema de gestión de calidad. (Resaltado y subrayado de la Sala)

Del contenido de la referida cláusula se resaltan dos aspectos: (i) el primero, que vencida la vigencia del contrato, lo procedente es la liquidación. (ij) el segundo, que ENTerritorio tiene una obligación de reintegrarlos recursos no ejecutados en e, proyecto, disposición que pone de presente que fueron entregados para cumplir una finalidad específica determinada por FonTIC

Radicación interna: 00002

Página 80 de 152

En ese orden de ideas. ENTerritorio debía proceder a entregar los recursos pagados, en caso de no ejecutarlos, de lo cual se puede concluir que se entregaron para ser administrados en la ejecución de un proyecto.

#### -Conclusiones

-De lo expuesto en precedencia, la Sala observa en relación con la responsabilidad a cargo de ENTerritorio en el contrato interadministrativo num. 989/212039 del 1 de noviembre de 2012, lo siguiente:

Que no se dispuso, como en otros contratos, que dicha entidad debía asumir de manera exclusiva y bajo su cuenta y riesgo, la ejecución del proyecto.

En relación con los contratos derivados, se estipuló que ENTerritorio asumía bajo su exclusiva cuenta y riesgo la realización de los trámites y actividades concernientes a los procesos de selección, suscripción, supervisión y liquidación de tales contratos y que su responsabilidad se limitó a la diligente realización de dichas actividades.

- Que en los convenios interadministrativos que celebró ENTerritorio, las entidades territoriales beneficiarias de los PVD son terceros diferentes a dicha entidad y no hacen parte del contrato interadministrativo.

En consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones de ENTerritorio debe ser evaluado con fundamento en lo pactado en el contrato y bajo la premisa de que las actuaciones de los entes territoriales beneficiarios de los PVD son de terceros diferentes de las partes del contrato. En ese sentido, la Sala verificará los documentos aportados para establecer si la conducta de los entes territoriales exime la responsabilidad de ENTerritorio para cada uno de los hechos sobre los cuales se formula la consulta.

-Asimismo, se resalta que se estipularon vanas cláusulas que evidencian que ENTerritorio, en ejecución del contrato debía reportar a FonTIC el desarrollo y los

avances sobre las actividades adelantadas, y que sus informes requerían de, visto bueno del supervisor del contrato. Incluso que debían ser ajustados o modificados por ENTerritorio, cuando así fuera requiendo por el supervisor para que se diera el desembolso de los recursos.

-En cuanto a los recursos, la Sala concluye que fueron entregados para ser administrados por ENTerritorio. Lo anterior, en la medida en que los recursos tenían una destinación específica, debían ser manejados en forma independiente y aquellos que no fueron ejecutados debían ser reintegrados a FonTIC.

Radicación interna 00002

Página 81 de 152

Lo mismo debe decirse respecto del equipamiento técnico. Toda la infraestructura debía ser transferida y entregada a las entidades territoriales en nombre del FonTIC. Aquellos que no fueran objeto de traslado, debían ser entregados al FonTIC por parte de ENTerritorio<sup>54</sup>. Es decir, todo el equipamiento técnico pertenece a FonTIC mientras no sea donado. Una vez perfeccionada la donación, el titular será el ente territorial

Por consiguiente, si existe infraestructura y equipamiento técnico que no hayan podido ser instalados en un PVD, por razones ajenas al cumplimiento de las obligaciones de ENTerritorio, al ser estos bienes propiedad de FonTIC, deben ser entregados por ENTerritorio, y a su vez, recibidos por aquella entidad, en el menor tiempo posible, dejando constancia de las razones que impidieron la instalación en el PVD. Este insumo será necesario para la futura liquidación del contrato.

-En cuanto a la contra prestación por los servicios de ENTerritorio, se pactó reconocerle un porcentaje sobre el valor del contrato, denominado cuota de gerencia, el cual fue definido dentro del monto total, según su cláusula cuarta

En ese orden, la Sala encuentra que, en este contrato, el alcance de la gerencia integral del proyecto para la implementación y funcionamiento de los PVD fue de una administración de recursos, con las aclaraciones indicadas respecto de la contratación derivada.

Ahora bien, sin perjuicio de las conclusiones anteriores, a las que se ha llegado en relación con este contrato interadministrativo, en particular, la Sala considera importante recordar que, en todos aquellos casos en los que las partes no definan de manera expresa el alcance de las

obligaciones, los riesgos y las responsabilidades que asumen en virtud de un contrato, resulta necesario aplicar lo dispuesto en las normas legales que regulan tales asuntos, especialmente, los artículos 1604 y siguientes del Código Civil.

Las controversias suscitadas en la ejecución del contrato y planteadas en la consulta

En este acápite se evaluarán los hechos que motivaron las diferencias entre ENTerritorio y FonTIC a la luz de las estipulaciones del contrato interadministrativo y teniendo en cuenta las conclusiones sobre las obligaciones de las partes.

Respecto de cada controversia, la Sala tendrá en cuenta para la emisión del concepto, los hechos presentados en la consulta, que, según lo indicado por las partes, ha variado como resultado de la gestión conjunta adelantada. Asimismo.

Contrato Interadministrativo Cláusula Décima. Parágrafo Pnmero.

Radicación Inlema: 00002

Página 82 de 152

los argumentos jurídicos y posición de cada una de ellas, el contenido del contrato, la documentación aportada, así como la suministrada con ocasión de los requerimientos formulados por el Despacho del Magistrado Ponente, y ia entrar<sup>1</sup> í requerida en las citadas reuniones, del 16 de octubre v 29 de noviembre de 2019.

En ese sentido, valga precisar de acuerdo con los antecedentes relacionados en la cónsul, i nechos que generaron las controversias, que se circunscriben a: 1) Implementación del PVD en el Municipio de Guapi. 2, Acreditación de la donación de la Infraestructura de los PVD; 2) Costos de la prueba de donación. 3) Prueba de la donación de las impresoras. 4) Liquidación de contratos derivados. 5) Vigencia del contrato.

Implementación del PVD en el Municipio de Guapi

Sobre este punto, FonTIC indicó en la solicitud de concepto, que considera que ENTerritorio incumplió la obligación número 4 de la cláusula tercera del contrato<sup>e6</sup> que hace referencia a ,a obligación de donación déla infraestructura, en la medida en que estaña pendiente por implementar un PVD. correspondiente al municipio de Guapi. Cauca.

ENTerritorio señaló por su parte que esa situación le es por completo ajena y no atribuible, en la medida en que dicha implementación no se llevó a cabo porque e, ente territorial no cumplió de manera reiterada, con los requisitos necesarios de accesibilidad a personas discapacitadas que debían cumplirlos PVD de acuerdo a lo pactado en el contrato.

Para dilucidar e, tema, es preciso acudir, contexto en e, que se firmó el contrato, a las estipulaciones que abordaron este punto y a los documentos remitidos en relación con la no implementación del PVD en el municipio de Guapi.

La Sala encuentra necesario en todo caso precisar de manera previa, que ,a obligación de implementación es diferente de ,a donación. La implementación comprende la entrega e instalación de la infraestructura técnica en el sitio dispuesto por la entidad territorial, mientras que ,a donación hace referencia a, acto jurídico mediante el cual se formaliza ,a transferencia de propiedad de dicha infraestructura. Dicha aclaración procede, en la medida en que FonTIC

ha hecho alusión al numeral 4 de la cláusula tercera, para referirse al incumplimiento de ,a obligación de implementación del PVD de Guapi. cuando dicha estipulación incorpora la obligación de donación.

<sup>65</sup> «Cláusula Tercera. I...J 4. Donar al momento de la aprobación de la Instalación del PVD, todo e, equipamiento técnico en nombre del FONDO TIC, a las Entidades Públicas y/o Entes Territoriales (Ejecutor), mediante la suscripción de, acto en el que se matenallce la donación, ( . J»

Radicación interna 00002

Página 83 da 152

Ahora bien, es preciso señalar que en la convocatoria que realizó FonTIC para que las entidades públicas/territoriales presentaran sus propuestas para ser beneficiarias de los PVD, esto es, de manera previa a la celebración del ron trato interadministrativo, se indicó lo siguiente en relación con ,a implementación y entrega de ,a infraestructura que conforma cada punto, así

#### APORTE - OBLIGACIONES ENTIDAD CONTRATANTE

Entidad Contratante: El Fondo de Tecnologías de ,a Información y las Com unicaciones a través dol Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE.

Entregar la infraestructura instalada en sitio (equipos, mobiliario, señalización adecuaciones eléctricas y de datos) y donarla mencionada infraestructura a la Entidad Pública y/o Ente Territorial que opere el PVD. [...] (Subraya y resalta la Sala)

#### APORTE - OBLIGACIÓN EJECUTOR

Ejecutor: Pueden ser Ejecutores para operar uno o más Punto Vive Digital las Entidades Territoriales y/o Entidades Públicas con capacidad de suscibir Contratos interadministrativos, quienes bajo su cuenta, nesgo y responsabilidad podrán contar con uno o más aliado(s) con el fin de involucrar la participación de terceros públicos o privados que permita buscar estrategias de apropiación, difusión y sostenibilidad a los PVD.

Identificar y poner a disposición un sitio físico para la ubicación de cada Punto Vive Digital (PVD), de acuerdo a las tipologías especificadas en ei numeral 3.2 del anexo técnico, por un periodo mínimo de 18 meses.

Realizar las adecuaciones del sitio físico correspondiente a obras civiles necesarias para que este cumpla con los requerimientos mínimos establecidos en el numeral 5.2 del anexo técnico<sup>06</sup>, para la implementación del PVD. (Pie de página extra texto). [...]

Garantizar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos generados para la implementación y el desarrollo de cada uno de los PVD. (Subrayado de la Sala)

<sup>66</sup> Anexo Técnico « ] 5.2 Entregables. A continuación se presentan los entregables que debe cumplir por parte del ejecutor para la operación del Punto Vive Digital 1. Adecuación

del Sitio En esta etapa se realizaran las adecuaciones locativas y obras civiles necesarias para garantizar los siguientes requerimientos mínimos

Piso en buen estado Techo en buen estado

D Puertas en buen estado Baños en buen estado

Preferiblemente con acceso a personas con discapacidad » (Subraya la Sala).

Radicación interna 00002

Página 84 de 152

En los términos de la convocatoria se indicó entonces que la obligación de entrega e instalación de la infraestructura técnica estaría a cargo de FONOTIC y que dicha obligación sería ejecutada a través de Fonade. hoy ENTerritono. En relación con los entes territoriales, se previó que estaría a su cargo la obligación de identificar y poner a disposición un sitio físico y además realizar las adecuaciones necesarias según los requerimientos del proyecto.

Ahora, en el contrato interadministrativo 989/212039 de 20 '2 se describieron las obligaciones en relación con la implementación de los PVD. Las obligaciones del FONOTIC quedaron en el numeral 1 de la cláusula segunda, en la que se indicó que debía entregar a ENTerritorio el documento técnico contentivo de las obligaciones a cargo de las entidades territoriales y de los linchamientos propios del proyecto, en los siguientes términos:

CLÁUSULA SEGUNDA OBLIGACIONES DEL FONDOTIC: Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición legal le corresponde, en desarrollo de, objeto del presente contrato, constituyen obligaciones de FONDO TIC las siguientes:

Entregar a FONADE el documento técnico del Ejecutor (Entidad Territorial/Pública) e, cual contempla las obligaciones inherentes a ,a naturaleza de, negocio jurídico y las específicas contenidas en la convocatoria y demás compromisos a asumir respecto al proyecto por parte

de cada Ejecutor y el punto o puntos vive digital frente a los cuales se ,e aprobó el beneficio y asume los compromisos, así mismo entregar el documento técnico de ,a infraestructura técnica), dentro de los cinco (5) días calendarios siguientes al perfeccionamiento del Contrato. (...) (Subrayado de la Sala).

Revisado el Documento Técnico del Ejecutor, en el numeral 5.2. se indicó lo siguiente:

Otras consideraciones

a. Propiedad y Destinación De los Bienes

FONADE, se compromete a entregar a EL EJECUTOR ta infraestructura

técnica adquirida, es decir, [os bienes comprendidos en equipos tanto en hardware como en software, señalización, cableado estructurado y

mobiliario, al momento de ta aprobación de la instalación. La entrega se realizará a título de donación que se formalizará mediante un acto de donación (Convenio) entre el FONADE en nombre del FONDO TIC, y EL EJECUTOR que opera el(los) Punto(s) Vive Digital. | ..].

b.Cambios

Los cambios de PVD corresponden a una actividad que se puede dar antes

de iniciar la instalación del Punto Vive Digital. Sucede cuando el sitio

Radicación interna 00002

Página 85 de 152

dispuesto para el PVD no cumplió con las adecuaciones locativas, las

cuales El Ejecutor se comprometió a culminar y/o El Ejecutor que solicitó el

PVD desiste de su intención. Por lo anterior, se procede al cambio del sitio.

(Subrayado y resaltado de la Sala).

Resulta relevante el documento técnico al que se hace referencia en esta cláusula, en la medida en que describe el procedimiento a seguir cuando las entidades territoriales no cumplen con los requerimientos mínimos de adecuación a las instalaciones y es que en ese evento, se puede disponer de cambio de sitio.

En relación con ENTerritorio, sus obligaciones fueron pactadas de la siguiente manera:

CLAUSULA TERCERA. OBLIGACIONES DE FONADE Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición legal le corresponden, en desarrollo del objeto del presente contrato FONADE cumplirá las siguientes:

3. Suscripción de los convenios interadministrativos con las Entidades Públicas/Territoriales derivados de la Convocatoria realizada por el FONDO TIC de acuerdo con lo establecido en el listado de municipios beneficiados que se encuentra en el Documento Técnico del Proveedor

La obligación de ENTerritorio en el contrato interadministrativo está referida a suscribir los contratos para materializar la entrega de la infraestructura física en nombre del FONTOIC.

Es así como en los convenios interadministrativos con las Entidades Públicas/Territoriales se dispuso lo siguiente

CLÁUSULA SEGUNDA.- ALCANCE DEL OBJETO Mediante el presente convenio, EL EJECUTOR se obliga con FONADE a realizar la operación, administración, gestión y apropiación de un (1) Punto Vive Digital (PVD) con el fin de promover el acceso y la masificación de las tecnologías de la información y las comunicaciones de conformidad con lo establecido en el Documento Técnico y la propuesta presentada y aceptada por el FONDO

TIC a través de la Convocatoria Pública Puntos Vive Digital Fase 1. los

cuales forman parte integral del presente documento. PARAGRAFO PRIMERO: El documento técnico se entiende incorporado al convenio, aun cuando en éste no se reproduzca su contenido. En el evento en que se presente alguna contradicción entre, de una parte, el documento técnico y este convenio, y de otra, la propuesta presentada por EL EJECUTOR, prevalecerá el contenido del documento técnico y el convenio frente a la propuesta.

PARÁGRAFO SEGUNDO.- Sin autorización previa y escrita de FONADE, previo concepto de la supervisión o de la interventoría. EL

Radicación interna: 00002

Página 86 de 152

EJECUTOR no podrá apartarse de las obligaciones que le resultan exigibles en virtud el presente convenio. (Subraya la Sala).

CLÁUSULA CUARTA.- APORTES. Las partes realizarán sus aportes en especie así: FONADE en desarrollo de las obligaciones establecidas con el FONDO TIC. entregará la infraestructura técnica y el servicio de conectividad en los casos que aplique, en un (1) Punto Vive Digital

(PVD), por un valor estimado de hasta DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$298.000.000). EL EJECUTOR aportará lo correspondiente a la adecuación locativa del

sitio y operación del PVD, de acuerdo con el formato Plan Operativo presentado por el ejecutor y que hace parte integral de este convenio.

De, convenio interadministrativo entre ENTerritorio y los entes territoriales, denominados también «Ejecutores», se observa que se previó de manera clara y expresa, a cargo de ENTerritorio la obligación de entrega de la infraestructura física, y a cargo de las entidades territoriales, denominados «Ejecutores», la de adecuación locativa del punto o lugar en el que se realizaría la instalación.

Ahora, en los contratos suscritos por ENTerritorio con los contratistas proveedores de la infraestructura para la «DOTACIÓN, INSTALACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA TÉCNICA Y PROVISIÓN DEL SERVICIO DE CONECTIVIDAD DE LOS PUNTOS VIVE DIGITAL FASE 1 (...)» se consagró

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO; el CONTRATISTA se obliga con FONADE a realizar la dotación, instalación y puesta en funcionamiento de la infraestructura técnica y provisión del servicio de conectividad de los Puntos Vive Digital Fase 1 en una segunda etapa, en el marco del plan vive digital del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones región 1. de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en las Reglas de Participación del Proceso OPC 093-2014. adendas No. 1 y 2. los documentos e información técnica suministrada por FONADE y la oferta presentada por EL CONTRATISTA, todo lo cual hace parte integral de, contrato

Se concluye entonces que desde, a convocatoria para la asignación de los PVD a las entidades territoriales. se previó e, objeto del proyecto de PVD fase 1, en virtud del cual, FONTEC, a través de ENTerritorio entregaría e instalaría a las entidades territoriales una Infraestructura técnica para la puesta en marcha y funcionamiento de PVD. Los entes territoriales por su parte, se comprometieron para ser beneficiarios de los PVD, poner a disposición un punto físico para la instalación de la respectiva infraestructura y realizar las adecuaciones físicas requeridas para el

efecto.

Las especificaciones y requerimientos mínimos fueron consignados en el Documento Técnico del Ejecutor, el cual sería entregado por FonTIC a

Radicación Interna 00002

Página 87 de 152

ENTerritorio. para que a su turno, dicha entidad suscribiera los contratos con las entidades territoriales y con los proveedores,

Se resalta del «Documento Técnico del Ejecutor» que en él se mencionó la posibilidad de realizar «Cambios» de ubicación de los PVD. justamente cuando el sitio inicial dispuesto para el PVD no cumpliera con las adecuaciones locativas requeridas.

Este aspecto cobra relevancia en la medida en que según los documentos aportados en la consulta, el municipio de Guapi no habría cumplido con los requisitos exigidos para la instalación de la infraestructura técnica del PVD, en particular, no habría dado solución al requisito de acceso para personal con movilidad reducida, lo que habría determinado que se señalara por las partes, durante la ejecución del contrato, que era un punto no viable para la instalación y puesta en marcha del PVD.

En relación con esta controversia, se aportaron los siguientes documentos:

Oficio del 15 de mayo de 2018 con radicado 20182400133441 dirigido a la Supervisora del Contrato por parte de ENTerritorio, en el que se relacionaron los antecedentes respecto de lo sucedido en el municipio de Guapi y en el que se solicitó se suscribiera un compromiso entre Fondo TIC y el municipio de Guapi, o en su defecto se asignara un nuevo espacio para la implementación del PVD.

De dicho oficio se resalta lo siguiente:

El 8 de marzo de 2018 FONADE llevó a cabo la visita No. 1 en la cual el concepto frente al espacio presentado por MINTIC para la implementación era. “PVD Viable con pendientes”, relativo a adecuaciones estructurales y eléctricas las cuales debía realizar el ente . . ntorial Junto con el requisito: "Accesibilidad para personas con discapacidad. En caso de no tenerlas la adecuación es a cargo de la Alcaldía, no del proyecto PVD" la entidad territorial de Guapi Cauca se comprometió a realizar las adecuaciones pertinentes con plazo al 21 de abril del 2018.

El 5 de abril de 2018, FONADE informó a MINTIC mediante correo

electrónico, que para todos los efectos se adjunta, el avance de implementación y advirtió que la entrega del espacio para la implementación del Punto Vive Digital no se cumpliría en razón a la omisión por parte del ente territorial de los compromisos adquiridos en la visita No. 1, por lo que se solicitó informar cual sería el nuevo espacio a visitar para la implementación del cuarto Punto Vive Digital.

El 26 de abril de 2018 se realizó visita No. 2 entre MINTIC y FONADE a la Alcaldía municipal de Guapi, en la cual se evidenciaron algunos avances en las adecuaciones físicas y eléctricas, pero no en la solución al requisito

Radicación intema: 00002

de acceso para persona con movilidad reducida, por lo cual la entidad de Guapi Cauca manifestó que no contaba con recursos a corto plazo para la adecuación requerida.

[...]

Teniendo en cuenta la solicitud realizada por MINTIC en el correo electrónico ya citado y el interés que tiene la Alcaldía para la implementación del Punto Vive Digital, FONADE sólo realizará dicha Implementación si MINTIC suscribe el acta de compromiso con la Alcaldía de Guapi - Cauca y notifica que bajo esta condición debemos implementar el Punto Vive Digital en el espacio por ellos designado para este municipio.

(...) Se reitera la necesidad de que MINTIC y la Alcaldía de Guapi suscriban el documento de compromiso correspondiente para la adecuación del acceso a personal con movilidad reducida y sea notificado a FONADE, o en su defecto, la asignación de nuevo espacio para la implementación del Punto Vive Digital contando con la modificación al cronograma frente a la implementación, lo cual puede generar un costo adicional.

**Oficio del 22 de junio de 2018 con radicado 20182400175081 dirigido por Fonade a la supervisora del contrato.**

(...) Asunto: Reiteración Respuesta Comunicación No. 20182400133441 Implementación Punto Vive Digital Guapi

(.) Teniendo en cuenta que la fecha MINTIC no ha dado respuesta a FONADE ante el comunicado de asunto, reiteramos que se informe si se va a implementar el cuarto Punto Vive Digital en el municipio de Guapi en el espacio presentado por MINTIC o en su defecto se asignara uno nuevo.

Por lo anterior se hace necesario modificar el cronograma inicial en el marco de la ejecución del contrato interadministrativo No. 212039 de la Fase 1. dado que el mismo finaliza el 30 de septiembre de 2018 y teniendo en cuenta las actividades de ejecución no alcanzaría a cumplir el tiempo establecido inicialmente pactado, toda vez que el Ministerio no ha dado respuesta de la solicitud presentada por FONADE para continuar con las actividades técnicas

Acta No. 52 del 6 de julio de 2018<sup>67</sup>.de Comité Operativo o de Seguimiento de, Contrato interadministrativo No. 212039 suscrito entre Fonade y FonTIC.

<sup>67</sup> Contrato interadministrativo 989/212039 del 2102 «( J CLÁUSULA NOVENA: COMITÉ

OPERATIVO El Comité Operativo estará integrado por los siguientes delegados permanentes o suplentes: un delegado del FONDO TIC que será designado por el ordenador de, gasto, el Gerente de Convenio de FONADE y el Supervisor del Contrato en calidad de Asistente. El Comité se reglamentará mediante un manual operativo establecido por los mismos durante el primer de ejecución del contrato. PARÁGRAFO PRIMERO E, Comité se reunirá en sesiones ordinarias una

Radicación interna 00002

En relación con este aspecto, se consignó lo siguiente:

[JA la fecha el PVD de Guapi sigue presentando estado de no viable, de acuerdo con el detalle presentado en el seguimiento al compromiso No. 2.

**Sin embargo, FONADE recuerda a FONDO TIC que teniendo en cuenta que los tiempos del cronograma Inicial establecidos no se cumplieron para el cuatro Punto Vive Digital, por lo cual es necesario revisar el caso específico para la implementación de, PVD Guapi debido a que se afectaron los tiempos contractuales los cuales finalizan el 30 de septiembre de 2018 y para implementar este PVD se necesita alrededor de cuatro meses en caso de aprobarse dicha implementación se debe recurrir a un proceso de prórroga del contrato No. 212039 ajustando el cronograma y a su vez FONADE debe realizar el proceso de comité de negocio en el cual se deben evaluar las nuevas condiciones para la posible entrega.**

En cuanto a los compromisos, en dicha acta quedo consignado lo siguiente:

FONDO TIC revisará internamente el tema de suscribir el compromiso con la alcaldía de Guapi y la donación de este en el período de liquidación. 19/07/2018

E, FONDO TIC se encuentra buscando una entidad de, sector privado que se comprometa a donar los recursos necesarios para y construir el acceso a personal con movilidad reducida. 19/07/2018.

Sobre la no implementación del PVD en e, municipio de Guapi, la Sala encuentra, con fundamento en ,a documentación aportada, que ,a situación que motivó esta controversia está fundada en hechos que se generaron durante la ejecución del contrato, que no son atribulés a ENTerritorio, pues estaba a cargo del ente territorial el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso de convocatoria del FonTIC y las derivadas de, contrato suscrito con ENTerritorio.

En este sentido, se reitera que ENTerritorio en ,a celebración del contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012, se obligó a celebrar los convenios interadministrativos con las entidades territoriales beneficiarias de los PVD. y en cuanto a la obligación de ,a instalación y puesta en funcionamiento de los PVD. se contempló la posibilidad de que, durante la vigencia del contrato pudieran realizarse cambios en las instalaciones de puntos, en e, evento de considerarse que alguno fuera no viable.

En efecto, según la documentación atrás referida. ENTerritorio habría solicitado a FonTIC que se considerara la opción de cambiar la ubicación del PVD de Guapi, para ,o cual requirió que le fuera indicado cuál sería el nuevo punto. Lo anterior, dado que el municipio de Guapi no cumplió con los requisitos mínimos requeridos

vez al mes. previa citación a los integrantes del mismo y podrá ser convocado extraordinariamente cuando la ejecución del Contrato lo requiera o a solicitud de cualquier de las partes »

Radicación intema 00002

Página 90 de 152

para el efecto. Lo que se aprecia en el Acta referida es que FonTIC no consideró el cambio del

punto de ubicación del PVD, por cuanto buscaría financiación para que en Guapi se pudieran realizarlos ajustes requeridos.

En este caso, lo que se observa es que, durante la ejecución del contrato, FonTIC no se pronuncio de manera expresa sobre una solución que se previo para superar el evento de no viabilidad de instalación de un PVD, hecho que no puede ser imputable a ENTerritorio.

De igual forma, es relevante hacer mención al oficio del 27 de abril de 2018 dirigido por el alcalde de Guapi a la Directora de Infraestructura del MinTIC y al Jefe de Ciencia, Tecnología y Emprendimiento, en el que el alcalde se compromete a acondicionar el sitio de manera que se garantice el acceso a las personas con dificultades de movilidad. En dicho oficio se indicó lo siguiente.

(...) el municipio se compromete a garantizar el acceso a la o las personas con dificultades de movilidad que deseen tener acceso a esa cuantiosa tecnología que el Estado nos prometió y nos tiene ilusionados con su instalación (...)

Observa la Sala en todo caso, que Fonade, hoy ENTerritorio habría acudido al mecanismo indicado en el Documento Técnico Ejecutor» para realizar el cambio de la instalación del PVD en otro lugar. Los documentos aportados en la consulta, evidencian que ENTerritorio puso de presente al FonTIC los hechos que no hacían viable la instalación de la infraestructura en el municipio de Guapi para que se asignara otro lugar.

Sin embargo, debe insistirse en que, según la documentación aportada, no hubo pronunciamiento sobre el particular. Lo anterior, al parecer para revisar la opción de buscar recursos que le permitieran al municipio de Guapi efectuar las adecuaciones requeridas para hacer viable la instalación del PVD, y poderse realizar en el período de liquidación del contrato, dado que esta es la Información que reposa en el Acta No. 52 del Comité Operativo del 6 de julio de 2018.

De esta manera, se hace énfasis en que según la información remitida por ambas partes, la instalación del PVD en el municipio de Guapi obedeció a hechos no imputables a ENTerritorio, los cuales quedaron consignados en el último Comité Operativo, según se desprende del Acta No. 52 del 6 de Julio de 2018.

En ese orden, por la naturaleza del contrato y dado que los equipos no instalados son propiedad de FonTIC pues no fueron donados, lo procedente es que ENTerritorio entregue el equipamiento técnico a FonTIC y que esta última entidad

<sup>68</sup> El Documento Técnico Ejecutor, es el documento al que se hace referencia en el contrato interadministrativo 989/212039 de 2012 para establecer las obligaciones de los entes territoriales y los compromisos que debían ser asumidos por estos en ejecución del proyecto

Radicación intema: 00002

Página 91 de 152

los reciba en el menor tiempo posible. Los costos asociados por la tenencia de estos equipos que ENTerritorio deba desembolsar al proveedor de equipos, deberán incluirse y reconocerse en la respectiva liquidación del contrato, siempre que estén debidamente acreditados.

Donación de la infraestructura de los PVD

En relación con este aspecto. FonTIC señaló en la consulta que ENTerritono incumplió ,a obligación núm. 4 de la cláusula tercera del contrato por cuanto para la fecha de la consulta, estaban pendientes por donar seis (6) PVD. así: (i) 1 PVD de la Secretaría de Seguridad - Cárcel, instalado el 5 de mayo de 2014; (j) 2 PVD de, Ejército (Valledupar. Ni,o) instalados el 31 de octubre de 2016; (iii) 1 PVD de Sincelejo, instalado el 4 de julio de 2018; (iv) 1 PVD de Cúcuta, instalado e, 21 de junio de 2018; (v) 1 PVD de Buenaventura, Instalado e, 3 de julio de 2018.

La Sala aclara sobre el particular que, si bien se habría entregado e instalado la infraestructura técnica de los PVD en comento, estos no habrían sido donados bajo la formalidad prevista en e, artículo 1458 del Código Civil, modificado por e, artículo 1° de, Decreto 1712 de 198969 , que indica que «Corresponde al notario autorizar mediante escritura pública las donaciones que excedan la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición lega,».

ENTemtorio manifestó sobre el particular «[ ] que pese a que se han realizado todas las gestiones [...] para completar el proceso de donación de los citados seis (6) PVD a los entes territoriales beneficiarios de los mismos, éstos no ha cumplido oportunamente con recibir la donación de la Infraestructura tecnológica, mobiliario, señalización, red de datos y eléctrica, entre otros, y adelantar las gestiones administrativas requeridas a esos efectos; por ,o cual la falta de donación de dichos PVD. no es una conducta que pueda ser atribuida a, actuar de ENTerritono».

En el Acta No. 52 del 6 de julio de 2018 de, Comité Operativo se consignó, que para dicha fecha existían 7 «Minutas penriipntes de firma por e, ejecutor», hecho que ratifica la posición de ENTemtorio formulada en la solicitud de concepto, según la cual, los entes territoriales beneficiarios de la donación, no cumplieron con la obligación de recibir ,a donación de ,a infraestructura tecnológica, mobiliario.

<sup>65</sup> «Código Civil Artículo 1458 «Artículo modificado porel artículo i°del Decreto 1712 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:\*Corresponde al notario autonzar mediante escritura pública las donaciones cuyo valor excedan (sic, la suma de cincuenta salados mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal.

Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) sálanos mínimos mensuales no requieren insinuación»

Radicación inlema, 00002

Página 92 de 152

señalización, red de datos y eléctrica, «por lo cual la falta de donación de dichos PVD no es una conducta que pueda ser atribu ida al actuar de ENTerritorio»

Ahora bien, de acuerdo con la información suministrada por ENTerritorio en la reunión sostenida el 29 de noviembre de, 2019, confirmada por la supervisora del contrato, a la fecha sólo estaría pendiente pordonar 1 PVD que corresponde a, del municipio de Buenaventura. ENTerritorio manifestó que a pesar de haberse requerido en varias oportunidades a la

Alcaldía del municipio, la entidad territorial no ha suscrito la escritura pública a través de la cual se formalizaría la donación, la cual debe llevarse a cabo en la ciudad de Bogotá D.C. También señaló ENTerritorio que el PVD de Buenaventura está en funcionamiento desde el mes de julio de 2018.

En ese sentido, el 5 de diciembre de 2019, ENTerritorio remitió a la Sala los documentos de los cuales se puede evidenciar que dicha entidad ha desplegado las actuaciones tendientes a cumplir con esta obligación. Además remitió varias comunicaciones que acreditan los requerimientos efectuados a la Alcaldía del municipio de Buenaventura en diversas oportunidades, en primer término, para que allegara la documentación pertinente para la elaboración de la escritura pública y en segundo lugar para que se suscribiera el documento en cita.

No obstante, estos requerimientos no fueron atendidos por la persona encargada de la Alcaldía. Recientemente, según se desprende de la documentación remitida, hubo cambio de alcalde, motivo por el cual ENTerritorio ha requerido al ente territorial para dar inicio al proceso de remisión de documentación para la elaboración de la respectiva escritura.

De lo expuesto dan cuenta los siguientes documentos aportados con el siguiente contenido:

-Comunicación del 15 de febrero de 2019, a través de la cual se le requiere a la Alcaldía del municipio de Buenaventura sean remitidos varios documentos para formalizar el acto jurídico de la donación.

-Comunicación del 4 de abril de 2019 dirigida a la Alcaldía del municipio de Buenaventura, a través de la cual se reitera la petición realizada recordándole la necesidad del envío de los documentos para hacer viable la escritura pública de donación.

-Comunicación del 26 de junio de 2019, dirigida a la Notaría 18 de Bogotá, a través de la cual se remite toda la documentación para los fines pertinentes de la escritura.

-Comunicación del 11 de julio de 2019 dirigida a la Alcaldía del municipio de Buenaventura, a través de la cual se le requiere para que firme la escritura pública de donación, de acuerdo con las indicaciones allí previstas en la Notaría 18 del Circulo de Bogotá.

Radicación interna: 00002

Página 93 de 152

-Comunicación del 11 de septiembre de 2019, dirigida a la Alcaldía del municipio de Buenaventura, a través de la cual se le requiere nuevamente para que firme la escritura pública de donación, de acuerdo con las indicaciones allí previstas en la Notaría 18 del Circulo de Bogotá.

-Comunicación del 5 de noviembre de 2019, dirigida a la Alcaldía del municipio de Buenaventura, a través de la cual se reiteran los dos derechos de petición anteriores y se envía copia a la Procuraduría.

-Comunicación del 20 de noviembre de 2019, dirigida a la Alcaldía del municipio de Buenaventura, a través de la cual, en atención al cambio de alcalde, se requieren nuevamente los documentos necesarios para la firma de la escritura pública, en aras de que puedan ser enviados nuevamente a la Notaría 18 del Circulo de Bogotá para los fines pertinentes.

Precisados los hechos, es necesario referirse a las obligaciones contenidas en el contrato y también en los términos de la convocatoria realizada por FonTIC para llevar a cabo la asignación de los PVD en la medida en que en ese documento se plasmaron algunas obligaciones.

En los términos de la convocatoria realizada por FonTIC se incorporó la siguiente obligación:

#### APORTE - OBLIGACIONES ENTIDAD CONTRATANTE

Entidad Contratante: El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a través del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo- FONADE.

Entregar la infraestructura instalada en sitio (equipos, mobiliario, señalización adecuaciones eléctricas y de datos, y donar la mencionada infraestructura a la Entidad Pública y/o Ente Territorial que opere el

#### PVD

En sus inicios, la obligación de donación se previó a cargo de FonTIC para ser ejecutada o materializada a través de ENTerritorio. Ahora bien, en el numeral 4 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo núm 989/212039, la obligación de donación fue pactada a cargo de ENTerritorio. así.

«[ J Donar al momento de la aprobación de la Instalación del PVD, todo el equipamiento técnico en nombre del FONDO TIC. a las Entidades Públicas y/o entes Territoriales (Ejecutor), mediante la suscripción del acto en el que se materialice la donación»

En la cláusula décima del contrato también se incorporaron las obligaciones de donar a cargo de ENTerritorio, así como la de adelantar las medidas necesarias y

Radicación interna 00002

Página 94 de 152

correspondientes para recibir, a cargo de las entidades territoriales. En dicha cláusula se indicó

CLÁUSULA DÉCIMA: PROPIEDAD Y DESTINACIÓN DE LOS BIENES: FONADE adquiere el equipamiento técnico que compone cada Punto Vive Digital siguiendo los procedimientos de selección contemplados en el manual de contratación de FONADE y donará al momento de la aprobación de la instalación del PVD, a nombre del FONDO TIC, dicha

**infraestructura, es decir, los bienes comprendidos en equipos tanto en hardware como en software, señalización, cableado estructurado y mobiliario, a la Entidad Pública y/o Ente Territorial (Ejecutor), que esté operando cada uno de los Puntos Vive Digital. En el acto de donación debe incluirse la condición de destinación específica de los bienes a**

la prestación de los servicios para los cuales fueron adquiridos en cada uno de los Puntos Vive Digital so pena de ser exigido el reintegro de los bienes hasta la vigencia del Convenio Interadministrativo. Al ser aprobada la instalación de, PVD, FONADE se obliga a suscribir el correspondiente convenio de donación en el que conste la donación en nombre del

FONDO TIC y recibo con el representante legal del Ente

Territorial/Entidad Pública (Ejecutor) al que pertenezca(n) el(los)

Punto(s) Vive Digital, en la cual se debe identificar e individualizar todo el equipamiento técnico y establecer que el Ente Territorial/Entidad Pública recibirá los bienes en donación, por lo cual,

el Ente territorial y/o Entidad Pública tiene la obligación de adelantar y

tomar las medidas administrativas necesarias para recibir la donación

del equipamiento técnico y asegurarse de su conservaciones y los

finés para los cuales fueron donados.

PARÁGRAFO PRIMERO: Estos bienes objeto de donación deberán ser destinados específicamente al desarrollo, ejecución y servicio del PVD. En

caso contrario. FONADE queda facultado para resolver el acto en el, que conste, a donación de la infraestructura técnica instalada en los PVD. Durante la vigencia del presente contrato, FONADE recibirá los bienes y determinará el, traslado a un nuevo Punto Vive Digital Para la liquidación del contrato. FONADE entregará a, FONDO TIC los bienes recibidos que no hayan sido objeto de traslado. (Subrayado y resaltado de la Sala).

A su turno, los entes territoriales en el convenio interadministrativo que

suscribieron con ENTentorio. se comprometieron con dicha entidad a cumplir las siguientes obligaciones:

CLAUSULA CUARTA.- APORTES. (...) PARÁGRAFO SEGUNDO: EL EJECUTOR tiene la obligación de adelantar y tomar las medidas administrativas necesarias para recibir la donación la infraestructura técnica

CLÁUSULA SEPTIMA.- OBLIGACIONES DEL EJECUTOR: En virtud de, presente convenio, serán obligaciones del ejecutor, además de las

Radicación interna 000Ü2

Página 95 de 152

establecidas en el Documento Técnico del Ejecutor y el, Manual de Interventoría de FONADE. las siguientes:

(. .] 8) Una vez instalada la infraestructura técnica en cada PVD, por parte del Proveedor, EL EJECUTOR tiene la obligación de adelantar y tomar las acciones administrativas necesarias para recibir la totalidad de los bienes

descritos en el acta de entrega final, como son equipos, mobiliario, señalización y red datos y eléctrica.

(...] 26) Las demás propias de la naturaleza del objeto Contratado:

PARÁGRAFO SEGUNDO Una vez instalada ,a infraestructura técnica en cada PVD. por parte del Proveedor, EL EJECUTOR tiene la obligación de adelantar y tomar las medidas administrativas necesarias para recibir todos los bienes que

comprende el PVD como son: equipos, mobiliario, señalización y red de datos eléctrica. (Subrayado de la Sala).

Entre las obligaciones de ENTerritorio con las entidades territoriales, se incorporó la referente a la donación, así.

CLÁUSULA OCTAVA-. OBLIGACIONES DE FONADE: En virtud del presente Convenio, serán obligaciones de FONADE las siguientes:

1) Entregar, a través de(los) proveedor(es) contratado(s), la infraestructura técnica instalada en sitio (equipos, mobiliario, señalización, adecuaciones eléctricas y de datos) La entrega se realizará a título de Donación. (Subrayado y resallado de la Sala).

Se destaca también en relación con esta obligación, el contenido de la cláusula vigésima cuarta del contrato, que señala que forma parte integral del convenio e, documento técnico del ejecutor que describe la obligación de recibir la donación por parte de las entidades territoriales. La cláusula en comento indica lo siguiente:

DOCUMENTOS: Forman parte integral del presente Convenio los siguientes documentos: [i] Propuesta presentada por EL EJECUTOR para la convocatoria Puntos Vive Digital Fase 1 del FONDO TIC. (ii) Documento Técnico del Ejecutor<sup>TM</sup>; [iii] Los demás documentos que suscriban las partes

ah virtud de, presante convenio

<sup>70</sup> El documento técnico de, Ejecutor (Entidad Territorial/Publica) contempla las obligaciones inherentes a la naturaleza del negocio jurídico y las específicas contenidas en la convocatoria y demás compromisos a asumir respecto al proyecto por parte de cada Ejecutor y el punto o puntos vive digital frente los cuales se le aprobó el beneficio y asume los compromisos Sobre las obligaciones relacionadas con la donación, dicho documento Indicó lo siguiente.

ACTORES DEL PROYECTO Y SUS OBLIGACIONES Frente a este modelo, se ha considerado para cada uno de los actores involucrados algunas actividades generales y obligaciones que se describen a continuación 4,1.1. Entidad Contratante: El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a través del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

Radicación interna 00002

Página 96 de 152

Del contenido de los documentos expuestos, es claro, entonces que se previo, incluso desde los términos de referencia, el concurso de los entes territoriales, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para recibir la donación de todo el equipamiento técnico.

La participación de los entes territoriales demandaba que suscribieran las escrituras públicas a través de las cuales se perfecciona el acto Jurídico de la donación, obligación que quedó expresa en el contrato interadministrativo y en los respectivos convenios.

Es importante señalar, que si bien en el contrato Interadministrativo núm. 989/2120309, y en los convenios que celebró ENTemtorio con los entes territoriales, no se previó de manera expresa que el acto de donación de la infraestructura técnica debía formalizarse a través de una escritura pública, dicha obligación nace de lo dispuesto por el artículo 1458 del Código Civil, modificado por el artículo 1° del Decreto 1712 de 1989, norma antes citada

Como se indicó, dicha norma consagró tal formalidad, en los casos en que la donación exceda la suma de los cincuenta (50, salarios mínimos legales mensuales

a. Entregar, a través del(los) proveedores) contratado^,, la infraestructura técnica instalada en 9itio (equipos, mobiliario, señalización, adecuaciones eléctricas y de datos) La entrega se realizará a título de donación que se formalizara mediante acto de donación entre FONADE. y EL EJECUTOR I . ) f. Realizar la coordinación necesaria para que el objeto del Convenio se cumpla. 4.1.2 Ejecutor: Pueden ser Ejecutores para operar uno o más Puntos Vive Digital las Entidades públicas y/o Entes Territoriales capaces de suscibir Convenios Interadministrativos [ ] g Una vez Instalada la infraestructura técnica en cada PVD, por parte del Proveedor. El EJECUTOR tiene la obligación de adelantar y tomar las medidas administrativas necesanas para recibirla donación de todos los bienes que comprende el PVD como son equipos, mobiliario, señalización y red de datos y eléctrica. 4.2. Otras consideraciones a Propiedad y Destinación De los Bienes. FONADE se compromete a entregar a EL EJECUTOR la Infraestructura técnica adqumda. es decir, los bienes comprendidos en equipos tanto en hardware como en software, señalización, cableada estructurado y mobiliario, al momento de la aprobación de la instalación. La entrega se realizará a título de donación que se formalizara mediante un acto de donación (Convenio, entre el FONADE en nombre del FONDO TIC, y EL EJECUTOR que opera el(los) Punto(s) Vive Digital t 'lometón someterá a rondidón. la cual es la destinada especifica de lo? bienes a (a prestación de los servicios para los cuales fueron adquiridos en cada uno de los Puntos Vive Digital Estos bienes objeto de donación deberán ser destinados específicamente al desarrollo, ejecución y servicio del PVD El incumplimiento de la condición faculta a FONADE para terminar unilateralmente el acto de donación suscrito entre las partes, requerir la devolución de la infraestructura técnica entregada e instalada y hacer efectivas las pólizas que amparan el cumplimiento del presente convenio El EJECUTOR tiene la obligación de adelantar y tomar las medidasadmlnLsir^ dejajtrfraestra^^^ as I

mismo tiene la obligación de presentar certificado de Inclusión dentro de la póliza-seguro contra todo riesgo que posea o constituir una póliza-seguro contra todo riesgo, amparando la infraestructura técnica que le será donada en cada uno de los PVD. En La inclusión a la poliza- seguro contra todo riesgo o la nueva póliza deben figurar como beneficiános FONADE y FONDO TIC hasta la terminación del plazo del convenio

Radicación interna 00002

Página 97 de 152

De la revisión de los documentos aportados, ,a Sala observa que la donación de cada PVD excedía el referido monto de los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales En tal sentido la cláusula cuarta de los convenios interadministrativos suscritos entre ENTerritono y los entes territoriales?t consideró el valor de la infraestructura técnica en DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$298.000.000).

Adicionalmente, el artículo 146072 del Código Civil consagró que las donaciones a plazo o condición requieren de escritura pública.

En el caso que se estudia, y según el contenido del contrato, la donación trae expresa una condición sobre los bienes objeto de donación y es la referida a su destinación, según se desprende de la cláusula décima del contrato. Por tal razón, se confirma que los actos de donación deben perfeccionarse a través de escritura pública, en atención a lo dispuesto en los artículos 1458 y 1460 del Código Civil.

Así las cosas, y según lo expuesto, para que se entienda perfeccionada la donación, es preciso que tanto ENTentorio como los entes territoriales firmen un convenio<sup>73</sup>, que debe ser elevado a escritura pública, previa solicitud de común

acuerdo por las partes. Asimismo, una vez perfeccionada la donación y entregados los bienes, los entes territoriales deben reflejaren su contabilidad el incremento patrimonial,<sup>74</sup> que les genera el cumplimiento de dicho acto.

«CLÁUSULA CUARTA - APORTES Las partes realizarán sus aportes en especie así: FONADE en desarrollo de las obligaciones establecidas con el FONDO TIC, entregará la infraestructura técnica y el servicio de conectividad en los casos que aplique, en un (1) Punto Vive Digital (PVD), por un valor estimado de hasta DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$298.000.000) EL EJECUTOR aportará lo correspondiente a la adecuación locativa del sitio y operación de, PVD, de acuerdo con el formato Plan Operativo presentado por el ejecutor y que hace parte integral de este convenio».

Código Civil. «Artículo 1460 DONACIÓN A PLAZO O BAJO CONDICIÓN. La donación a plazo o bajo condición no producirá efecto alguno si no constare por escritura pública en que se exprese la condición o plazo: y serán necesarias en ella la escritura pública y la insinuación e inscripción en los mismos términos que para las donaciones de presente»

En el contrato interadministrativo 989/212039 además de estar expresa la obligación de donación a ENTentorio, también veté la de recibir y adoptar las medidas necesarias» por parte de los entes territoriales, obligación que entre otras deviene del artículo 1468 del Código Civil, que reza: «ACEPTACIÓN DE DONACIONES\* Nadie puede aceptar sino por sí mismo, o por medio de una persona que tuviere poder especial suyo al Intento, o poder general para la administración de sus bienes, o por medio de su representante legal. Pero bien podrá aceptar por el donatario, sin poder especial ni general, cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo, con tal que sea capaz de contratar y de obligarse Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias o legados, se extienden a las donaciones.»

<sup>M</sup> Código Civil. «ARTÍCULO 1455. INEXISTENCIA DE DONACIÓN POR AUSENCIA DE INCREMENTO PATRIMONIAL. No hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento, como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero».

Radicación interna: 00002

Además el artículo 1443 del Código Civil al definir la donación señala que se requiere de la aceptación del donatario. Dicha norma dispone «La donación en tre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta». (Resaltado y subrayado de la Sala).

De igual forma, el artículo 1469<sup>75</sup> ibídem consagra que, mientras la donación no haya sido aceptada y notificada su aceptación al donante, este podrá revocarla. En ese orden, resultaba indispensable, en la ejecución del contrato, que los entes territoriales aceptaran la donación, obligación cuyo cumplimiento no dependía de ENTerritorio.

En ese orden y teniendo en cuenta que, en virtud del mencionado artículo 1458, dicho acto requería para su perfeccionamiento de la formalidad de la escritura pública, se entiende que, a aceptación por parte de los entes territoriales implicaba adoptar todas las medidas necesarias para el efecto, como remitir toda la documentación requerida en forma oportuna para la elaboración de la escritura pública, así como la suscripción de la misma por parte de sus representantes legales o apoderados, según se desprende del artículo 1468<sup>76</sup> ibídem.

Hay que destacar que la ejecución del proyecto objeto del contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012 requería del concurso de las entidades territoriales, aspecto que fue previsto incluso antes de la celebración del mismo. En ese sentido, es necesario reiterar que la ejecución de la fase 1, a diferencia de la fase 0 del proyecto, fue adelantada bajo un modelo de demanda, que requería de las entidades territoriales el cumplimiento de varias obligaciones para ser beneficiarias de los PVD

La Sala observa entonces, que las obligaciones estipuladas en la convocatoria formulada en su momento por FonTIC, así como las incorporadas en el contrato interadministrativo núm. 989/212039 y las pactadas en los convenios interadministrativos suscritos entre ENTerritorio y las entidades territoriales corresponden a lo exigido por los artículos 1443, 1458, 1460 y 1469 del Código Civil antes citados.

<sup>75</sup> Código Civil. Artículo 1469 «REVOCACION DE LA DONACIÓN Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá este revocarla a su arbitrio».

<sup>76</sup> Ibídem Artículo 1468 «ACEPTACION DE DONACIONES\*. Nadie puede aceptar sino por sí mismo, o por medio de una persona que tuviere poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes, o por medio de su representante legal

Para bien podrá aceptar por el donatario, sin poder especial ni general, cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo, con tal que sea capaz de contratar y de obligarse Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones repudiaciones de herencias o legados, se extienden a las donaciones».

Radicación mioma: 00002

Página 99 de 152

Expuesto el contenido de los términos de la convocatoria, del contrato interadministrativo y del convenio interadministrativo suscrito con el ente territorial, la Sala considera que el no perfeccionamiento de la donación respecto del PVD del municipio de Buenaventura es un hecho que no es atribuible a ENTerritorio.

Dicha entidad, como quedó señalado, adelantó todas las gestiones pertinentes y procedentes ante la Alcaldía y ante la Notaría para cumplir con la referida obligación. No obstante, no hubo respuesta de la alcaldesa del momento, y ahora ante el cambio de alcalde, es preciso iniciar el proceso de solicitud de documentación nuevamente.

La situación expuesta deberá quedar expresa en el acta de liquidación, en la cual se deben citar tanto las gestiones adelantadas por ENTerritorio para cumplir con la obligación de donación de que trata el numeral 4 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo<sup>77</sup>, como la renuncia del municipio de Buenaventura.

En ese sentido, es importante recordar que por disposición del artículo 1460 del Código Civil, de no cumplirse con la formalidad de la escritura pública, el acto de donación no surte efectos jurídicos. Esto significa, que aun cuando el municipio de Buenaventura tenga la tenencia de los bienes no es el titular de los mismos. El titular continúa siendo FonTIC y en ese orden de ideas, podría incluso requerirse la devolución de tales bienes.

Sobre este punto, considera la Sala, revisado uno de los modelos de los convenios suscritos entre ENTerritorio y las entidades territoriales, que la cláusula novena, en el párrafo segundo, plantea la posibilidad de requerir la devolución de los bienes cuando la entidad territorial incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en el contrato, circunstancia que estima la Sala, es importante recordar al ente territorial<sup>78</sup>.

En ese orden, la Sala encuentra fundamental que las partes sumen esfuerzos e insistan en lograr el cumplimiento de la obligación de donación. en particular que se logre la anuencia de la Alcaldía del municipio de Buenaventura, dado que se trata de una obligación de entrega al municipio del PVD. para formalizar mediante p| reou isito solemne de la escritura pública

<sup>n</sup> «CLÁUSULA TERCERA OBLIGACIONES DE FONADE Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición legal le corresponden, en desarrollo del objeto del presente contrato FONADE cumpliré las siguientes [. .] 4. Donar al momento de la aprobación de la instalación del PVD. todo el equipamiento técnico en nombre del FONDO TIC. a las Entidades Públicas y/o Entes Temtonales (Ejecutor), mediante la suscnpción del acto en el que se matenallce la donación»

<sup>7e</sup> «CLAUSULA NOVENA - TERMINACIÓN J PARAGRAFO SEGUNDO: FONADE podrá terminar este convenio por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas on el mismo, solicitar la devolución de los bienes donados y trasladar el Punto Vive Digital en otra ubicación física» (Resaltado y subrayado de la Sala)

Radicación interna: 00002

Página 100 de 152

De esta manera, es importante ia labor de FonTIC, la de ENTemtorio, así como el concurso del municipio beneficiario del PVD para lograr el objetivo previsto

Costos de la prueba del acto jurídico de la donación

En relación con el costo de la prueba que acredita el cumplimiento de la obligación de donación, FonTIC Indicó en la solicitud de concepto que ENTerritorio « [.. J no le ha hecho entrega de sesenta y tres (63) escrituras públicas que soportan y formalizan el cumplimiento

de la obligación de donar la totalidad de los PVD». Al respecto advierte que en atención a lo dispuesto en la cláusula decima del contrato. ENTerritorio debe soportar el costo de dichas escrituras ante el FonTIC para la verificación de las actuaciones adelantadas por ENTemtorio y así dar cumplimiento a lo contemplado en el contrato

Por su parte, ENTerritorio manifestó que «el pago de las copias de las escrituras públicas referidas, al no ser una obligación de esa entidad, no estuvieron previstos en el presupuesto para la ejecución del contrato prenotado y. por tanto, tampoco pueden estar a cargo de ENTemtorio».

Asimismo señaló que FonTIC «al haber sido la última entidad que firmó las escrituras públicas cuya copia hoy reclama, de haber sido diligente, debió haber guardado copia de esos documentos, en cuanto los conoció y los tuvo en su poder como último firmante de los mismos».

Sobre este punto, la Sala estima necesario referirse al contenido del numeral 1 de la cláusula tercera del contrato, que indica que ENTerritorio debe «Cumplir con el objeto y las actividades del alcance del contrato y las específicas que involucre la materialización de cada una de ellas» (Subraya y resalta la Sala).

A su turno, el numeral 4 de la cláusula referida dispuso

Cláusula Tercera Obligaciones de FONADE: I FONADE cumplirá las siguientes: [. .] 4. Donar al momento de la aprobación de la instalación del PVD todo el equipamiento técnico en nombre del FONDO TIC. a las Entidades Públicas y/u Entes remtúiiiales (Ejecutor), mediante la suscripción del acto en el que se materialice la donación.

Por su parte, la cláusula décima del contrato interadministrativo también consignó dicha obligación

**CLÁUSULA DÉCIMA: PROPIEDAD Y DESTINACIÓN DE LOS BIENES:** FONADE adquiere el equipamiento técnico que compone cada Punto Vive Digital siguiendo los procedimientos de selección contemplados en el manual de contratación de FONADE y donará al momento de la aprobación de la instalación del PVD, a nombre del FONDO TIC, dicha infraestructura.

Radicación interna: 00002

Página 101 de 152

es decir, los bienes comprendidos en equipos tanto en hardware como en software, señalización, cableado estructurado y mobiliario, a ,a Entidad Pública y/o Ente Territorial (Ejecutor), que esté operando cada uno de los Puntos Vive Digital. En el acto de donación debe incluirse la condición de destinación específica de los bienes a ,a prestación de los servicios para los cuales fueron adquiridos en cada uno de los Puntos Vive Digital so pena de ser exigido e, reintegro de los bienes hasta la vigencia del Convenio Interadministrativo. Al ser aprobada la instalación de, PVD, FONADE se obliga a suscribir el correspondiente convenio de donación en el que conste la donación en nombre del FONDO TIC y recibo con el representante lega, de, Ente Territorial/Entidad Pública (Ejecutor) aJ que pertenezca(n) el(los) Punto(s) Vive Digital, en la cual se debe identificar e individualizar todo el equipamiento técnico y establecer que el Ente Territorial/Entidad Pública recibirá los bienes

en donación, por lo cual, el Ente territorial y/o Entidad Pública tiene la obligación de adelantar y tomar ,as medidas administrativas necesarias para recibir la donación del equipamiento técnico y asegurarse de su conservaciones (SIC) y los fines para los cuales fueron donados.

De esta manera, si respecto de ENTerritorio se previó ,a obligación de entregar la infraestructura técnica que adquirió y transferirla a las entidades territoriales en nombre del FONOTIC, mediante donación, tal y como se desprende del numeral 4 de la cláusula tercera y de la cláusula décima de, contrato interadministrativo antes citados, es claro que ,a obtención del documento que acredita el cumplimiento de dicha obligación es de su resorte y responsabilidad.

Ahora, observa ,a Sala que en la solicitud de concepto, ENTerritorio manifestó que «al no ser una obligación de esa entidad, no estuvieron previstos en e, presupuesto para la ejecución del contrato prenotado y, por tanto, tampoco pueden estar a cargo de ENTerritorio».

En relación con dicha afirmación, la Sala considera pertinente anotar que ENTerritorio es una entidad financiera, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, que además de incorporar entre sus funciones por disposición legal, ,a de «Celebrar contratos para administrar recursos destinados a ,a ejecución de proyectos y para e, desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos», cuenta con una larga trayectoria en la ejecución de estas actividades que ,o hacen experto e idóneo en la materia, aspecto que además quedó consignado en la parte considerativa del contrato.

En consecuencia, en la ejecución de, contrato. ENTerritorio debía actuar con ,a debida diligencia, probidad y con las calidades acordes a su pericia e idoneidad.

En consideración de ,a Sala, obligaciones como las incorporadas en los numerales 1 y 4 del contrato interadministrativo, las cuales también fueron anunciadas y previstas por FONOTIC en los términos de convocatoria para ,a asignación de los PVD, exigían que ENTerritorio presupuestara y previera el costo de la prueba

Radicación interna: 00002

Página 102 de 152

idónea que acreditara el cumplimiento de las obligaciones que asumía, en particular la requerida para demostrar que se materializó la obligación de donación de la infraestructura de los PVD.

Por tal razón, y si bien es cierto que en el contrato interadministrativo 989/212039 se indicó que la ejecución del contrato está supeditada al monto de los recursos entregados para el cumplimiento de su objeto, también es cierto que dicha estipulación ha de entenderse bajo la consideración de que ENTerritorio empleó la debida diligencia y cumplió con sus obligaciones, esto es, el haber previsto y presupuestado los costos derivados de la prueba del acto jurídico mediante el cual se entiende perfeccionada la donación.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la respuesta a la pregunta formulada en relación con los costos que se generaran para demostrar el cumplimiento de la obligación de donación, corresponde a ENTerritorio con la claridad de que estos costos han debido ser estimados y valorados por anticipado.

Se advierte en todo caso, según lo Indicado por las partes en las reuniones del 16 de octubre y 29 de noviembre de 2019 que a la fecha haría falta por obtener la copia de 18 escrituras.

Prueba de ta donación de las Impresoras

En relación con este aspecto. FonTIC indica en la consulta lo siguiente: «ENTemtorio no ha presentado soporte de donación de ninguna de las cuatrocientas setenta y ocho (478) impresoras que ENTerritorio debía donar de acuerdo con lo estipulado en la Prórroga 4 y la Modificación No. 5 del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012»

Por su parte, ENTerritorio señaló sobre este aspecto que «[ J cumplió con la entrega de ese número de impresoras en los municipios beneficiados, lo que consta en las respectivas actas de entrega y recibido, suscritas ene se sentido con cada municipio».

En efecto fueron remitidas con la solicitud ríe concepto copla ríe 471 actas de entrega de impresoras, las cuales se titulan como 'Constancia instalación de impresoras\*<sup>4</sup>, suscritas por el representante de la entidad terntorial y del proveedor.

También indicó que en la medida en que los procesos de donación de impresoras y de donación de PVD sucedieron en momentos diferentes de la ejecución del contrato, «[...] aun cuando ENTerritorio ha tratado, mediante todos los medios posibles, de que los representantes de las entidades territoriales beneficiadas con la donación de las citadas impresoras, suscriban el acto jurídico que formalice la donación de las mismas, a la fecha no ha logrado que tales representantes

Radicación interna 00002

Página 103 de 152

ejecuten dicha labor, lo cual , dada la diligencia empleada, no le resulta imputable a ENTerritorio».

Ahora bien, la Sala encuentra según la documentación remitida por conducto de la supervisora del contrato, que se acordó entre las partes que en el Acta de Liquidación de los Convenios Interadministrativos que se celebraran entre ENTerritorio y los entes territoriales, se incluyera una estipulación que permitiera formalizar la donación de las impresoras y poner fin a dicha controversia.

En ese sentido, en oficio del 23 de mayo de 2019 dirigido por la supervisora del contrato al gerente del convenio PVD se indicó

[...] Frente al cumplimiento de la obligación de transferencia de la propiedad de las 478 impresoras a los 367 Entes Territonaes se realizó la entrega mediante acia durante la vigencia del convenio y teniendo en cuenta que estas impresoras de manera individual no exceden los cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes de los que trata el artículo 1458 del Código Civil, se procederá a legalizar la donación de las mismas mediante el acta de liquidación de los convenios que se suscribirá entre las partes.

documento contractual que deberá contener todos los requisitos legales establecidos para la donación .f<sup>9</sup>. (Subrayado por la Sala).

El contenido de este documento fue ratificado por la Supervisora del contrato de MinTIC y

por el Gerente del Convenio de ENTerritorio en las reuniones del 16 de octubre y 29 de noviembre de 2019.

Sobre el particular, la Sala encuentra necesario que se deje constancia en el acta de liquidación sobre los acuerdos logrados por las partes sobre la formalización de entrega de las impresoras. Asimismo, sobre la existencia de las actas de entrega de las impresoras pues obran 471 actas que prueban que ENTerritorio hizo entrega de las impresoras.

Liquidación de los contratos derivados

FonTIC indicó en la solicitud de concepto que ENTerritorio incumplió la obligación núm. 7 de la cláusula 3 del contrato Interadministrativo 989/212039 de 2012, en la

medida en que «[.] tiene pendientes por liquidar el Contrato Derivado No. 2121347. suscrito con NEC de Colombia, los convenios que se debían suscribir con ocasión de la donación de las cuatrocientas setenta y ocho (478) impresoras y, trescientos sesenta y siete (367) convenios con las entidades públicas territoriales». <sup>79</sup>

<sup>79</sup> Oficio del 23 de mayo de 2019 de la Dra Margarita Hernández Cortés. Supervisora ael Contrato. Asesora del Despacho del Viceministro de Conectividad y Digitalización de» MinTIC. dirigido al Ingeniero Camilo Corona G . Gerente de Convenio Puntos Vive Digital, de ENTerritono

Radicación intema: 00002

Página 104 de 152

Al respecto, señaló que ENTerritono no ha presentado los soportes que permitan evidenciar e, cumplimiento de las obligaciones y la legalización del 100% de los recursos entregados por el FonTIC para adelantarla liquidación correspondiente.

Sobre este punto, ENTerritono manifestó que esta situación no le puede ser jurídicamente reprochada, por las siguientes razones:

[. .] los actos jurídicos pendientes de liquidar tienen que ver con. (i) El PVD del municipio de Guapi (Contrato Derivado No. 2121347 suscrito con NEC de Colombia para e, bodegaje de los equipamientos que no se pudieron instalar en esa entidad territorial) que no pudo ser implementado por causas que le son extrañas y: (ií) con los actos jurídicos necesarios para la formalización de la donación de las impresoras, cuya liquidación no ha tenido lugar, en cuanto, pese a los esfuerzos desplegados por ENTerritono, los representantes de los entes territoriales beneficiados con las señaladas donaciones, no han concurrido a la firma de tales documentos.

En relación con la falta de liquidación de los contratos derivados se debe puntualizar, de acuerdo con la información suministrada por ENTerritono en reunión del 29 de noviembre de, año en curso, que a dicha fecha ya se encontraban liquidados 12 de los 13 contratos derivados

Respecto dei contrato denvado núm. 2121347 suscrito con NEC de Colombia. ENTemtorio advirtió que no se ha adelantado la liquidación, por cuanto no ha habido acuerdo con FonTIC para que este reciba el equipamiento técnico que fue adquirido para la instalación del PVD en el municipio de Guapi y para que se reconozcan los costos asociados al bodegaje de dichos equipos.

Sobre los convenios interadministrativos suscritos entre ENTerritono y las entidades territoriales, ENTerritono manifestó que al 29 de noviembre de 2019, se encontraban liquidados 72 de los 367 convenios.

En cuanto a las razones por las cuales no se ha llevado a cabo la liquidación de los convenios, ENTerritono manifestó que pese a haber realizado las gestiones respectivas ante los alcaldes de los municipios beneficiarios de los PVD. requiriéndoles la documentación necesaria y adecuada para la suscripción del acta de liquidación (Acta de posesión del alcalde, informe sobre la ejecución, ia operación prestada en el PVD, entre otros), las entidades territoriales no han atendido tales solicitudes, ni han enviado ,a documentación que es indispensable para lograr la formalización de ia liquidación.

Ahora bien, para dilucidar la controversia planteada. ,a Sala estima pertinente referirse de una parte a la liquidación de, contrato derivado 2121347 suscrito con NEC. y de otra, a la liquidación de los convenios interadministrativos suscritos con las entidades territoriales.

Radicación inlema: 00002

Página 105 de 152

Sobre el primer punto, es preciso señalar que el contrato interadministrativo 989/212039 de 2012 dispuso en el numeral 7 de la cláusula 3 como obligación de ENTerritorio, la de adelantar la liquidación de contratos/convenios derivados, de conformidad con lo señalado en el Manual de Contratación de Fonade '.

Dicha obligación está consignada en la cláusula décima séptima del contrato derivado suscrito entre ENTerritorio y NEC en los siguientes términos:

**CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- LIQUIDACIÓN** Al producirse una cualquiera de las causas de terminación del contrato. se procederá a su liquidación en un plazo máximo de seis (6) meses, contados a partir de la ocurrencia del hecho o acto que genera la terminación. La liquidación por mutuo acuerdo se hará por acia firmada por las partes, en la cual deben constar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y los acuerdos, transacciones y conciliaciones que alcancen las partes para poner fin a las posibles divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo Las partes acuerdan que si el CONTRATISTA no se presenta a la liquidación o no se llega a acuerdo sobre el contenido de la misma, esta podrá ser practicada directa y unilateralmente por FONADE a través de documento escrito. La liquidación unilateral se realizará dentro del término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo para liquidar el contrato de común acuerdo; lo anterior no obsta para que dentro de este plazo las partes lleguen a un acuerdo sobre la liquidación.

La Sala encuentra que ENTerritorio de acuerdo con la cláusula transcrita puede adelantarla liquidación del con trato derivado suscrito con NEC aun cuando no se haya liquidado el contrato interadministrativo con FonTIC.

Para el efecto, es importante tener en cuenta las actividades ejecutadas por NEC, en particular la relacionada con la compra y adquisición del equipamiento técnico que seria instalado y donado en nombre del FonTIC en el municipio de Guapi y que por causas no imputables tanto a NEC como a ENTerritorio<sup>80</sup>, no se pudo llevar a cabo. Y por tal razón, establecer los costos

asociados y acreditados, en especial los derivados del bodegaje de dicho equipamiento. Asimismo, es preciso definir el estado de las obligaciones de entrega y recibo de dicha infraestructura técnica.

De otra parte, la Sala encuentra procedente citar algunos apartes del manual de contratación de Fonade. hoy ENTentorio. en la medida en que resultan pertinentes para adelantarla liquidación del contrato derivado.

Es importante señalar que la instalación y donación de la infraestructura técnica no se pudo llevar a cabo en el municipio de Guapi por cuanto la entidad territorial no cumplió de manera reiterada, con los requisitos necesarios de accesibilidad a personas discapacitadas que debían ostentar los PVD de acuerdo con lo pactado en el contrato interadministrativo No 989/212039 de 2012 y sus anexos

Radicación interna 00002

Página 106 de 152

El artículo 26 del manual dispuso que en esta etapa se debe verificar el cumplimiento de las obligaciones de las partes. De igual forma define la liquidación como « (...) el acto jurídico a través del cual, concluido el contrato, las partes definen los derechos y obligaciones que aún subsisten a su favor o a su cargo y a partir de allí realizan un cruce o balance final de cuentas para de esta forma extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron con el contratador

En cuanto al objetivo se indicó que «[...] las partes se declaren a paz y salvo mutuamente, de manera total o parcial, estableciendo las obligaciones postcontractuales y las circunstancias de tiempo, modo y lugar para su cumplimiento 14»

Dicho manual ratificó que los contratos interadministrativos que celebre Fonade requieren liquidación.<sup>82</sup>

Sobre el momento en que debe realizarse, se señala que « [...] sólo procede con posterioridad a la terminación del contrato [...] » y « En los contratos o convenios interadministrativos, si las partes no pactan plazo de liquidación, se aplicará el establecido en la Ley. Vencido este plazo se podrá realizar en cualquier tiempo, considerando la caducidad o la prescripción de acuerdo con la naturaleza jurídica del contratante». (Resaltado extra texto).

Sobre la liquidación de los contratos derivados de convenios y/o contratos suscritos en el marco de las líneas de negocio por FONADE, indica que:

se liquidarán en el término que fijen las partes. Si no se señala plazo alguno, la liquidación se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:

**Contratos de Obra:** Su liquidación se realizará de común acuerdo dentro de los 8 meses siguientes a la finalización del plazo contractual.

**Contratos de Consultoría y/o Interventoría:** Su liquidación se realizará de común acuerdo dentro de los 8 meses siguientes a la finalización del plazo contractual.

**Contratos de suministro:** Su liquidación se realizará en el plazo de 4 meses siguientes a la terminación del plazo contractual.

Las demás tipologías contractuales que no estén contempladas en el presente numeral, se realizarán de común acuerdo dentro de los 6 meses siguientes a la finalización del plazo contractual.

PARÁGRAFO: En consideración a la complejidad del objeto contractual, su naturaleza y su cuantía, las partes de común acuerdo y durante la vigencia

\*' Artículo 26 <sup>TM</sup> Artículo 27

Radicación inlema. 00002

Página 107 de 152

de los Convenios y/o Contratos podrán modificar la Cláusula de Uquidación y prorrogar el plazo inicia,mente establecido para la misma.

Sobre las modalidades de liquidación, el articulo 29 de, referido manual dispuso.

Acta de Liquidación Bilateral (Derecho Público y Privado): documento suscrito por las partes en el que se realiza un corte de cuentas, entre la entidad contratante y el contratista, con miras a finiquitar la relación jurídica obligacional. en donde asimismo se consignan los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que (legaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Acta de Liquidación Parcial (Derecho Público y Privado): documento mediante el cual contratante y contratista, realizan un corte de cuentas parcial, entre otros, para liberar saldos a FONADE y/o reintegrar recursos al cliente. Este documento sólo procede en los Convenios y/o Contratos celebrados por FONADE en el marco de sus lineas de Negocio.

Actas de Liquidación Parcial de Contratos Ejecutados a través de Actas de Servicio:  
Procederá la liquidación parcial de los contratos ejecutados a través de actas de servicio siempre que

El contrato ejecutado a través de actas de servicio objeto de liquidación parcial deberá contar con las correspondientes actas de cierre del porcentaje de ejecución que se pretende liquidar.

Exista disponibilidad de recursos, de acuerdo con ,a fuente de origen, para realizar los pagos a que haya lugar.

Cumpla con los requisitos establecidos por ia Subgerencia de Contratación, a través del procedimiento particular que para los efectos se expida.

Liquidación Judicial. (Derecho Público y Privado): La liquidación judicial procederá cuando las partes no hayan llegado a un acuerdo frente a, balance fina, o corte de cuentas, evento en que ,a parte interesada podrá acudir a Juez natural del contrato, para que mediante decisión judicial se efectúe la liquidación. Notificado el Auto admisorio de la demanda, la Entidad pierde competencia para realizar cualquier actividad tendiente a ,a liquidación o cierre deí comíalo (Resaltado extra texto).

El Manual también dispuso lo siguiente:

Durante la etapa de liquidación las partes podrán llegar a acuerdos, conciliaciones,

reconocimientos y transacciones y hacer uso de cualquier mecanismo alternativo de resolución de conflictos, siempre que sea compatible con la relación contractual que se liquida con el objeto de dar por terminadas sus diferencias y declararse a paz y salvo previa aprobación por parte del Comité de Contratación y/o Comité de Conciliación. (Resaltado extra texto)

Radicación interna- 00002

Página 108 de 152

En segundo lugar, en relación con la obligación de liquidar los convenios interadministrativos con las entidades territoriales debe indicarse que en el contrato interadministrativo núm. 989/212039 se hace referencia a dicha obligación en el numeral 7 de la cláusula 3, en la medida en que se alude a los «contratos/convenios derivados».

Asimismo, del contenido de uno modelos de los convenios susentos entre ENTemtorio y las entidades territoriales, se observa que se pactó la liquidación en los siguientes términos;

**CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- LIQUIDACIÓN:** El presente convenio se liquidara por FONADE dentro de los seis (6) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá el último informe mensual, el cual elaborará el EJECUTOR sobre la ejecución, la operación prestada en el Punto Vive Digital y los acuerdos a que lleguen las partes sobre la ejecución del convenio.

De acuerdo con la referida cláusula, se pactó un término para adelantar la liquidación entre las partes, y se definió que para el efecto se tendría en cuenta el informe presentado por la entidad terntorial sobre la puesta en marcha del PVD.

Cabe mencionar que ENTemtorio afirmó que desplegó varias actividades tendientes a lograr la suscripción de, acta de liquidación, como requerimientos y derechos de petición a los alcaldes respectivos. No obstante, las solicitudes realizadas no han sido atendidas por dichos funcionarios.

En ese orden, se estima que aunque el término pactado para realizarla liquidación de los contratos que celebró ENTerritorio se haya excedido, ta, circunstancia no es óbice para que pueda llevarse a cabo y en la liquidación respectiva se deje constancia acerca de las razones o motivos por los cuales no se efectuó de manera oportuna.

Asimismo, ENTerritorio podrá dejarlas observaciones y salvedades pertinentes en el acta de liquidación del contrato interadministrativo 989/212039 de 2012, en

relación con el cumplimiento de le obligación de liquidar los con tratos y convenios celebrados.

Vigencia del contrato interadministrativo

Es pertinente pronunciarse sobre la vigencia de, contrato, en tanto algunas de las preguntas formuladas tienen relación con esta materia.

En ese orden se cita el contenido de ,a cláusula sexta del contrato interadministrativo que señala ,o siguiente

CLAUSULA sexta.- plazo de ejecución y vigencia del CONTRATO: El plazo de ejecución del presente Contrato será hasta el 7 de Agosto de 2014, a partir de la suscripción del Acta de inicio del Contrato, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del mismo, así como también la entrega por parte de FONDO TIC a FONADE de la totalidad de la documentación mencionada en el numeral 1 de la clausula segunda del presente Contrato, circunstancia que debe constar en el acta de inicio suscrita por ambas partes. PARAGRAFO PRIMERO: (sic) El plazo de ejecución del Contrato podrá ser prorrogado y/o modificado de mutuo acuerdo entre las partes.

De acuerdo con el acta de inicio suscrita por las partes, el contrato interadministrativo inició el 13 de noviembre de 2012 y si bien es cierto se pactó su vigencia hasta el 7 de agosto de 2014, tuvo 10 prórrogas, de manera que finalizó el 30 de septiembre de 2018. conforme se indica en la solicitud de concepto.

En relación con la vigencia del contrato, es preciso indicar que se considera que es el plazo durante el cual se deben ejecutar las obligaciones pactadas por las partes. De esta manera no es posible que las partes acuerden un plazo para el cumplimiento de obligaciones del contrato una vez éste ha finalizado.

Resulta oportuno citar el Concepto núm. 2263 del 17 de marzo de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el que se puntualizó acerca de los límites jurídicos que la entidad estatal debe (eneren cuenta para alterar el pacto inicial. Sobre los limites de orden temporal señaló lo siguiente:

Relacionados con la vigencia del contrato// La posibilidad de modificar un contrato solo puede ejercerse durante su vigencia, así se trate de la simple prórroga del plazo, pues no resulta viable jurídicamente realizar modificaciones sobre un contrato con un plazo contractual vencido, como lo ha reiterado el Consejo de Estado.

Por tal razón, la Sala encuentra viable que las partes acudan al mecanismo de la liquidación del contrato para dar por terminadas las controversias generadas, y en la medida en que esta figura procede, una vez terminado el contrato, es claro que no se puede acudir a la liquidación para acordar plazos adicionales con miras a dar cumplimiento a las obligaciones del contrato.

Sin embargo, la Sala estima pertinente señalar que una vez vencido el término del contrato, las partes deben entregar y recibir las prestaciones ya ejecutadas pactadas en el contrato.

En ese orden ENTerritorio debe entregar a FonTIC el equipamiento técnico adquirido que no pudo ser instalado y. por su parte, FonTIC debe recibir dichos bienes.

De acuerdo con lo informado por las partes, a la fecha se están generando gastos asociados sobre dichos bienes, razón por la cual, la entrega y recibo de estos debe presentarse en el menor tiempo posible, incluso antes de la liquidación, para evitar el incremento de dichos costos.

## Pruebas

Los aspectos planteados en la consulta fueron evaluados por la Sala con fundamento en la documentación aportada en la solicitud de consulta, así como, a remitida por e, MinTIC en oficios del 11 y 21 de octubre de 2019 con los radicados 192083769 y 192088389 respectivamente, y, de igual manera, a entregada por ENTemtorio e, 29 de noviembre y e, 5 de diciembre de 2019.

Se relacionan los documentos remitidos, así:

Documentación aportada en la consulta.

Fueron aportados a la consulta inicial, 4 CD contentivos de la misma información:

- Copia del contrato interadministrativo 989/212039 del 2012.
- Modificaciones, aclaraciones, adiciones y prórrogas.
- Documento relacionado con la no viabilidad del PVD en el municipio de Guapi. (Acta No. 52 de julio de 2010 de, Comité Operativo o de Seguimiento).
- Actas de entrega de impresoras.
- Las siguientes comunicaciones cruzadas entre FonTIC y ENTemtorio respecto del PVD de Guapi.
- Comunicación del 28 de septiembre de 2018 de NEC a Fonade (radicado 20184300548832).
- Correo electrónico del 22 de agosto de 2018 de Fonade a Fon TIC.
- Acta No 52 de, Comité Operativo.
- Oficio de, 22 de junio de 2018 de Fonade a FonTIC (radicado 20182400175081).
- Oficio del 15 de mayo de 2018 de Fonade a FonTIC (radicado 20182400133441
- Correo electrónico del 5 de mayo de 2018 de FonTIC a Fonade.
- Correo electrónico del 5 de abril de 2018 de Fonade a FonTIC.
- Prórroga No. 10 y modificación No. 9 del contrato interadministrativo Fonade - MinTIC.
- Oficio del 24 de enero de 2018 de Fonade a FonTIC (radicado 20182400002211)

Radicación interna: 00002

Página 111 de 152

- Oficio del 20 de diciembre de 2017 de FonTIC a Fonade (radicado 1120857)
- Modificación contractual del 23 de agosto de 2017.
- Propuesta de, 14 de agosto de 2017 de NEC a Fonade.

-Contrato interadministrativo entre Fonade y FonTIC del 1 de noviembre de 2012.

Documentación aportada por MinTIC en oficio del 11 de octubre de 2019

En atención a un requerimiento formulado e, 30 de septiembre de 2019 por el Despacho del Magistrado Ponente. MinTIC allegó ,a siguiente documentación:

-Copia de, contrato denvado núm. 2141388 de, 2014 suscrito entre ENTemtorio y Media Commerce Partners. S.A.S.

-Copia de, convenio núm. 2141760 de, 2014, suscrito entre ENTemtorio y el municipio de Finlandia-Quindío con su respectiva modificación

-Documento «Estrategia de la convocatona para conformar un banco de proyectos regionales para la operación de los Puntos Vive Digital - PVD - Fase 1 », mediante el cual se realiza ,a descripción del desarrollo de la convocatoria y 13 anexos que soportan e, mismo.

-DocumentoTécnico Entidad Pública - Entidad Territorial (Ejecutor)

-Plan operativo del proyecto.

-Informes de gestión núm. 24 y núm. 25.

-Actas de los Comités Operativos celebrados en e, marco del contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012

Documentación aportada por MinTIC en oficio del 21 de octubre de 2019.

En atención al requerimiento de, 30 de septiembre de 2019 formulado por el Despacho del Magistrado Ponente a MinTIC, esta ultima entidad allegó la siguiente documentación:

-Contrato 2141397-NEC

Acta de liquidación con e, municipio de Cachipay

Manual de contratación de Fonade.

Documentación aportada por ENTerritorio e, 29 de noviembre de 2019.

ENTemtorio entrególa documentación que a continuación se enuncia lacual. está relacionada con ,a trazabilidad de ,a instalación de, PVD Guapi - Cauca

Radicación interna: 00002

Página 112 de 152

-Comunicación del 28 de septiembre de 2018 de NEC a Fonade (radicado 20184300548832.

-Correo electrón ico del 22 de agosto de 2018 de Fonade a FonTIC.

-Acta del 15 de agosto de 2018.

-Comunicación escrita del 12 de julio de 2018 del municipio Guapi a Fonade. -Coríeo electrónico del 9 de julio de 2018 de Fonade a Guapi.

- Acta del 6 de julio de 2018.
  - Oficio del 22 de junio de 2018 de Fonade a FonTIC (radicado 20182400175081)
  - Oficio del 15 de mayo de 2018 de Fonade a FonTIC (radicado 20182400133441)
  - Correo electrónico del 5 de mayo de 2018 de FonTIC a Fonade.
  - Correo electrónico del 5 de abril de 2018 de Fonade a FonTIC.
  - Comunicación escrita del 27 de abril de 2018 de Guapi a FonTIC.
  - Acta del 26 de abril de 2018 suscrita entre Fonade y FonTIC.
  - Acta del 8 de marzo de 2018 de Fonade.
  - Modificación contractual del 28 de febrero de 2018 suscrita entre Fonade y Fon tic.
  - Oficio del 24 de enero de 2018 con radicado 20182400002211 de Fonade a FonTIC.
  - Oficio del 20 de diciembre de 2017 con radicado 1120857 de FonTIC a Fonade.
  - Modificación contractual del 23 de agosto de 2017.
  - Propuesta del 14 de agosto de 2017 de NEC a Fonade.
  - Contrato interadministrativo entre Fonade y FonTIC de, 1 de noviembre de 2012.
- Documentación remitida por ENTerritorio e, 5 de diciembre de 2019.
- ENleiritorio remitió varias comunicaciones en relación con los lemas que se enuncian a continuación.
- Caso implementación del Punto Vive Digital de Guapi (6)
  - Caso donación Punto Vive Digital de Buenaventura (9)
  - Donación Puntos Vive Digital (19)
  - Donación Punto Vive Dígita, Secretaría de Seguridad de Bogotá (7)
  - Gestión en Notarías para solicitud de copias de escrituras de donación (117) -Liquidación de convenios interadministrativos con Entidades Terntoriales (656).

Radicación inlema: 00002

Página 113 de 152

Asimismo debe señalarse, que el Despacho del Magistrado Ponente se reunió con las partes que formularon la consulta así (i) el 16 de octubre de 2019 con MinTIC y, (ii) el 29 de noviembre con ENTerritorio. Dichas reuniones tuvieron por propósito aclarar algunas inquietudes en relación con los hechos plasmados en la solicitud de concepto y con el con ten

ido de la documentación remitida.

Alternativa jurídica para la solución del conflicto: La liquidación del contrato

Consideraciones generales

Tanto ENTerritono como FonTIC tendrían la libertad de acudir a cualquiera de los mecanismos para dar solución a sus diferencias previstos en la cláusula vigésima segunda del contrato interadministrativo núm. 989/212039 del 1 de noviembre de 2012<sup>83</sup>, esto es, conciliación, transacción o amigable composición, ajustándose a la normativa prevista para cada figura y atendiendo a la naturaleza y alcance de la misma.

Sin embargo, la Sala estima que en tanto no se ha cumplido con la obligación de liquidar el contrato interadministrativo, según se ha indicado en la consulta, es procedente acudir a dicha alternativa. En ese orden, por definición legal, las partes en la liquidación pueden llegar a acuerdos, conciliaciones y transacciones, con el fin de poner fin a sus divergencias y declararse a paz y salvo<sup>84</sup>.

Además de que dicho procedimiento debe surtirse por las partes para cumplir una obligación que deviene de la ley y del contrato interadministrativo como se expondrá más adelante, incorpora la finalidad prevista por las diferentes medidas a las que alude la referida cláusula vigésima segunda. Por ende, acudir a la liquidación resulta procedente en beneficio de ambas partes.

Así las cosas, la Sala hará alusión a su definición, alcance y finalidad, para concluir que resulta un mecanismo idóneo para que las partes puedan concurrir con el fin de solucionarlas controversias.

Para tales efectos, se retomarán en gran medida las consideraciones expuestas en el Concepto núm 2253 do' 28 de junio de 2016. a través del cual se analizó esta figura, su noción, procedencia, obligatoriedad, contenido, funciones, así como sus modalidades, plazos para adelantarla y las consecuencias jurídicas derivadas de su

**\*\* Contrato iriteradministrallvo 989/212039 de 2012 Cláusula Vigésima segunda SOLUCION DE CONTROVERSIAS** Las partes acuerdan que para la solución de las diferencias y discrepancias que surjan de la celebración, ejecución y terminación de este contrato acudirán a los procedimientos de conciliación, transacción o amigable composición, en el caso que estos mecanismos no sean efectivos se someterá a las leyes nacionales. En caso de un presunto incumplimiento se seguirá el procedimiento que la Entidad contratante tenga establecido para ello

<sup>84</sup> Ley 80 de 1993 Artículo 60 Artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012

Radicación interne: 00002

Página 114 de 152

omisión. De igual manera, se estima necesario referirse a lo estipulado en el contrato en tomo a ,a materia

En cuanto a la importancia de ,a liquidación, ha señalado la Sala en el Concepto núm. 2253 que en relación con los contratos que celebra el Estado y en razón a los fines perseguidos con

la actividad contractual<sup>85</sup>, es necesario tener certeza y seguridad jurídica sobre e, cumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes, motivo por el cual, el ordenamiento jurídico estableció algunos medios para determinar cómo se verifica esa situación y cómo se expresa la conformidad de, contratante y de, contratista para quedar a paz y salvo y por consiguiente finiquitar la relación de negocios.

En ese sentido, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 11 de ,a Ley 1150 de 2007 regularon ,a liquidación como un instrumento, a través de, cual, las partes se obligan a verificar la realización de las prestaciones mutuas, bien sea a través de un acto bilateral o unilateral, según sea e, caso, en e, cual se documenta por escrito la comprobación de, cumplimiento contractual y su finiquito, con valor liberatorio para las partes.

Noción, procedencia, obligatoriedad y contenido

Noción

«Liquidación» en su uso común o genera,<sup>86</sup> corresponde a la «acción y efecto de liquidar». A su turno el verbo «liquidar» significa, según las definiciones que guardan cercanía con los propósitos que persigue ,a liquidación del contrato estatal: «2. tr. Hacer e, ajuste forma, de una cuenta 3. tr. Saldar, pagar enteramente una cuenta. 4. tr Poner término a algo o a un estado de cosas. 12. tr Der. Determinaren dinero e, importe de una deuda<sup>87</sup>».

**Por tanto, de acuerdo con e, lenguaje común, liquidar un con trato es ajustar, saldar, pagar o determinar el valor de las acreencias y de las deudas correspondientes al mismo, asi como ponerte fin a los derechos y obligaciones que derivan de la fuente contractual. \***

\*\*

<sup>65</sup> Ley 80 de 1993 Artículo 3 \*DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte tendrán en cuenla al celebrar y ejecutar contratos con las entidades eslatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que. como tal, implica obligaciones »

\*\* «Artículo 28 Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pera cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas matenas se les dará en éstas su significado legal»

<sup>97</sup> [http //lema rae es/drae/?val=liquidaci%C3%B3n](http://lema.rae.es/drae/?val=liquidaci%C3%B3n). consultado el 15 de junio de 2016.

Radicación inlema: 00002

Página 115 de 152

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha indicado que la liquidación de un contrato estatal es un «procedimiento por medio del cual, concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas

derivadas del mismo, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo

por todo concepto en relación con su ejecución». En términos generales, «se trata de un trámite que busca determinar el resultado final, de los derechos y deberes de las partes»<sup>80</sup>.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado en varias ocasiones en relación con la liquidación de los contratos estatales que:

[...] se define como aquella actuación posterior a la terminación normal, o anormal del contrato, o aquella etapa del contrato que sigue a su terminación, mediante la cual, lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de esta forma realizar un balance final, o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación comercial, definiéndose en última instancia quién le debe a quién y cuánto, bien por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para «dar así finiquito y paz y salvo a la relación comercial» [...]\*\*

Asimismo, ha señalado que es una etapa contractual mediante la cual lo que se procura es finalizar la relación comercial. También que es un «Negocio jurídico que tiene plena eficacia por presumir la voluntad de las partes que lo formalizan»<sup>90</sup>.

Según el artículo 217 del Decreto Ley 19 de 2012. durante la liquidación se definen «los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar», razón por la cual en el acta respectiva se hacen constar «los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo»<sup>91</sup>».

La liquidación entonces es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de

cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado.

<sup>6\*</sup> Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 31 de octubre de 2001. Radicado 1365.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia del Q de junio de 2016 (Radicación núm 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665) Ver también Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Exp. n.º 16.370.

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C. del 29 de abril de 2015 (Radicación 25000-23-26-000-2000-01202-01(30691)

<sup>91</sup> Artículo 60 de la Ley 80 de 1993. modificado por artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217 del Decreto 0019 de 2012.

Radicación Inlema 00002

Página 116 de 152

Procedencia

La liquidación es una actuación que procede con posterioridad a la terminación normal o anormal del contrato estatal<sup>92</sup>, por causas contractuales o legales o por causas atributales a ambos contratantes o a uno de ellos.

## Obligatoriedad

De conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993<sup>93</sup> «[...] los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación»; sin embargo. «[...] la liquidación (...) no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión».

Así las cosas, la liquidación es obligatoria en i. Los contratos de tracto sucesivo;

ii. Aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo (sea por la naturaleza periódica de las prestaciones o por las vicisitudes que se presenten en su ejecución que lo dilaten o prorroguen);

Los demás que lo requieran, con fundamento a su naturaleza, objeto y plazo, así como a su importancia o relevancia o por la eventualidad de discrepancias y controversias en tomo a su ejecución.<sup>94</sup>

La Sala estima que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad (arts. 32<sup>95</sup> y 40 Ley 80 de 1993<sup>96</sup>, art 1602 C.C.), pueden libremente pactar la liquidación en aquellos contratos estatales en los que no resulte obligatorio.

<sup>92</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 31 de 2006, num. 14287 « ( ) ia oportunidad para liquidar los contratos estatales - máxime cuando a ello procede la entidad contratante de manera unilateral-, sólo tiene cabida con posterioridad a la terminación del correspondiente vínculo contractual. As» lo ha establecido la ley y lo ha reconocido la jurisprudencia, puesto que resulta elemental que en el tiempo se dé prioridad a la terminación del contrato y después se proceda a su liquidación final, por lo cual no será posible liquidar definitivamente un contrato si previamente no ha terminado»» (Resaltado y subrayado de la Sala).

Modificado por artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217. Decreto 0019 de 2012<sup>w</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de agosto de 2003, Radicación 1453

Ley 80 de 1993. Artículo 32. «Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de, ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...]»

» Ley 80 de 1993. Artículo 40. «DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley correspondan a su esencia y naturaleza

Radicación interna: 00002

Página 117 de 152

Contenido

En Concepto 2253 de 2016. la Sala identificó los aspectos que debe incluir una liquidación del contrato estatal, de los cuales, destaca entre otros, los siguientes:

¡.La identificación del contrato, las partes, sus sucesores y los cesionarios si los hay.

¡¡.Su objeto y alcance, plazo de ejecución, suspensiones y reinicios, prórrogas, modificaciones y adiciones.

ii¡.El balance técnico de las obligaciones a cargo de las partes, e, grado de ejecución de, objeto de, contrato, junto con e, análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios.

El balance o estado económico de ,a relación contractual a su culminación mediante la determinación de, precio, su forma de pago, actas, facturas o cuentas y sumas pendientes de pago, recursos recibidos, pagos efectuados, entre otros aspectos necesarios para dar por concluido el contrato.

E, balance administrativo, como el pago de las obligaciones de seguridad social (salud y pensiones) y parafiscales, e, pago de impuestos, el estado de las licencias (ambientales) y permisos (servicios públicos), los predios que se adquirieron y si ya se transfirieron a ,a entidad o no. etc. de ser e, caso.

E, balance jurídico, esto es. los derechos a cargo o a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato, luego de indicar e, estado de cumplimiento de las obligaciones, así como las obligaciones que deban cumplirse con posterioridad a la extinción de, vinculo y que surgen para las partes con ocasión de su suscripción.

vii.Los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, así como los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo<sup>97</sup>.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades condiciones y. en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesanas y convenientes, siempre que no sean contranas a la Constitución, la ley. el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales. podran Incluirse las previsiones y particulandades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contranas a la Constitución o a la ley »

<sup>97</sup> Artículo 60 de la Ley 80 de 1993. modificado por el articulo 32 de ta Ley 1150 de 2007 y el articulo 217 del Decreto 019 de 2012

Radicación Inlema 00002

Pagina 118 de 152

viii.La vigencia de las garantías y su extensión o ampliación en caso que se deban exigir al contratista para avalar las obligaciones que surgen a ,a extinción de, contrato (estabilidad de la obra, calidad de, bien o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios, pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, responsabilidad civil, etc.).

Ix. Si la liquidación es bilateral debe contener los finiquitos y, por ende, las declaraciones mutuas de paz y salvo, así como las salvedades y observaciones a que haya lugar de manera detallada y concreta para reservarse el derecho a reclamar y demandar esos aspectos controversiales, es ante, a jurisdicción

#### Funciones de la liquidación

Las funciones de la liquidación son de carácter declarativo, constitutivo y probatorio. Al respecto, ha señalado, a Sección Tercera que la liquidación tiene por objeto que se defina:

(...) (i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución de, contrato, (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado: (iii) las garantías inherentes al objeto contractual, así como, (iv) contener los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo?<sup>3</sup> (Resaltado extra texto).

#### Función declarativa

Por regla general, la extinción de las obligaciones que para las partes emanan de un contrato, así como la liberación consecuente, opera en virtud de, cumplimiento del objeto contractual, es decir, de la coincidencia entre el deber de conducta desplegado efectivamente por e, deudor respecto a, prestación debida y el resultado satisfactorio para e, interés del acreedor.

En relación con los contratos estatales, la liquidación debe realizarse no solo como consecuencia de su ejecución y cumplimiento, sino también cuando no se cumplió y se declaró su caducidad, o fue terminado unilateralmente por parte de la entidad, o el contratista renunció a la ejecución. o e, objeto desapareció o resultó imposible

De modo que, la liquidación hace las veces de certificación o constancia acerca del cumplimiento de las obligaciones, cuando quiera que el cumplimiento haya tenido lugar, pero también refleja el estado en que queda el contrato cuando este no ha sido cumplido o cuando han ocurrido situaciones que llevan a su terminación anticipada. Así, la liquidación «[.] como lo prescribe la ley y, o ha precisado la jurisprudencia, es un corte de cuentas entre las partes, en el que se deja»<sup>98</sup>

<sup>98</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de, 26 de mayo de 2010. Exp. núm. 18606.

Radicación interna: 00002

Página 119 de 152

constancia de las obligaciones cumplidas y no cumplidas en oportunidad [...]».<sup>09</sup>

(Subrayado extra texto).

En síntesis, en cuanto atañe a la función declarativa, desde una perspectiva general, la liquidación es el instrumento en el que se declara o se hace constar cuál es el punto final de la relación contractual en tomo al cumplimiento de las obligaciones contraídas, relacionadas con el objeto y con la contra prestación.

Ahora bien, no realizar la liquidación del contrato estatal configura el incumplimiento de un

deber legal que les impone a las partes el ordenamiento jurídico, para dar certeza jurídica del estado en que quedaron las prestaciones que emanaban del mismo luego de su ejecución.\*<sup>100</sup>

### Función constitutiva de obligaciones y derechos de la liquidación

La Sala observa que la liquidación tiene otra función, esto es, la de constituir de forma directa e inmediata vínculos jurídicos, crear obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes.

En efecto, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217 del Decreto 0019 de 2012 señaló que:

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

El hecho de que la norma exija que en el acta de liquidación de los contratos estatales se registren los acuerdos logrados por las partes para superar las divergencias presentadas y declararse mutuamente a paz y salvo, por supuesto cuando hubiere sido posible, «tiene alcance restringido a la esfera de las

<sup>09</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia de agosto 30 de 2001. Exp n/ 16256.

<sup>100</sup> «De los preceptos citados, se infiere que la liquidación de los contratos en los que se requiera

esa operación, constituye una obligación Impuesta por (a ley Inicialmente en forma conjunta a las partes para que se haga en forma bilateral y de mutuo acuerdo, y luego de frustrada ésta, se traslada a la Administración, quien adquiere competencia material para hacerlo en forma unilateral. Por esta razón, para la Sala no es de recibo el cargo de Incumplimiento al contrato formulado por este aspecto por la demandante pues no se observa que ella también hubiera estado presta a cumplir esa obligación conjunta de las partes de liquidar el contrato; en efecto, no existe prueba de que la hubiera solicitado, y más aun tampoco promovió su liquidación judicial, pudiendo haberlo hecho ante la alagada inactividad de la Administración a este respecto » Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Exp n<sup>o</sup> 17 031

Radicación Inlema: 00002

Página 120 de 152

obligaciones surgidas entre las partes con motivo de la suscripción y ejecución del contrato».<sup>101</sup>

Al respecto, se deben diferenciar las liquidaciones en las cuales se constituyen obligaciones claras, expresas y exigibles, que serían demandadas por la vía ejecutiva<sup>102</sup>, de las liquidaciones donde las obligaciones creadas no cuenten con las calidades aludidas, cuyo cumplimiento judicial podría perseguirse por la vía ordinaria

También desde ,a perspectiva de la función creadora de obligaciones, se deben diferenciar los casos en los cuales la liquidación opera como un instrumento en e, que las obligaciones y derechos existentes entre las partes en virtud de, texto contractual se concretan en sumas y prestaciones definidas, de los casos en los cuales la liquidación permite advertir que a lo largo de la ejecución de, contrato surgieron mayores cantidades de bienes u obras, o de prestaciones u obras adicionales que no se encontraban comprendidas en el clausulado contractual.<sup>103</sup>

En resumen, en la liquidación, de forma directa e inmediata, se pueden generar obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes, las cuales, según se precisó anteriormente, hacen referencia a ,a determinación de sumas específicas a cargo de una parte y en favor de ,a otra, en virtud de las obligaciones y derechos existentes que emanan de, texto contractual.

De igual manera, en ,a liquidación se pueden realizar los reconocimientos y cuantificación del valor de prestaciones adicionales, ejecutadas de buena fe que tuvieron lugar durante la vigencia de, contrato, que no se encontraban comprendidas en el clausulado contractual y que resultaron esenciales y necesarias para e, cabal cumplimiento del objeto contractual<sup>104</sup>: así como ajustes y

Corle Constitucional. Sentencio C-967 de 2012

Consejo de Estado Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 31 de mayo de 2013. Exp. núm. 23903: «el valor vinculante del acta de liquidación bilateral se manifiesta en el mérito ejecutivo que la misma ostenta de tal manera que ei cobro de las cantidades que ella arroja a favor dei contratista, puede verificarse a través del respectivo proceso ejecutivo, en el cual se presentará como título, la referida acta de liquidación».

<sup>103</sup> Consejo de Estado. Salada lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 18 de julio de 2007 Exp. núm 22178 •• cr rehírate: de otra cuítrit - a precios unitarios, la mayor

cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una "prolongación de la prestación debida", sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual [...] En cambio ia realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo: se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesana.» Dentro del texto de la providencia se citan diferentes pronunciamientos de la Sección Tercera, entre otras, las Sentencias de 31 de agosto de 1999. Exp núm 12.849: de 6 de agosto de 1987. Exp núm 3886, de 25 de noviembre de 1999. Exp núm 10 873. Esta posición fue reiterada en Sentencia de 23 de abril de 2008. Exp núm 16491

<sup>104</sup> La jurisprudencia también ha señalado que en el acta de liquidación se deja constancia «de lo que a la terminación del conlrato la entidad quedó debiendo al contratista o lo que esle quedó

Radicación interna: 00002

Página 121 de 152

revisión de precios para restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato,

mediante el reconocimiento correspondiente, cuando quiera que proceda de acuerdo con las disposiciones legales, entre otras.

Las obligaciones contenidas en la liquidación, cuyo reconocimiento y asunción impliquen que se generen gastos adicionales para la entidad contratante, deberán estar ajustadas a las normas presupuestales (verbigracia lo atinente al certificado de disponibilidad presupuestal y al registro presupuestal correspondientes ordenados en las mismas). De igual manera, podrán ser Caras, expresas y exigíoles, caso en el cual serán susceptibles de demandarse por la vía ejecutiva o de no contar con las calidades ejecutivas aludidas, reclamarse en un juicio ordinario.

Modalidades o formas de la liquidación

La liquidación puede ser bilateral, unilateral o judicial.

Es bilateral cuando surge de un acuerdo de voluntades. Es unilateral cuando la entidad procede a realizarla mediante acto administrativo, bien porque no se presenta el contratista a la liquidación bilateral, o porque no se llega a un acuerdo o se logra la liquidación pero parcialmente.

Es judicial, cuando el juez competente profiere la providencia correspondiente, en el caso de que se pida a través del medio de control de controversias contractuales ya sea porque no se ha producido la liquidación o existen puntos no liquidados.

De cualquiera de las formas que se presente, la liquidación cumple las funciones declarativa y constitutiva sen aladas. A continuación, se hará referencia a cada una de estas modalidades.

#### 8.4.1. Liquidación bilateral: Negocio jurídico con fuerza vinculante

Liquidación bilateral: Negocio jurídico

debiendo a aquella por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato y las actualizaciones a que pudo tener derecho, o los sobrecoslos en que incurrió en razón de la prórroga del plazo del contrato, extremos que generan créditos a su favor que tienen ongen en el contrato mismo y que por ende deben ser resueltos en el acta de liquidación». Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de, 15 de agosto de 1996. Exp. n.º 9818. En Sentencia de 29 de agosto de 2007. Exp n \* 15.469. se recalcó la necesidad de la autorización y el recibo a satisfacción respecto de obras adicionales no amparadas en e, contrato, pero que resultaban esenciales para la obra, como presupuesto para que proceda algún reconocimiento y pago al contratista, con fundamento en e, principio de la buena fe y »a equivalencia de las prestaciones mutuas, que deben onentar la relación contractual y la prevaiencia de, Interés general frente a los Intereses propios

Radicación interna: 00002

Página 122 de 152

**Como ha sido establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, «la liquidación del contrato interesa a las partes contratantes y no sólo a la administración», dado que sobre la entidad y el contratista recae «la responsabilidad de liquidar el contrato para definir las prestaciones a cargo de las partes, de extinguir las obligaciones surgidas del contrato y de no dejarlo en un estado de indefinición [. .]ID5».**

El acta de liquidación bilateral del contrato constituye el acuerdo en el cual las partes en documento escrito hacen constar el balance de su relación y establecen, de manera definitiva, el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos provenientes del contrato<sup>105 106</sup>.

La liquidación bilateral tiene fundamento en la autodeterminación de intereses y en la concurrencia de voluntades, con el efecto de obligar a las partes a cumplir con lo que en ella se dispone (Código Civil, artículo 1602) desde las perspectivas declarativa y constitutiva antes mencionadas, puesto que las partes, en su condición recíproca de acreedoras y deudoras: (i) declaran o hacen constar la extinción de las obligaciones surgidas del contrato y se liberan de ellas, en virtud del pago o cumplimiento; (ii) asumen nuevas obligaciones que se desprenden de la relación contractual de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas correspondientes, o de las vicisitudes que surgieron en su ejecución.

De ahí que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la naturaleza jurídica de la liquidación bilateral del contrato es la de un negocio jurídico<sup>107</sup>, esto es, un acto de autonomía dispositivo de intereses jurídicamente relevantes, a cuya creación y determinación de efectos, concurre la voluntad de los intervinientes, en tanto que son quienes propician su existencia y determinan sus consecuencias, en conjunción con el ordenamiento jurídico<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia de 16 de agosto de 2001. Exp. núm. 14384

<sup>106</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de 10 abril de 1997 Exp. núm. 10.608. Este pronunciamiento fue reiterado en la Sentencia de 9 marzo de 1998. Exp. No. 11.101: «La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél que allí se decidan todas las radameciónos o que •»& dadu lugar L ojixucfóri del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes La liquidación finiquita la relación entre las partes de» negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento»

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> **Hinestrosa, Fernando, Tratado de las Obligaciones II De las fuentes de las obligaciones. El Negocio Jurídico, Volumen I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2015. p. 107 « | .) el negocio jurídico es un acto de autonomía privada jurídicamente relevante; acto de autorregulación de los propios intereses la ley no delimita totalmente su contenido, señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva, indaga sobre su observancia y, no hallando reparo que formular interpreta el comportamiento, lo ubica dentro del marco de circunstancias en quB se realizó y. una vez encasillado dentro de uno de los tipos socialmente reconocidos, le asigna los efectos que mejor correspondan a la determinación particular así alindada y calificada» Cabe advertir que en el**

Radicación interna 00002

Página 123 de 152

Dicho negocio es reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico, siempre que se respeten los límites impuestos por la Constitución Política, la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres y, en particular, los principios y finalidades del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Con fundamento en el artículo 1625 del Código Civil, la liquidación bilateral también podría ser calificada como una convención, o sea, el género con el cual se denominan los acuerdos que tienen por objeto crear, regular, modificar o extinguir un vínculo jurídico.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado que «el acto de liquidación bilateral de un contrato es a su vez un contrato pues mediante él se persigue extinguir definitivamente las relaciones jurídicas de contenido económico que aún pudieran subsistir a la terminación de la relación contractual precedentemente celebrada».<sup>109</sup>

De la definición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se observa que «son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones<sup>110</sup>» (Subrayado de la Sala).

De lo anterior podría llegar a inferirse que un acuerdo dirigido a extinguir las obligaciones dentro de este campo específico del derecho, como es el caso de la liquidación bilateral, no calificaría en la noción de contrato estatal, puesto que esta definición limita la noción a la creación o generación de obligaciones y no a su extinción. Sin embargo, la liquidación bilateral entraría dentro de dicha definición, si con ella se generan nuevas obligaciones y derechos.

Por consiguiente, la Sala concluye que, por regla general, las nociones más exactas para definir la naturaleza jurídica de la liquidación bilateral de un contrato estatal son las de negocio jurídico y convención, y podrá caracterizarse como un contrato estatal cuando se asuman nuevas obligaciones que se desprendan de la relación contractual.

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el Código Civil no hay mención expresa de la categoría del negocio jurídico, pero, sin duda, se trata de una categoría o fuente de las obligaciones cuya recepción del derecho italiano y germano es plenamente aceptada en nuestro medio, máxime cuando el término negocio jurídico además de sus referencias expresas en la jurisprudencia y la doctrina nacional, desde el punto de vista del derecho positivo está incorporado aunque sin definición alguna, en el Código de Comercio, donde es empleado en el sentido referido. Por ejemplo, en algunos artículos relacionados con la representación (832, 833, 836, 838, 842), la oferta (845), e, contrato (865) su ineficacia (898, 899, 900, 901, 902, 903), y en la Fideiúsa (1226).

<sup>109</sup>W Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de junio de 2014. Exp. núm. 26.744.

<sup>110</sup>c Ley 80 de 1993 artículo 32

Radicación interna. 00002

Página 24 de 152

La liquidación bilateral y su fuerza vinculante

De acuerdo con la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio

reiterado de, Consejo de Estado que cuando se realiza ,a liquidación bilateral, esto es. por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, teniendo en cuenta que se trata de un negocio jurídico fruto de ,a autonomía de la voluntad que ,e da firmeza o definición a las prestaciones mutuas, si no se deja salvedad en el acta que la contenga, no es posible que luego prosperen reclamaciones en vía administrativa o pretensiones en via judicial para el pago de prestaciones surgidas de, contrato<sup>1</sup>

Cuando se realiza una liquidación bilateral, se entiende en principio, que se solucionan todas las controversias entre las partes en cuanto a la ejecución del contrato, pues se considera un verdadero negocio jurídico.

Es decir, una vez suscrita la liquidación bilateral del contrato solo se podrían interponer las acciones judiciales correspondientes para obtener e, reconocimiento o pago de obligaciones pendientes en relación con las cuales se hubieren dejado salvedades o constancias en e, acta, en el sentido de que las partes no lograron un acuerdo<sup>112</sup>, exigencia que rige tanto para el Estado como para el contratista.

Las salvedades o constancias deben ser explícitas y detallar el motivo de ,a inconformidad para hacer viable una posterior reclamación judicial, según la jurisprudencia<sup>113</sup>, lo cual se predica incluso respecto de la eventual demanda en

<sup>1,1</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 25 de noviembre de 1999. Exp. núm. 10893; de 6 de mayo de 1992; Exp núm 6661, de 6 de diciembre de 1990. Exp num. 5165. de 30 de mayo de 1991, Exp. núm. 6665 del 19 de julio de 1995. Exp. núm. 7882; de 22 de mayo de 1996. Exp num 9208.

<sup>112</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 febrero de 2001, Exp núm 1,689 «Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese e, momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del pelitum de una eventual demanda Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía. nunca podrá pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer.»

<sup>113</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005. Exp num 14.113 « (... para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones | . J Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características que Identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica, no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación Jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos

contra de actos administrativos que hubieren tenido lugar en desarrollo de la actividad contractual, de suerte que se deberán expresar en el acta de liquidación bilateral los motivos de inconformidad en contra de tales actos<sup>114</sup>.

Asimismo, dada la naturaleza negocial de la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo entre las partes, es claro que en ella es posible incluir todos los acuerdos necesarios y convenientes para solucionar las diferencias y discrepancias

suscitadas a propósito del contrato, siempre que se respeten los límites de la autonomía de la voluntad, esto es, cuando no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la ley de contratación y la buena

administración, según determina el artículo 40 de la Ley 60 de 1993.

En consecuencia, es posible impugnar la legalidad del acta de liquidación bilateral cuando se configuren causales que pudieran afectar su validez y, por ende, dar lugar a declarar su nulidad absoluta, verbigracia, por objeto o causa ilícita, o su nulidad relativa, por ejemplo, por los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo.

Igualmente, luego de la liquidación, es posible exigir por parte de la Administración al contratista el cumplimiento de las obligaciones que conciernen a la estabilidad y a la buena calidad futura de la obra o del objeto contratado, por cuanto esos eventos se sustentan en circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta<sup>115</sup>.

Del mismo modo, aplica la solución si la situación es la inversa, o sea, si el contratista recibe un daño del Estado por un hecho posterior al acta de liquidación

de Inconformidad. Lo anterior significa que la constancia de Inconformidad no se satisface con una formulación genérica que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial. Bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas.»

<sup>114</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 18 de julio de 2012. Exp. núm. 21.483 [ J si la razón de inconformidad radica en

**un acto administrativo que declara una obligación, y que el contratista discute -como el que impone una multa, o una cláusula penal, o la caducidad (como en el caso sub iudice)- también es necesario dejar constancia de esa insatisfacción, porque igualmente los efectos de esas decisiones integran los asuntos sobre los cuales las partes deben, primero, intentar conciliar las diferencias, y sólo si no lo hacen, expresarlo en el acta, por lo que luego puedan acudir al juez. De hecho, la sola circunstancia de que el motivo de inconformidad de una parte radique en un acto administrativo, y no en un hecho, un comportamiento, un mal pago, etc. no tiene por qué variar la tesis general: Que los motivos de inconformidad -cualquiera sea-, se deben expresar en la liquidación bilateral del contrato.**

<sup>115</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 10 de julio de 1997. Exp. núm. 9.286.

«(...) la liquidación, pese a ser una operación capaz de finiquitar el contrato, si bien puso punto final a las obligaciones recíprocas de las partes derivadas de la ejecución de la obra pública (sólo significó para la entidad contratante la aprobación de la obra como extenormente ajustada al plan y a las reglas de arte), no comprendió, como es lógico la estabilidad de la misma y su buena calidad futuras, porque al momento de la entrega y liquidación de la obra no se detectaron dichos fenómenos. Si así lo fuera no tendría sentido ni justificación alguna la exigencia de esa garantía por un plazo posterior al finecimiento del contrato.»

Radicación interna' 00002

Página 126 de 152

bilateral, debe permitírsele reclamarlo.<sup>116</sup> En estos casos, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos que resulten en favor de las partes, pues, de no permitirse, se les negaría el derecho constitucional de acceso a la justicia.

Ahora, es posible demandar por vía ordinaria o ejecutiva, el cumplimiento de los acuerdos, transacciones, reconocimientos, ajustes, etc., que hayan sido incorporados expresamente en el texto de la liquidación bilateral, en el entendido de que el acta que los contiene presta mérito ejecutivo, siempre que en ella conste una obligación clara, expresa y exigible, bien para su cobro coactivo, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 y el numeral 3 del artículo 297 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, o mediante un proceso ejecutivo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Finalmente, debe concluirse que la Sala considera que la liquidación bilateral es el mecanismo al que deben acudir ENTerritorio y FON TIC para dar solución a sus controversias.

Términos para la liquidación bilateral

El contrato estatal, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio «lex contractas, pacta sunt servanda». consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, en virtud del cual, los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y solo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales.

De ahí que la oportunidad para la liquidación bilateral está llamada a ser establecida por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puesto que las normas aplicables al asunto determinan claramente la prevalencia de esta fuente para definir el plazo, cuando indican que «se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto»<sup>117</sup>

Así las cosas, en primer lugar, la entidad estatal en el pliego de condiciones o en sus equivalentes puede definir el plazo para efectuar la liquidación del contrato de

<sup>116</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 5 de marzo de 2008. Exp. núm. 16.850' «(...) Es el caso de la demora del Departamento en la recepción de las máquinas. En tal situación, si la entrega no se hizo al momento de la liquidación, sino después, ¿por qué razón se debía reclamar por un daño que no existía ni era previsible que ocurriera? [...] Otra cosa

sería si en este proceso el contratista reclamara el pago de arrendamiento de un predio y de los salanos riel celador que cuidaba la máquina por un período anterior al acta de liquidación, evento en el cual el contratista debió dejar constando este hecho en el acta Sin embargo, en el caso concreto se reclama por el período subsiguiente a dicha fecha, porque el Departamento no recibió la maquinaria, y esto rio se lo esperaba el contratista, según su versión de los hechos »

1.7 Ley 1150 de 2007 Artículo 11

Radicación interna: 00002

Pagina 127 de 152

mutuo acuerdo, para ,o cua, debe tener en cuenta la complejidad del objeto del contrato, su naturaleza y su cuantía<sup>118</sup> sin perjuicio de que las partes, al no tratarse de un elemento esencial de, contrato ni ser factor de escogencia de, contratista en e, proceso de selección, puedan posteriormente modificarlo a la suscripción del contrato, durante su vigencia o cuando al final de, mismo resulte evidente ,a imposibilidad de liquidarlo dentro del término inicialmente dispuesto.

En segundo lugar, si los pliegos de condiciones o sus equivalentes no definen el plazo para proceder a ,a liquidación, las partes, de común acuerdo, pueden hacerlo en consideración a los mismos aspectos anotados<sup>119</sup>.

En tercer lugar, y solo en e, supuesto caso en el que las partes no hayan dispuesto sobre el particular, la ley, en su condición supletoria o dispositiva frente a, silencio de los contrayentes, define lo siguiente:

«De no existir (al término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración de, término previsto para ,a ejecución de, contrato o a la expedición de, acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que ,a disponga»<sup>w</sup>

En cuarto lugar, la liquidación bilateral puede tener lugar en plazo adicional, esto es, dentro de, periodo comprendido entre la expiración de, plazo inicial para ,a liquidación unilateral y e, término máximo lega, para la interposición del medio de control de controversias contractuales (dos años), aspecto que la Sala analizará más adelante.

Ahora bien.es Caro que la liquidación de todos los contratos no es igual; piénsese en la mayor dificultad para hacerlo en un contrato de obra o en uno de concesión ejecutado durante muchos años frente a otros contratos de corta duración y prestaciones menos complejas de verificar

En efecto, la liquidación de ciertos contratos comporta un grado de dificultad mayor que otros y requiere, por ejemplo, que se den y cumplan previamente ciertos requisitos, se realicen varios análisis y estudios y se elaboren sendos informes técnicos, jurídicos, económicos y financieros. Se trata, en fin, de la realización de una sene de actividades preparatorias tendientes a que se pueda verificar si efectivamente ,a obligación de dar, hacer o no hacer sobre ,a que versa el contrato estatal se ha cumplido en su totalidad y en forma idónea, esto es. que las obras, los servicios y los suministros objeto de, mismo se hayan cumplido en las condiciones de idoneidad, calidad y cantidad, tiempo, modo y lugar convenidas. De esta forma.

.<sup>15</sup> Lelra f de, numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 en armonía con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007

Ley 1150 de 2007 Artículo 11 <sup>w</sup> Ibídem

Radicación interna 00002

Página 128 de 152

se busca que en la liquidación por mutuo acuerdo, las partes cuenten con la información y los elementos necesarios para tal fin.

En vista de esta realidad, es posible que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad que la ley les reconoce, teniendo en cuenta la complejidad del objeto del contrato, su naturaleza y su cuantía, acuerden:

(i) Supeditar o sujetar el inicio del plazo de la liquidación bilateral del contrato estatal, al cumplimiento de ciertos requisitos y actividades previas, preparatorias y necesarias para su realización, tales como la elaboración de análisis, conceptos, estudios e informes técnicos, jurídicos, económicos y financieros, actividades todas estas que deben ser convenidas en forma concreta y precisa, con asignación de la parte responsable a la que le corresponde su producción o la indicación de si deben realizarse en forma conjunta y el señalamiento de las oportunidades, fechas o plazos determinados en que se habrán de entregar para proceder al inicio de la etapa de liquidación del contrato.

(ii) Prorrogar el plazo inicial para la liquidación bilateral cuando se evidencie que este no resulta suficiente para realizada, pese a los significativos avances en las conversaciones y negociaciones, que dejan entrever que en un término mayor se llegará al acuerdo

Lo anterior teniendo en cuenta que dicho plazo es de carácter indicativo y en el entendido de que no ha comenzado a transcurrir el término legal de dos años para recurrir al juez del contrato (contados desde el vencimiento de los plazos iniciales señalados para liquidar) ni se ha proferido auto admisorio de la demanda en el que se pida la liquidación judicial (artículo 164 CPACA en concordancia con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007).

A juicio de la Sala, resulta claro que si las partes están autorizadas para fijar por mutuo acuerdo un plazo con el objeto de realizar la liquidación bilateral del contrato, con mayor razón pueden convenir requisitos y actividades previas o prorrogar los términos para la liquidación, con el fin de que sea viable y estén aquellas en verdadera condición de hacerla, siempre y cuando, por supuesto, se evidencie la necesidad de dicha estipulación o de la prórroga y se encuentren debidamente justificadas.

Por último, se advierte que la liquidación bilateral puede tener lugar hasta el término máximo legal para la interposición del medio de control de controversias contractuales. es decir, si pese al vencimiento de los términos iniciales para liquidar bilateral o unilateralmente, se lograre acuerdo entre las partes para liquidación del contrato, siempre que no hubiera operado la caducidad del medio de control de controversias contractuales, esta tendrá plena validez. En este último caso, puntualiza la Sala, prevalece la voluntad de las partes.

Radicación interna 00002

Página 129 da 152

## Liquidación unilateral. Acto administrativo

Sin perjuicio de que, como ya se ha mencionado, la Sala estima que el mecanismo al que deben acudir las partes para dar solución a sus controversias es el de la liquidación bilateral, se considera procedente, con el fin de abordar y explicar las modalidades de liquidación, referirse a la liquidación unilateral.

En ese sentido, hay que indicar que la Ley 1150 de 2007 indica que expirado el plazo expreso indicado en los pliegos de condiciones o en el contrato o, en su defecto, el tácito o supletivo de cuatro meses previsto en la ley, sin que el contratista se haya presentado a la liquidación o las partes no hubieren llegado a un acuerdo, la entidad «tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes»<sup>121</sup> \*, para lo cual habrá de expedir un acto administrativo de conformidad con la normativa aplicable.

Al respecto se debe tener en cuenta que la liquidación unilateral es subsidiaria o supletoria frente a la bilateral, dado que el contratista tiene derecho a acordar la liquidación, debidamente reconocido por el ordenamiento jurídico.

Para tal efecto, el contratista debe ser convocado o citado por la entidad contratante con el fin de intentar la liquidación bilateral, puesto que en el su puesto caso de que no sea así, la liquidación unilateral posterior que llegase a practicar la administración resultaría inválida, dado que no tendría competencia material para hacerla y por cuanto su adopción con tal omisión vulneraría el derecho del contratista al debido proceso y sus corolarios de defensa y contradicción y, además, configuraría un abuso de poder. Sobre este punto la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha sido enfática al censurar dicha práctica así:

[...] La finalidad del procedimiento administrativo de liquidación está encaminada, ante todo a procurar que el contrato culmine de la misma forma en que tuvo su génesis, es decir, mediante el acuerdo de voluntades.

Para ello resulta indispensable que la entidad pública agote todos los medios a su disposición para procurar la participación activa del contratista en la liquidación., si el contratista nunca tuvo conocimiento del inicio del procedimiento, bien porque no fue convocado, o bien porque se le impidió intervenir en el trámite del mismo, resulta evidente que no será procedente ni legalmente viable el ejercicio de la prerrogativa de liquidación unilateral, entre otras razones por la vulneración del debido proceso [ . .] <sup>ia</sup>

En idéntico sentido ha declarado la nulidad de la liquidación unilateral realizada durante un período de suspensión, antes de que hubiera culminado el término de ejecución del contrato y sin convocar al contratista para el efecto.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> Ley 1150 de 2007. Artículo 11

<sup>122</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 3 de octubre de 2012, Exp núm 23.400.

<sup>123</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de 9 de octubre de 2013. Exp núm. 23733: «[...] para acudir a la liquidación unilateral, prevista en el

Así, es necesario considerar que la Ley 80 de 1993 establece que en las actuaciones contractuales se aplicarán las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, en tanto que sean compatibles con la contratación estatal y, en subsidio, se aplicarán las normas procesales civiles (artículo 77). Congruente con esta disposición, el CPACA precisa que las normas que corresponden al procedimiento administrativo, «se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e Independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas» (artículo 2).

Por lo anterior, el acto mediante el cual se liquide unilateralmente un contrato, en tanto que es expresión de función administrativa y obedece a una actuación administrativa, deberá desarrollarse «con arreglo a los principios de, debido proceso, igualdad, Imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad» (artículo 3. CPACA).

En ese orden de ideas, el acto que contenga la liquidación unilateral del contrato estatal llevada a cabo por parte de la entidad estatal, sin atender los principios y reglas que atañen a, contenido, la competencia, la publicidad o, en términos generales, la ley, estará afectado de invalidez y, por lo tanto, será susceptible de nulidad

De otra parte, conviene recordar que la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación también ha declarado que no produce efectos legales frente al contratista una liquidación unilateral cuando no le ha sido notificada personalmente a este, sino por edicto (artículo 72 de Ley 1437 de 2011), puesto que tal circunstancia irregular vulnera el debido proceso y, se cercena la oportunidad al contratista de conocer el acto para interponer los recursos correspondientes<sup>124</sup>.

artículo 61 de la Ley 80 de 1993, la Administración Pública debe cumplir con los presupuestos y las exigencias contenidos en el artículo 60, es decir, en primer lugar, la finalización o la terminación del contrato y, en segundo lugar, la búsqueda y la no obtención de un acuerdo respecto de la liquidación bilateral o de común acuerdo [ El acto administrativo de liquidación unilateral, así expedido violó de manera ostensible los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, que disponían, de manera clara e inequívoca, cuando era posible liquidar el contrato, hecho que no puede ocurrir sino después de terminado el vínculo contractual por alguna de las causales previstas en la norma, sin que una sola de ellas, siquiera, correspondiere a la suspensión del contrato »

<sup>124</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia de 28 de abril de 2010, Exp. núm. 17430. En esa ocasión, se citó un pronunciamiento de la Sección Primera. Sentencias de 10 de abril de 1997. Exp. núm. 3358 en el cual se definió. «La Corporación, partiendo de una racional interpretación del artículo 45 del C.C.A., ha estimado en reiterada jurisprudencia que la notificación principal y la que más interesa al derecho de defensa es la notificación personal, de allí que la Administración deba desplegar la mayor actividad posible para hacerla efectiva, y que solo cuando las circunstancias no permitan lograda es cuando le está autorizado acudir a la notificación por edicto, lo que significa que ésta es subsidiaria de la notificación personal, de modo que no es viable dar como surtida la notificación cuando

La liquidación unilateral se materializa, pues, en un acto administrativo y, por ende, como su nombre lo indica y se desprende de su naturaleza jurídica, no es un acuerdo sino una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista acerca de la forma como terminó el negocio jurídico. Se trata de un poder exorbitante de la administración, porque la entidad estatal queda facultada para indicar unilateralmente las condiciones del estado que arroja la ejecución del contrato donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato.<sup>125</sup>

Es la ley la que contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato unilateralmente para asumir el poder exorbitante de declarar el estado en que queda el negocio jurídico, lo que de ninguna manera implica que el vencimiento del plazo Inicial convencional o supletivo y el de los dos meses de que dispone para el efecto, limite e impida realizar la liquidación bilateral, la cual podría realizarse en cualquier tiempo, siempre y cuando no hubiese operado el plazo de caducidad de la acción (art. 164 CPACA) o se hubiese notificado el auto admisorio de la demanda en la que se pida la liquidación judicial.

Ahora bien, aun cuando resulta obvio y aparentemente no merecería ser mencionado, la Sala considera conveniente resaltar que el ordenamiento jurídico no reconoce facultad alguna al contratista para liquidar el contrato de forma unilateral.<sup>126</sup>

debiéndose hacer personalmente se acuda al mecanismo del edicto en ausencia de actividad administrativa encaminada a realizarla en la primera forma »

<sup>125</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C, Sentencia de 18 de julio de 2012; Exp. núm 21483. de 10 de junio de 2009. Exp núm 36,252. de 14 de abril de 2010. Exp. núm. 17.322. Subsección B: de 25 de agosto de 2011, Exp. núm. 14.461, Subsección C: de 19 de octubre de 2011, Exp núm 18.082, Subsección C; de 30 de enero de 2013. Exp. núm 23519.

La mención que se hace sobre el particular, obedece a que en la jurisprudencia de la Sección Tercera, se estudió la posibilidad de que un contratista procediera en tal sentido, para lo cual una vez presentada ante la entidad la liquidación que el mismo realizó de forma unilateral, pidió su reconocimiento con base en la supuesta configuración del silencio administrativo positivo previsto para lo 3to de las entidades estatales en materia contractual La providencia i • rrtspnndlont - definió que el contratista no podía liquidar el contrato de manera unilateral, porque no existe la atribución legal para que ejerza tal facultad exorbitante, ni se configuró el silencio administrativo positivo En tomo a este último punto expuso, de una parte, que el silencio administrativo positivo solo opera en materia contractual respecto de actuaciones que tengan lugar en el marco de la ejecución de las obligaciones contraídas, no en la fase previa a la celebración del contrato ni en el periodo de su liquidación, de otra parte, precisó que esa figura solo procede cuando el asunto acerca del cual se presenta la petición del contratista contiene implícitamente el derecho del contratista, el cual debe ser anterior a la petición, de suerte que solo se requiere la formalidad o declaración de la entidad estatal, cuestión que no ocurre cuando se trata de la liquidación del contrato, donde son muchos los

aspectos que se deben analizar, discutir y determinar. Habida cuenta de lo anterior, concluyó que: «El contratista no está investido con derecho alguno para liquidar unilateralmente el contrato de conformidad con sus cálculos, puesto que la liquidación del

Radicación interna 00002

Página 132 de 152

Finalmente, en relación con el contenido y el alcance del acto administrativo que liquida unilateralmente un contrato, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha concluido que guarda coherencia con el de la liquidación bilateral, en los siguientes términos:

[...] la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato... Desde este punto de vista, es decir, del contenido del acto, no existe diferencia entre la liquidación bilateral y la unilateral, porque la una como la otra están llamadas a concluir el negocio mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción<sup>177</sup>.

Como puede apreciarse, desde la perspectiva formal y de acuerdo con la naturaleza que es propia de los contratos y actos administrativos, existen diferencias entre la liquidación bilateral y la unilateral<sup>127 128</sup>, aun cuando desde la óptica del contenido y del alcance, se puede afirmar que son similares.

#### Liquidación judicial

En el supuesto caso en el cual las partes no hayan liquidado el contrato bilateralmente o por mutuo acuerdo, ni la entidad estatal lo haya hecho de forma unilateral o respecto de puntos no liquidados, el juez del contrato está investido con la competencia para liquidarlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, así:

Artículo 141 Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al

contrato solo puede ser de común acuerdo entre las partes o por acto administrativo proferido por la entidad contratante, de suerte que el simple paso del tiempo y la ausencia de respuesta de la entidad al proyecto de liquidación no pueden constituir de forma alguna un reconocimiento de las sumas que ha dispuesto el contratista dentro de la petición correspondiente. Además, es claro que la liquidación del contrato no corresponde a una de las actividades que tienen lugar dentro del periodo de su ejecución, sino que es posterior» Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010. Exp. núm. 17430.

<sup>127</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. núm. 27.777

<sup>128</sup> En efecto mientras la liquidación bilateral se materializa en un acta suscrita por ambas

partes y configura un negocio jurídico y puede ser demandada en orden a lograr la prosperidad de las pretensiones, únicamente en aquellos aspectos puntuales que fueron materia de salvedades, o por motivos de nulidad absoluta o relativa o por hechos posteriores o no conocidos, cuando la liquidación se hace en forma unilateral, el contratista solo queda facultado para impugnar el acto administrativo correspondiente y reclamar por cualquier inconformidad que tenga con ocasión de la ejecución del contrato.

Radicación interna: 00002

Página 133 de 152

vencimiento de, plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o. en su defecto, del término establecido por la ley [...].

E, juez de, contrato está llamado a conocer de la pretensión referida y a definir el estado final de las obligaciones y derechos de las partes para darle finiquito.

Las normas sustanciales y procedimentales que disponían sobre la liquidación de, contrato en vigencia del Decreto 222 de 1983, el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo, y, a Ley 80 de 1993 -original-, no definían explícitamente que se pudiera demandar la liquidación del contrato puesto que se limitaban a establecer las modalidades bilateral y unilateral.

Fue en la reforma de, a Ley 446 de 1998, en la que se introdujo, a posibilidad expresa de presentar por e, interesado demanda de liquidación judicial del contrato, cuando la entidad dejaba pasar e, término de dos (2) meses que se le confiere para hacer la liquidación unilateral de, contrato. Así, establecía el literal d) del numeral 10 del artículo 136 de, C.C.A., modificado por el artículo 44 de la citada ley, que:

[. -j si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento de, 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».

Si bien es cierto que, a Ley 446 de 1998 a, modificar los términos de caducidad para la interposición de la acción de controversias contractuales, trató claramente e, tema de los contratos que ameritaban liquidación (artículo 44, modificatorio del artículo 136 de, Código Contencioso Administrativo) y. en ta, sentido, constituyó una consagración positiva de, a liquidación judicial, también, o es que en la norma que determinó el propósito o cometido de la acción de controversias contractuales (artículo 32. modificatorio de, artículo 87 del Código Contencioso Administrativo), se abstuvo de señalar igualmente que las partes podían demandar la liquidación judicial de, contrato.

No obstante, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha onecido Candad en cuanto a que, a partir de la expedición del Código Contencioso Administrativo, e, juez de, contrato puede definir la liquidación del contrato como una de las pretensiones de, medio de control de controversias contractuales, dado que el artículo 87 «autorizaba a cualquiera de las partes de, contrato a solicitar, en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales, cualquier tipo de declaraciones y condenas lo cua, Incluía, naturalmente, a posibilidad de solicitarle al juez de, contrato, a adopción de su respectiva liquidación». <sup>1^ \*</sup>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006. Exp. núm. 14287

Radicación interna" 00002

Página 134 de 152

Adicionalmente, vale la pena señalar que la jurisprudencia ha subrayado que, como las materias que se someten a la liquidación del contrato estatal son conciliables, previa a la demanda con la aludida pretensión, es necesario agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial ordenado por la Ley 640 de 2001, reiterada en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, para el medio de control de controversias contractuales.

De este modo, no solamente es posible acudir dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos para adoptar la liquidación de un contrato de mutuo acuerdo, sino que, cuando lo que se pretenda sea liquidarlo por vía judicial, tal procedimiento debe imperativamente intentarse, porque constituye requisito *sine qua non* para acceder a la administración de justicia con tal objetivo.<sup>130</sup>

En resumen, a falta de liquidación del contrato, nace la competencia material de la Administración de efectuarla en forma unilateral y, si esta no lo hace, cualquiera de las partes puede acudir ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas por medio de providencia judicial y con efectos de cosa juzgada.

Plazos para la liquidación bilateral y unilateral del contrato. Término para la interposición de la demanda que pretenda su liquidación judicial

En el artículo 11 de la Ley 1150 de 16 de julio 2007<sup>131</sup>, que modificó la Ley 80 de 1993, se dispuso que la liquidación del contrato se podrá realizar hasta antes que caduque el medio de control de controversias contractuales, esto es, en el plazo de dos años (2) contados a partir de que se venzan los términos iniciales para hacerlo

<sup>130</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección A. providencia de 14 de diciembre de 2011, Exp. núm. 39338.

<sup>131</sup> «Por medio de la cual se Introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.\*: 'Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. //En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. //Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores. de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A //Los

contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo, x

Radicación Inlema: 00002

Página 135 de 152

en forma bilateral (cuatro meses cuando se guarda silencio)<sup>132</sup> y unilateral (dos meses)<sup>133</sup>

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la liquidación bilateral inicialmente tendrá lugar dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes o, en su defecto, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la culminación del plazo de ejecución del contrato o a su terminación anormal, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación en ejercicio de las facultades exorbitantes de la Administración, o a la fecha del acuerdo que la disponga

En el supuesto caso de que no se liquide bilateralmente, procederá la liquidación unilateral, dentro del término Inicial de dos (2) meses siguientes a la expiración del plazo para la liquidación bilateral o de común acuerdo.

Además, indica la norma que «[s]í vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A.» (Resaltado de la Sala).

Como puede apreciarse, esta norma abre un plazo adicional para la liquidación bilateral o unilateral del contrato, puesto que a partir de la expiración de los dos (2) meses para la liquidación unilateral del contrato en tiempo inicial, las partes o la administración, según el caso, contarán con dos (2) años para hacerlo, que es el término previsto en el artículo 164 en la Ley 1437 de 2011<sup>134</sup> para que opere la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

En ese orden de ideas, el plazo adicional y, por ende, el término máximo para que la entidad estatal, en ejercicio de sus funciones y de la competencia que le ha sido atribuida en forma temporal, liquide de forma bilateral o unilateral el contrato, es de

<sup>132</sup> El cual opera en forma tácita cuando expresamente no se indicó en el pliego de condiciones o en el contrato otro plazo, es decir, en ausencia de estos, por vía supletiva lo consagra la ley

<sup>133</sup> Si dentro del plazo convencional o el supletivo fijado en la ley no se logra acuerdo entre las

partes o si cx/nhtslbtano se presenta.

<sup>134</sup> Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento [...] En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así | ] iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes,

desde el día siguiente al de la firma del acta, iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecución del acto administrativo que la apruebe, v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que «a disponga»

Radicación inlema 00002

Página 136 de 152

dos (2) años. Este periodo adicional empieza a correr a partir de la expiración del término de dos (2) meses para la liquidación unilateral inicial, e, cual, a su vez, es posterior y supone el vencimiento de, plazo inicial para, a liquidación bilateral Fijado en los pliegos de condiciones o estipulado en e, contrato o consagrado en la ley de forma supletoria de cuatro (4) meses.<sup>135</sup>

Cabe advertir que, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación dentro del término inicial<sup>136</sup>, o sea, pasados, los primeros seis (6) meses que señala, a ley, el contratista está en libertad de solicitar su liquidación judicial dentro de los dos (2) años que se establecen para demandar en tiempo en ejercicio del medio de control, de controversias contractuales (art. 141 CPACA).

En este sentido, y según, lo ha sostenido ya esta Sala en el Concepto No. 1230 de 1999, una interpretación finalista de, Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y de las normas de, derecho común, no permite aceptar a la luz de la lógica jurídica, que un contrato quede sin posibilidad de liquidarse y de conocerse la realidad económica de los extremos contratantes, por, lo menos antes de, vencimiento del término de caducidad de, a acción respectiva.

De otra parte, estima oportuno, a Sala efectuar algunas precisiones sobre e, cómputo del término de caducidad de, a acción, en vigencia de los artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 de, CPACA, disposiciones que pueden presentar dudas entre, a forma de contar la caducidad de la acción contenciosa con pretensión de controversias contractuales cuando se dicta un acto administrativo mientras transcurre el plazo de caducidad, así como cuando se suscribe un documento bilateral en el mismo lapso.

En efecto, e, interrogante surge en relación con el conteo del plazo de caducidad de, medio de control de controversias contractuales cuando está corriendo este término y la administración expide en e, término adicional que señala la norma, un acto que liquida el contrato o, las partes suscriben un acta de liquidación bilateral, bien ya sea cerca al inicio de dicho cómputo, por ejemplo, pasado un mes, o bien muy próximo a, vencimiento de ese plazo, por ejemplo, e, último día de, segundo año.

<sup>135</sup> De acuerdo con la norma actual, por ejemplo, un contrato estatal cuyo plazo de ejecución hubiese terminado el 15 de enero de 2014, tendría como límite temporal inicial para la liquidación bilateral (4 meses) hasta el 16 de mayo de 2014; como límite temporal inicial para la liquidación unilateral (2 meses) hasta el 16 de julio de 2014 (fecha a partir de la cual además podría ya acudir por las partes a pedir al juez la liquidación judicial mediante demanda); y, con todo, como límite máximo en periodo adicional de liquidación bilateral o

unilateral (2 años) hasta el 16 de julio de 2016

<sup>136</sup> Esto es, cuando no se haya logrado de mutuo acuerdo dentro del término expreso establecido en los pliegos de condiciones o convenido en el contrato o dentro del término supletivo fijado por la ley de cuatro (4) meses siguientes a su terminación, ni la entidad estatal lo hubiese liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento de estos plazos

Radicación Interna. 00002

Página 137 de 152

En estos casos, como ha tenido oportunidad de sostener la Corporación en su jurisprudencia. « [...] la caducidad de la acción contractual se cuenta desde la ejecutoria de la decisión, y de manera independiente, de modo que se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia y, sobre todo, el derecho a controlar las decisiones del Estado [. ] »<sup>137</sup>, para precaver eventuales abusos o desviaciones de poder por parte de la administración.

Para la Sala este criterio no patrocina en manera alguna una ampliación o interrupción o disposición de términos a efectos de que se configure la caducidad sino propende por la tutela judicial efectiva, por cuanto resulta claro que, ante una nueva realidad jurídica que se impone o se establece sobre el balance y estado en que quedó la ejecución del contrato y demás aspectos que surgen de este<sup>138</sup>, es perfectamente viable y ajustada a las normas la posibilidad de que la parte interesada pueda demandar el acta bilateral suscrita en aquello que fue objeto de salvades o el acto administrativo correspondiente, según el caso, porque es desde ahí en que se da la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirven de fundamento y desencadenan la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales.<sup>139</sup>

En relación con el momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad, es también procedente hacer alusión a la decisión de la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado<sup>140</sup> que evaluó el recurso de apelación interpuesto por la sociedad

<sup>137</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 13 de junio de 2013. Exp. 25.439. -De atenderse al primer supuesto, parece posible sostener que la caducidad para demandar ese acto administrativo -que puede ser al de la liquidación unilateral o cualquier otro aspecto de inconformidad con el contrato-, es lo que resta -23 meses- del término de caducidad que ya corre, hasta completar los dos años. Pero si con esta misma tesis se resuelve el segundo supuesto la problemática se complica demasiado, porque en la práctica la administración quedaría sin control judicial, toda vez que una decisión que se dicta el último día de la caducidad es materialmente imposible de controlar, comoquiera que el afectado no tendrá la oportunidad real de ejercer el derecho de acceso a la administración de justicia, ¿acaso en un día puede preparar y presentar una demanda?  
//Admitir semejante posibilidad conducirla al abuso por parte de la administración y a la desviación de su poder, porque quedarla autorizada para expedir actos administrativos -asi careciera de competencia, o contemple cualquier otro vicio - hasta el día en que caduca la acción contractual, con la seguridad de que el afectado no tendrá la oportunidad material de cuestionar la legalidad de la decisión que lo afecta »

„<sup>M</sup> No conocida con precisión sino hasta el momento de la adopción de la liquidación bilateral o unilateral durante el transcurso del plazo adicional

<sup>139</sup> «No obstante, esto no significa que se amplié también el término de caducidad de la acción en relación con aquellos aspectos contractuales de inconformidad no afectados por la decisión administrativa proferida durante el transcurso de la caducidad o respecto a la liquidación que se ha hecho por mutuo acuerdo dentro del término de la caducidad e incluso cuando éste ya se ha vencido Frente a esos problemas la caducidad empezó a correr una vez finalizada la ejecución .» Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 13 de junio de 2013. Exp. 25.439.

<sup>H0</sup> Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00658-01(62979). Actor TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S Demandado E COP ETROL

Radicación interna: 00002

Página 138 de 152

Tecnitanques Ingenieros S.A.S. contra el auto del 16 de noviembre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, a través del cual se declaró probada la excepción de caducidad del medio de control de controversias contractuales

En audiencia inicial del 16 de noviembre de 2018. el Tribunal Administrativo del Meta declaró probada la excepción previa de caducidad del medio de control, bajo el argumento que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, una vez vencido el plazo para liquidar el contrato, inicia el cómputo de dos años para interponer la demanda de controversias contractuales y si la liquidación se realiza luego de aquel {plazo para liquidar), el plazo de caducidad no se altera y las partes solo podrán demandar dentro del tiempo restante.

Tecnitanques interpuso recurso de apelación en el que señaló quede conformidad con el numeral iii) del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, la caducidad del medio de control para los contratos que se liquidan bilateral mente empieza a contabilizarse desde el día siguiente a la suscripción del acta de liquidación.

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación mediante auto del 12 de febrero de 2019 y ordenó «REVOCAR el auto de 16 de noviembre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, a través del cual se declaró probada la excepción de caducidad del medio de control de controversias contractuales», bajo los siguientes argumentos:

**Así. en el presente asunto el problema puesto a consideración del Despacho en el recurso de apelación se circunscribe a determinar el momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad del medio de control en los contratos que deben ser liquidados. Pues bien, esta Subsección, mediante auto de 6 de noviembre de 2018, se pronunció sobre el particular, oportunidad en la que sostuvo lo siguiente:**

Ahora bien, dada la nueva integración de la Sala, el criterio preponderante apunta a tener como parámetro para determinar la oportunidad del medio

de control de controversias contractuales, la fecha de suscripción del acta

de liquidación bilateral o la ejecutoria del acto de liquidación unilateral según luere el caso.

En el presente asunto, se tiene que el contrato que aquí interesa estaba sometido al trámite de liquidación, en tanto, su régimen jurídico correspondía al de la Ley 80 de 1993 y se trataba de un contrato de tracto sucesivo Por tanto, el término de caducidad de la acción, en este asunto, debe computarse a partir del momento en que venció la oportunidad para

Radicación intema: 00092

Pagma 139 de 152

liquidar el contrato o desde que se liquidó, como corresponde a la regla general<sup>141</sup> (subrayado fuera de texto).

La anterior interpretación es compartida por la Subsección A. en los siguientes términos-

Conforme a lo anterior, no es de recibo el argumento expuesto por el actor, según el cual el término de caducidad de dos años que tenía la actora para interponer la acción correspondiente debía empezar a contarse a partir de, 17 de abril de 2010, fecha en la que vencieron los 6 meses que tenían las partes para liquidar el contrato (4 meses para liquidarlo de manera bilateral y 2 meses para ser liquidado unilateralmente por la administración), ya que, como se señaló anteriormente, el contrato 2081430, celebrado entre FONADE y la unión temporal, Manolo Arteaga - Patricia Zambrano debía ser liquidado pues, así fue pactado por las partes, por lo que, conforme a lo señalado por la norma transcrita, para el caso bajo estudio el término de caducidad debe iniciar a contarse a partir del día siguiente a la firma del

acta de liquidación bilateral, esto es, a partir del 24 de abril de 2012, pues,

para eventos como el que ahora es objeto de estudio, es decir, cuando el

contrato sea de aquellos que requiere liquidación y ésta se realice, el

supuesto contenido en el numeral "iii", literal i, del numeral 2 del artículo

164 del CPACA es claro, expreso y no impone carga alguna al demandante

más que interponer la acción correspondiente dentro de los dos años

siguientes a la suscripción del acta de liquidación, sin importar el momento

en que ésta se dé<sup>142</sup> (Subrayado fuera de texto).

La Sección Tercera unificó su postura en relación con el término de caducidad de, medio de control de controversias contractuales de contratos que han sido liquidados de manera extemporánea, en los siguientes términos:

En relación con el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales de contratos que han sido liquidados de manera extemporánea, el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, particularmente en su inciso tercero, permite que la liquidación bilateral se acuerde después del vencimiento del término pactado en el contrato o previsto en los documentos antepuestos, o del término supletorio que para la liquidación establece la ley. o incluso, después de haber pasado los dos meses subsiguientes a dicho vencimiento sin que la administración lo hubiera liquidado unilateralmente. bajo la condición de que el acuerdo liquidatorio se logre dentro del lapso de dos años contados a partir de, vencimiento

de, término legalmente conocido para la liquidación unilateral, pues ese es el lapso que el ordenamiento ha fijado para el ejercicio oportuno de la acción. Por lo anterior, considerando las pautas de

<sup>1</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección B sentencia del 6 de noviembre de 2018, Exp 34.830.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A auto del 23 de junio de 2017. Exp 57 287

Radicación Interna 00002

Página 140 de 152

interpretación restrictiva de los términos de caducidad, y de favorabilidad bajo los principios pro homine, pro actione y pro damato, la Sala recoge parcialmente su jurisprudencia para establecer una forma unificada que en el evento en que la liquidación bilateral del contrato se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del período (de 2 meses) en que la administración es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato, conforme al apartado iii del literal j. en este sentido, el apartado v) del literal j solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna.<sup>143</sup>

A partir de las normas transcritas y de las pautas jurisprudenciales en cita, se concluye que el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales para los contratos cuya liquidación se realiza por fuera del plazo previsto por las partes para tal efecto, debe computarse desde el día siguiente a la suscripción del acta de liquidación bilateral, de conformidad con la regla especial del numeral iii) del literal j del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

Ahora bien, en relación con el plazo, se concluye que solo resulta posible liquidar el contrato de forma bilateral o unilateral dentro del plazo máximo adicional de dos (2) años, previsto para la interposición del medio de control de controversias contractuales, el cual se deberá contar a partir de la expiración de los plazos Iniciales para la liquidación bilateral o unilateral del contrato.

En consecuencia, la liquidación bilateral o unilateral por fuera del plazo dispuesto por la ley para que opere la caducidad del medio de control de controversias contractuales, resulta inválida. La primera, debido a la falta de competencia temporal de la entidad que concurre en esa circunstancia anómala a expresar su voluntad y por el vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito, al desconocer las normas de orden público que establecen el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales<sup>144</sup>. Y la segunda, también por falta de competencia temporal y extralimitación de funciones<sup>145</sup> (arts. 6. 121 y 122C.P.).

En este orden de ideas, la Sala reitera que no es procedente que, con posterioridad a que haya caducado la oportunidad para la interposición del medio de control de

<sup>143</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Sala Plena.

Auto 2018-00342/62009 de agosto 1 de 2019. C.P Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

<sup>144</sup> Ley 1437 de 2011 Artículo 164

<sup>145</sup> Constitución Política Artículo 6. «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlñallmitación en el ejercicio de sus funciones » Artículo 121. «Ninguna autondad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley\*»

Radicación inlema 00002

Página 141 de 152

controversias contractuales, se puedan hacer liquidaciones bilaterales o unilaterales mediante la celebración de negocios Jurídicos entre las partes o la expedición de actos por la Administración que procuren un efecto declarativo de la extinción de las obligaciones contractuales o constitutivo de reconocimientos patrimoniales, en la medida en que los términos de caducidad de la acción son de orden público, perentorios, improrrogables e indisponibles, en consideración al interés genera, y la necesidad de otorgar certeza y seguridad a las partes de una relación o situación jurídica.

Liquidación según el Contrato Interadministrativo núm. 989/212039 del 1 de noviembre de 2012

Habiéndose precisado, a noción, alcance, modalidades y plazos previstos en la ley, es preciso acudir al contrato para determinar e, alcance de las obligaciones pactadas por las partes en relación con este aspecto.

En el contrato interadministrativo núm. 212039 de, 1 de noviembre de 2012, se previó la liquidación en los siguientes términos

#### CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA.- LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Vencida la vigencia del Contrato y dentro de los plazos legales vigentes se liquidará el contrato. Para tal efecto, se elaborará y suscribirá un documento, con base en e, proyecto de acta de liquidación preparada por FONADE dentro de tos 6 meses siguientes a, vencimiento del plazo contractual, en la cual se deberán declarar la (sic) sumas recibidas y se liquidarán los valores correspondientes a su ejecución, la cual debe tener como soporte e, informe de término y la certificación de cumplimiento de, objeto suscrita por el supervisor.

PARÁGRAFO. Si resultan saldos con relación a los recursos del Contrato. FONADE se compromete a reintegrarlos en el mes siguiente det vencimiento del mismo. Para la liquidación del contrato FONADE presentará un informe de terminación, e, cual se elabora con base en los alcances y lineamientos diseñados por FONADE para tal fin dentro de su sistema de gestión de calidad

En ,a referida cláusula se definieron varios lineamientos. así'

#### 8.8 1 Término

La liquidación se debe llevar a cabo vencida la vigencia del contrato, dentro de los plazos legales vigentes.

Lo anterior supone que se debe dar aplicación al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007<sup>146</sup>. norma que indica que procede la liquidación bilateral dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato.

Ley 1150 de 2007. «Artículo 11 Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o

Radicación interna 00002

Página 142 de 152

Sin embargo, la referida cláusula también señala que para la liquidación se debe elaborar y suscribir un documento, con base en el proyecto de acta de liquidación que prepare ENTerritono (antes Fonade) dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo contractual.

En ese orden, la Sala observa que la cláusula incorpora una contradicción, en la medida en que por una parte plantea que la liquidación debe realizarse en el plazo legal (Ley 1150 de 2007), que en principio sería de cuatro (4) meses una vez terminado el contrato, para la liquidación bilateral, y por otra, que la liquidación se realice con base en un documento que debe tener como soporte el proyecto de acta de liquidación que prepare ENTemtorio para el cual se I© concedió un plazo de seis (6) meses, que sería superior al legal antes referido.

No es claro, entonces, el plazo que acordaron las partes para adelantar la liquidación bilateral del contrato.

Sin embargo, en tanto las partes no han adelantado la liquidación bilateral transcurridos seis (6) meses de haberse vencido el contrato, la Sala encuentra procedente, en atención a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dar aplicación al aparte de la norma, que indica que la liquidación, « [...] podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores» (6 meses).

Al respecto, de acuerdo con la consulta formulada, y según los documentos allegados, el contrato interadministrativo que motivó la consulta terminó el 30 de septiembre de 2018. En ese orden, los seis (6) meses para adelantar la liquidación bilateral se habrían cumplido el 31 de marzo de 2019.

De esta manera, existiría todavía la posibilidad de llevarse a cabo la referida liquidación bilateral hasta el 31 de marzo de 2021

Soporte

- Proyecto de acta de liquidación

sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la

liquidación se realizara dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

SI vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A.»

Radicación interna: 00002

Página 143 de 152

La liquidación se debe realizar con base en el proyecto de acta de liquidación que debe preparar ENTerritorio, documento que debe tener como soporte el informe de término y la certificación de cumplimiento del objeto del contrato suscrita por el supervisor o, del estado de ejecución de las obligaciones, dado que se encuentra vencido el plazo del contrato.

-Informe de terminación de ENTerritorio

Para la liquidación del contrato es necesario que se haya presentado el informe de terminación de ENTerritorio.

Sobre el término para la presentación del informe final que debe presentar ENTerritorio. el contrato dispuso en su cláusula tercera, que sería treinta (30) días hábiles a partir del vencimiento del contrato, así:

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES DE FONADE: Sin perjuicio de las demás obligaciones que por su naturaleza y por disposición legal corresponden, en desarrollo del objeto del presente contrato. FONADE cumplirá las siguientes.

(...) 11. Presentar al FONDO TIC informes de gestión sobre el avance de ejecución del Contrato. El informe de gestión incluye aspectos precontractuales, contractuales, post-contractuales, y ejecución presupuesta! el cual será elaborado de acuerdo con el modelo de informe diseñado por FONADE para tal fin, y será entregado a los quince (15) días hábiles a partir del vencimiento trimestral calendario excepto el informe de gestión final que será entregado a los treinta (30) días hábiles a partir

del vencimiento del contrato y cada vez que así lo requiera el FONDO

TIC. (Resaltado y subrayado de la Sala).

Según lo expuesto. ENTerritorio habría tenido que presentar el informe de gestión final a más tardar el 9 de noviembre de 2018. De la documentación remitida por ENTerritorio respecto de los últimos informes presentados, se tiene que habría presentado un informe el 1 de noviembre de 2018 bajo el radicado 944681. Sin embargo, dicho informe fue objeto de observaciones por parte de la supervisora del contrato, según se desprende del oficio con radicado 1259607 del 27 de diciembre de 201 a a través del cual se remitieron varias observaciones para ajustes

-Contenido

En relación con el contenido de la liquidación, la cláusula en cita indica que debe contener la declaración de ENTerritorio en relación con las sumas recibidas y la liquidación de los valores correspondientes a la ejecución del contrato

Radicación interna; 00002

Página 144 de 152

-Plazo para entrega de recursos no ejecutados

El párrafo de la cláusula vigésima sexta indicó que si resultan saldos con relación a los recursos del contrato. ENTerritono se compromete a reintegrarlos dentro del mes siguiente al vencimiento del mismo

Respecto de esta última disposición, se observa que se definió como plazo para el reintegro de los recursos no ejecutados, un mes después de, vencimiento del contrato.

Conclusión

De acuerdo con el contrato, las partes pactaron en relación con la liquidación del contrato. ,o siguiente:

-El plazo para la liquidación, será el que disponga la ley para el efecto. En ese orden, la liquidación de, contrato podrá realizarse en un plazo que vence el 31 de marzo de 2021.

-En relación con e, contenido, mínimo deberá detallar la declaración de ENTemtorio de los recursos recibidos y de los recursos ejecutados.

-Requiere del informe de término y certificación de cumplimiento de ,a supervisora del contrato.

-Requiere que se haya presentado e, informe de terminación de, contrato por parte de ENTerritorio.

Por ,o anterior, la Sala considera que para solucionar las controversias contractuales surgidas con ocasión de la ejecución del contrato Interadministrativo núm. 989/212039 de 2012. es procedente acudir a la liquidación bilateral, dada su naturaleza jurídica, el alcance y sus efectos transacción ales.

En ese sentido, y de acuerdo con la ley y e, contrato interadministrativo, el contenido de ,a liquidación permite que las partes plasmen sus acuerdos, conciliaciones, reconocimientos y transacciones, relacionados estrictamente con las obligaciones contractuales.

Asimismo para el caso concreto, las partes podrían adelantar la liquidación en forma bilateral hasta el 31 de marzo de, 2021. Lo anterior, teniendo en cuenta que es a través de este mecanismo que se puede dar solución a las controversias del contrato y dar por terminadas sus diferencias.

Radicación Interna 00002

Página 145 de 152

LA SALA RESPONDE

Expuestos los antecedentes de la celebración del contrato interadministrativo número 989/212039 del 1 de noviembre de 2012, sus principales estipulaciones y el régimen jurídico aplicable, así como el alcance de la figura de la liquidación del contrato como alternativa jurídica no litigiosa para dar solución a las controversias planteadas, la Sala da respuesta a las preguntas formuladas en la consulta, teniendo en cuenta que el objeto de todas ellas es precaver un potencial litigio entre entidades de naturaleza pública.

¿Qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y ENTerritorio respecto de los seis (6) PVD que no han podido ser donados como consecuencia del acaecimiento de las circunstancias antes explicadas?

La alternativa jurídica no litigiosa que pueden implementar FonTIC y ENTerritorio para superar las controversias presentadas con ocasión del contrato interadministrativo número 989/212039 de 2012, consiste en la liquidación bilateral del contrato. Resalta la Sala que dicha liquidación debe ser bilateral para dar solución a sus diferencias, conforme quedó expuesto en la parte considerativa.

Ahora bien, en relación con el objeto de la pregunta, sea lo primero señalar que si bien es cierto en la solicitud de concepto las partes manifestaron que hacían falta por donar 6 PVD, con posterioridad y con ocasión de los requerimientos realizados por el Despacho del Magistrado Ponente y las reuniones adelantadas. FonTIC y ENTerritorio confirmaron que sólo está pendiente por donar 1 PVD que es el correspondiente al municipio de Buenaventura.

En ese sentido se debe aclarar que, si bien el PVD fue instalado y se encuentra en funcionamiento desde el mes de julio de 2018, según la Información remitida por ENTerritorio, no se ha perfeccionado el acto jurídico de la donación, esto es, no se ha elevado a escritura pública, tal y como lo demandan los artículos 1458 y 1460 del Código Civil, por cuanto la Alcaldía de Buenaventura no ha cumplido con los trámites requeridos para la elaboración y suscripción de la misma.

De acuerdo con la documentación aportada por ENTerritorio, dicha entidad ha adelantado todas las actividades tendientes a perfeccionar la donación. Como se desprende del contenido de los requerimientos citados en el presente concepto y de las gestiones adelantadas ante la notaría. No obstante, ha sido la Alcaldía del municipio de Buenaventura la autoridad que no ha desplegado las actividades pertinentes y oportunas para el efecto, las cuales además, según lo indicado por ENTerritorio, presentarán una demora adicional por el cambio de alcalde.

La situación expuesta deberá quedar expresa en el acta de liquidación. En dicho documento, se deben consignar tanto las gestiones adelantadas por ENTerritorio

Radicación interna: 00002

Página 146 de 152

para cumplir con la obligación de donación de que trata el numeral 4 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo, como la renuncia del municipio de Buenaventura. Considera la Sala, como ya se ha mencionado, que la liquidación bilateral permitirá a las partes dar solución no sólo a este aspecto, sino a la totalidad de las controversias planteadas, en atención a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007

Se resalta, como se indicó en la parte considerativa, que si bien se previó respecto de

ENTerritorio la obligación de donar la infraestructura técnica de cada PVD, también es cierto que los entes territoriales, en general, para ser beneficiarios de la asignación de dichos puntos, se obligaron, entre otros asuntos, a recibir la donación y a adelantar todas las medidas necesarias para el efecto. Esta obligación está expresa en e, contrato interadministrativo núm. 989/212039 y en el convenio Interadministrativo suscrito con los entes territoriales y deviene del momento en que se presentaron a la convocatoria que realizó FonTIC para determinar los municipios favorecidos con los PVD.

De otra parte, las circunstancias señaladas respecto del municipio de Buenaventura, no son óbice para que FonTIC y ENTerritorio insistan en el perfeccionamiento del acto de donación del PVD correspondiente, así como se ha presentado en relación con los otros PVD. sobre los cuales estaba pendiente dicha obligación.

Sobre este aspecto, de acuerdo con los modelos de los convenios celebrados entre ENTerritorio y las entidades temtoriales, ENTerritorio cuenta con la facultad de requerir la devolución de los bienes cuando la entidad territorial incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en él contrato. Estima la Sala que este aspecto debe ser recordado al municipio, para lograr su concurso en e, perfeccionamiento de, acto jurídico.

Finalmente observa la Sala que si bien ENTerritorio en atención a los contratos celebrados con los entes territoriales, está llamado a adelantar todas las gestiones pertinentes para cumplir con la obligación de donación pactada, FonTIC, en los términos del contrato interadministrativo, también tiene una labor determinante en

el cumplimiento de dicha obligación

Al respecto. ,a Sala considera necesario recordar que según la cláusula octava del contrato interadministrativo a FonTIC le corresponde «[...] articular las acciones pertinentes a ejecutar por parte de FONADE, Entidades Públicas/Territoriales, y los Proveedores de bienes de, servicio de conectividad, así como la Interventoria», de manera que « I ) redunden en el cumplimiento oportuno de los compromisos del FONDO TIC con las regiones»

De acuerdo con el contrato. FonTIC podrá hacer las recomendaciones que considere necesarias para e, cabal desarrollo del proyecto y e, cumplimiento de las

Radicación interna 00002

Página 147 de 152

obligaciones de las partes. En ese orden, estima la Sala que es fundamental su participación para lograr el cumplimiento de las obligaciones por parte del municipio de Buenaventura.

Teniendo en cuenta que, el cumplimiento de la obligación de la donación de los PVD se ha probado por parte de ENTerritorio mediante escrituras públicas, en aquellos casos en que no se cuenta con copia de dicha escritura. ¿Cuál sería el mecanismo idóneo diferente a la copia de la misma, para evidenciar el cumplimiento de ia obligación por parte de ENTerritorio?

La escritura pública es el medio de prueba idóneo para acreditar el cumplimiento de la obligación de donación a cargo de ENTerritorio. Lo anterior, por disposición de los ya referidos artículos 1458 y 1460 del Código Civil. Portal razón, no existe otro mecanismo idóneo diferente a éste que permita establecer el perfeccionamiento del acto jurídico en

comento.

Como se ha señalado, acreditar el cumplimiento de dicha obligación, le corresponde a ENTerritorio en virtud de lo dispuesto en los numerales 1 y 4 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012.

Habida cuenta que existe un desacuerdo entre las partes sobre quién debe asumir el costo de la prueba del cumplimiento de la obligación de donación de PVDs, se solicita analizar quién debe asumir dicho costo: FonTIC con cargo al proyecto; ENTerritorio con cargo al proyecto o ENTerritorio con recursos propios.

El costo de la prueba que acredite el acto jurídico de donación de la infraestructura técnica de los PVD es del resorte de ENTerritorio, tal y como se desprende de la cláusula tercera del contrato y según las consideraciones expuestas

Como ya se ha señalado. ENTerritorio tiene a cargo la obligación de donar el equipamiento técnico mediante la suscripción del acto en el que se materialice la donación; por consiguiente, obtener la prueba que demuestre el cumplimiento de dicha obligación, está a su cargo. Este deber deviene de manera explícita de

los numerales 1 y 4 de la cláusula citada en precedencia.

La Sala considera pertinente anotar que ENTerritorio es una entidad financiera, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y cuenta con una larga trayectoria en la ejecución de estas actividades que lo hacen experto e idóneo en la materia, aspecto que además quedó consignado en la parte considerativa del contrato.

Es decir, una de las razones que sustentó la celebración del contrato de Fonade. hoy ENTerritorio, es su experticia en este tipo de contratos; por lo tanto, le

Radicación interna 00002

Página 148 de 152

incumbe a esta Entidad un mayor grado de exigencia en la diligencia debida para conocer el instrumento legal de donación y. por contera, los costos asociados. En consecuencia, a juicio de la Sala, debió incluir dichos costos en el respectivo presupuesto. Si no lo hizo, corresponde a una omisión a su cargo.

En consideración de la Sala, obligaciones como las incorporadas en los numerales 1 y 4 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo, exigían que ENTerritorio presupuestara y previera el costo de la prueba idónea que acreditara el cumplimiento de las obligaciones que asumía, en particular, la requerida para demostrar que se materializó la obligación de donación de la infraestructura de los PVD.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la respuesta a la pregunta formulada, en relación con quién debe asumir los costos relativos a demostrar el cumplimiento de la obligación de donación. es ENTerritorio.

4. Teniendo en cuenta que el plazo del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 ya finalizó, ¿Es posible que ENTerritorio liquide los contratos y/o convenios derivados o suscritos con ocasión del contrato interadministrativo mencionado, cuya liquidación no ha

podido tener lugar hasta el momento, dadas las circunstancias antes explicadas? De no ser así, ¿Con qué alternativas jurídicas no litigiosas cuentan FonTIC y ENTerritorio a ese respecto?.

De acuerdo con lo indicado en la solicitud de concepto y la documentación remitida por las partes, de los 13 contratos derivados suscritos por ENTerritorio, a la fecha están liquidados 12. quedando pendiente solo el de NEC.

Ahora bien, en relación con la pregunta de si es factible que ENTerritorio liquide los contratos derivados, (bajo el entendido de que solo se trata del contrato de NEC), vencido el plazo del contrato interadministrativo núm. 989/212039. la Sala considera que no solamente es viable, sino que jurídicamente es lo procedente en los términos de la ley y el contrato.

En ese sentido, hay que señalar que la obligación de liquidar los contratos derivados está prevista en el numeral 7 de la cláusula tercera del contrato Interadministrativo nurn. 989/212039 y a su tumu, en la clausula décima séptima del contrato suscinto con NEC.

Asimismo, adelantar la liquidación del contrato derivado con NEC en el menor tiempo posible, evitará que se incrementen los costos que se están generando en razón al bodegaje de los equipos adquiridos en nombre del FonTIC y además, facilitará que las partes puedan dar por finalizada la relación contractual

Para tales efectos, de una parte se deben recibir los bienes objeto de ,a infraestructura técnica que no fueron instalados ni donados por hechos no

Radicación interna: 00002

Página 149 de 152

imputables a ENTertorio y no imputables a NEC, y que a la fecha pertenecen a FonTIC. precisamente por no haber sido donados De otra parte, se deben reconocer a NEC los costos derivados de la adquisición de la respectiva infraestructura y los de bodegaje, teniendo en cuenta en todo caso que dichos costos deben estar debidamente soportados y probados.

Debe aclarar la Sala igualmente, que la terminación de la vigencia de un contrato en manera alguna extingue las obligaciones de entregar o recibir que estuvieran pendientes. Por lo tanto, estas pueden llevarse a cabo en forma previa a su liquidación, justamente con la finalidad antes señalada, esto es. evitar que se generen o causen erogaciones adicionales.

Es importante, en todo caso, que en el acta de liquidación de, contrato interadministrativo entre FonTIC y ENTerritono se deje constancia de los términos en que se realícela liquidación.

¿Sería viable acordar un plazo para el cumplimiento de obligaciones contractuales (relacionadas con donaciones y liquidación de la contratación derivada), antes de iniciar un proceso de incumplimiento entre dos entidades estatales?

De considerarse viable un acuerdo entre las partes, ¿cuál sería el mecanismo jurídico formal que contendría el detalle del acuerdo?

¿Se puede considerar el mencionado acuerdo entre las partes, como una facultad de la Administración para alcanzar la finalidad prevista en el contrato?. ¿Esto se podría entender como una manera de agotar todos los mecanismos antes de recurrirá la jurisdicción

administrativa?

No. Finalizada la vigencia del contrato no es viable que las partes definan un plazo adicional para el cumplimiento de las obligaciones del contrato, tal y como se ha dejado expuesto en la parte considerativa. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones expuestas en la respuesta a la pregunta núm. 4.

Ó. í emenuo en cuenta que el plazo del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012 ya finalizó, y que el PVD del Municipio de Guapi, Departamento del Cauca no pudo ser implementado por las razones ya explicadas, ¿Qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FON TIC y ENTerritorio respecto de ese PVD?

¿Se considera viable jurídicamente que se pague a ENTerritorio el costo de la infraestructura tecnológica que adquirió esa entidad, en cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como los costos asociados (bodegaje) para la implementación de un PVD en ese municipio, como consecuencia de

Radicación Interna: 00002

Página 160 de 152

las razones antes explicadas, y que podrían no ser atribu íbles a ENTerritorio?

En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, ¿Puede e, FON TIC recibir y disponer de esos bienes?

En caso de que la respuesta a la pregunta No. 9 sea negativa, ¿Qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FON TIC y ENTerritorio a ese respecto?

De acuerdo con ,a documentación remitida por las partes y el análisis realizado en la parte considerativa, la instalación del PVD en el municipio de Guapi no pudo realizarse en la medida en que el ente territorial no cumplió con la obligación de adecuar e, sitio físico según los requerimientos técnicos previstos para el efecto, anunciados desde e, momento de la convocatoria para la asignación de los PVD.

De esta manera, las razones por las cuales no se habría llevado a cabo la instalación del equipamiento técnico del PVD en e, municipio de Guapi, no son atribu íbles a ENTerritorio. entidad que, según la documentación aportada, adelantó las gestiones respectivas, que le eran exigidas según e, contrato para lograr dicho objetivo, incluso el de requerir a FON TIC para que fuera asignado otro punto para la instalación de un PVD.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que ENTerritorio en cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, adquirió una infraestructura técnica en nombre del FON TIC y habría incurrido en costos asociados para garantizar su custodia y conservación como los relacionados con el bodegaje. es preciso que proceda a la entrega de dichos bienes a FON TIC. entidad que tiene la obligación de recibirlos.

Es de recordar que en la medida en que el equipamiento técnico no fue instalado ni donado al municipio de Guapi, dicha infraestructura es propiedad de FON TIC y. por consiguiente, puede disponer de dichos bienes una vez éstos le sean entregados.

Ahora bien, las obligaciones de entregar y recibir pueden matenarse aún antes de la

liquidación En efecto, es viable jurídicamente adelantar el cumplimiento de tales obligaciones, con la finalidad de evitar el incremento de los costos asociados a la tenencia del equipamiento técnico adquirido, dado que se trata de prestaciones pactadas en el contrato,

Con posterioridad, en el acta de liquidación, deberá dejarse constancia de la entrega y recibo de los bienes que conforman ,a infraestructura, así como del reconocimiento y pago de los costos asociados. De igual forma, es preciso que se

Radicación interna 00002

Página 15<sup>1</sup> de 152

incorporen en el acta, las circunstancias que no permitieron que dicha Infraestructura fuera instalada en el municipio de Guapi

¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro parcial de la Cuota de Gerencia a favor de ENTerritorio, descontando el valor por concepto de cuota de gerencia del PVD no implementado (GUAPI), o descontando parcialmente el valor únicamente por la instalación de ese PVD? Para dar respuesta a esta pregunta, se ruega tener en cuenta que la puesta en funcionamiento del PVD del municipio Guapi incluía la adquisición de elementos, y la instalación de la red eléctrica y de datos, la instalación del mobiliario y la señalótica, más otras adecuaciones del sitio para implementar el PVD.

Es jurídicamente viable que se pague a ENTerritorio e, valor completo de la cuota de gerencia, teniendo en cuenta que la no instalación del PVD en el municipio de Guapi obedeció a circunstancias atribuibles al municipio y no a ENTerritorio.

En ese sentido es importante recordar que ENTerritorio demostró haber adelantado todas las gestiones y actividades correspondientes tendientes a lograr la instalación del PVD en el municipio de Guapi. y cuando se estableció que dicho punto no era viable, acudió al procedimiento previsto por las partes, que era establecer otro punto de instalación. A pesar de que ENTerritorio requirió a FonTIC para que le informara sobre el nuevo sitio para la instalación del PVD, FonTIC no se pronunció durante la vigencia del contrato, como quedó expuesto en la parte motiva.

Asimismo, debe reiterarse que los recursos que no hayan sido ejecutados en el proyecto, deberán ser reintegrados a FonTIC.

¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro de la Cuota de Gerencia a favor de ENTerritorio, descontando parcialmente del valor, por concepto de cuota de gerencia de las actividades del PVD que no se implementó ni donó y que corresponde al Municipio de GUAPI - Departamento del Cauca, así como también de los PVD que a la fecha de radicación de esta consulta no han sido donados, como consecuencia de las circunstancias antes explicadas?

En relación con la cuota de gerencia que debe reconocerse a ENTerritorio respecto de los hechos relacionados con la instalación del PVD del municipio de Guapi. se reitera lo expuesto en la respuesta a la pregunta No. 12

Sobre los PVD no donados, se ratifica que las partes manifestaron que solo está pendiente el correspondiente al municipio de Buenaventura.

incorporen en el acta, las circunstancias que no permitieron que dicha infraestructura fuera instalada en el municipio de Guapi.

12. ¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro parcial de la Cuota de Gerencia a favor de ENTerritorio, descontando el valor por concepto de cuota de gerencia del PVD no implementado (GUAPI), o descontando parcialmente el valor únicamente por la instalación de ese PVD? Para dar respuesta a esta pregunta, se ruega tener en cuenta que la puesta en funcionamiento del PVD del municipio Guapi incluía la adquisición de elementos, y la instalación de la red eléctrica y de datos, la instalación del mobiliario y la señalética, más otras adecuaciones del sitio para implementar el PVD.

Es jurídicamente viable que se pague a ENTerritorio el valor completo de la cuota de gerencia, teniendo en cuenta que la no instalación del PVD en el municipio de Guapi obedeció a circunstancias atribuibles al municipio y no a ENTerritorio.

En ese sentido, es importante recordar que ENTerritorio demostró haber adelantado todas las gestiones y actividades correspondientes tendientes a lograr la instalación de PVD en el municipio de Guapi, y cuando se estableció que dicho punto no era viable, acudió al procedimiento previsto por las partes, que era establecer otro punto de instalación. A pesar de que ENTerritorio requirió a FonTIC para que le informara sobre el nuevo sitio para la instalación de PVD, FonTIC no se pronunció durante la vigencia del contrato, como quedó expuesto en la parte motiva.

Asimismo, debe reiterarse que los recursos que no hayan sido ejecutados en el proyecto, deberán ser reintegrados a FonTIC.

13. ¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro de la Cuota de Gerencia a favor de ENTerritorio, descontando parcialmente del valor, por concepto de cuota de gerencia de las actividades de PVD que no se implementó ni donó y que corresponde al Municipio de GUAPI - Departamento del Cauca, así como también de los PVD que a la fecha de radicación de esta consulta no han sido donados, como consecuencia de las circunstancias antes explicadas?

En relación con la cuota de gerencia que debe reconocerse a ENTerritorio respecto de los hechos relacionados con la instalación del PVD de Guapi, se reitera lo expuesto en la respuesta a la pregunta No. 12.

Sobre los PVD no donados, se ratifica que las partes manifestaron que solo está pendiente el correspondiente al municipio de Buenaventura.

Ahora bien, la Sala considera que el valor de la cuota de gerencia que debe reconocer FonTIC a ENTerritorio en relación con el PVD en comento que no ha sido donado, debe pagarse en su totalidad

En ese sentido hay que señalar que de acuerdo con la documentación aportada por ENTerritorio. esta entidad habría ejecutado las actividades correspondientes a la ejecución de, proyecto, esto es. la compra del equipamiento técnico, la instalación y puesta en funcionamiento del PVD en Buenaventura, y asimismo, formuló los requerimientos respectivos para que pudiera perfeccionarse el acto jurídico de la donación.

No obstante, ,o único que está pendiente en relación con este punto es que e, alcalde de Buenaventura suscriba ,a escritura pública

Sobre el particular. ,a Sala encuentra necesario que tanto FonTIC como ENTerritorio colaboren armónicamente como entidades públicas para lograr ,a donación del respectivo PVD, tal y como ha ocurrido respecto de los otros puntos sobre los cuales estaba pendiente e, cumplimiento de dicha obligación.

1. Teniendo en cuenta ei clausulado del Contrato Interadministrativo No. 989/212039 de 2012, y lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente y aplicable, ¿Cuál sería el plazo de liquidación de dicho contrato interadministrativo?.

Las partes podrían adelantar la liquidación del mencionado contrato interadministrativo en forma bilateral hasta e, 31 de marzo de 2021, de acuerdo con ,o expuesto en la parte considerativa del presente concepto.

**Remítase copia al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al Departamento Nacional de Planeación. a la Empresa Nacional Promotora de, Desarrollo Terntorial - ENTerritorio y a la Secretarla Jurídica de ,a Presidencia de la República.**

ERMÁN ALBERTO BULA'tSCOBAR

Consejero de Estado

/AROKÁMEN VARGAS

Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERABOMERO

Secretaria de la Sala

2020 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 19 DE AGOSTO DE 2020



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Juridica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)



logo