



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación interna: 0001

Número único: 110010306000201900052-00

Referencia: Conceptos para precaver litigios. Artículo 112, numeral 7º, del CPACA. Controversias entre el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (antes, Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Fontic) y la Empresa Nacional Promotora de Desarrollo Territorial, ENTerritorio (antes, Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade), en relación con la ejecución del contrato interadministrativo 667/215085 de 2015. Proyecto Puntos Vive Digital, fase 3

El Gobierno Nacional, por conducto de la ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, solicitó a la Sala, en ejercicio de la función prevista en el artículo 112, numeral 7º, de la Ley 1437 de 2011, «emitir concepto sobre la posibilidad de resolver las controversias contractuales sobre las cuales FONADE y el FONTIC ya adelantaron acciones judiciales ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, con ocasión de la ejecución y liquidación del contrato interadministrativo de Gerencia Integral de Proyecto 667/215085 de 2015».

I. ANTECEDENTES

En el escrito que contiene dicha solicitud, se hizo relación a tres procesos judiciales que involucran a las dos entidades públicas mencionadas y que cursaban, en ese momento, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

Asimismo, se acompañó un disco compacto (CD) que contiene algunos documentos relacionados con estos litigios.

Posteriormente, se recibió un escrito firmado por la ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la directora del Departamento Administrativo de Planeación Nacional y la gerente general de ENTerritorio (antes Fonade), mediante el cual se adicionó la consulta, en el sentido de incluir: *i)* los principales

antecedentes relacionados con la celebración y ejecución del contrato interadministrativo n.º 667/215085 de 2015, suscrito, en su momento, entre Fontic y Fonade; *ii*) la posición de cada parte sobre las dificultades surgidas en la ejecución de este contrato; *iii*) una breve descripción del estado de los dos procesos judiciales que se iniciaron con relación a esta disputa, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales¹, y *iv*) algunas preguntas específicas.

Con este mismo escrito, y posteriormente, las partes allegaron varias memorias portátiles (USB) y discos compactos (CD), con información y documentos sobre este asunto.

Luego de revisar la extensa documentación aportada, el magistrado sustanciador encontró que hacían falta, todavía, algunos documentos que, a pesar de mencionarse o citarse en algunas comunicaciones, memoriales o escritos de las partes, no se encontraban (en copia) dentro del expediente, así como información actualizada sobre ciertos aspectos mencionados en la consulta que podrían ser relevantes para el concepto o la decisión que emita la Sala. Con el fin de subsanar tales vacíos, se dictó un auto, el 2 de octubre de 2019, en el cual se ordenó oficiar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, Mintic) para remitir a este despacho los documentos e informes solicitados, después de obtener de las otras entidades involucradas aquellos que no estuvieran en su poder.

En respuesta a este requerimiento, la jefa de la oficina Asesora Jurídica del ministerio remitió la documentación e información solicitada, contenida y organizada en un disco compacto (CD), con excepción de ciertos datos que consideró sujetos a reserva, por razones legales o contractuales.

En atención a lo solicitado por las partes de común acuerdo, en el escrito con el que se dio alcance a la consulta, se realizó una audiencia, en forma virtual, el 8 de julio de 2020, a la que asistieron las siguientes personas, además de los consejeros de Estado, algunos magistrados auxiliares y la secretaria de la Sala de Consulta:

Por el Departamento Nacional de Planeación (DPN):

- Coordinadora del grupo de Asuntos Judiciales.
- Asesora.

Por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

¹ Debe precisarse que existe, adicionalmente, un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, promovido por Fonade, y una denuncia penal presentada por Mintic.

- El viceministro de Conectividad y Digitalización (delegado de la ministra).
- El jefe de la oficina Asesora Jurídica.
- El director de Infraestructura.
- La asesora del despacho de la ministra.
- La asesora del despacho del viceministro de Conectividad y Digitalización.

Por el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Fontic):

- La representante legal.
- Dos contratistas.
- El apoderado judicial.

Por la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo, ENTerritorio (antiguo Fonade):

- La gerente general.
- La jefe de la oficina Asesora Jurídica.
- El gerente de la unidad de Defensa Jurídica.
- El gerente de proyectos Puntos Vive Digital.
- El apoderado judicial.

Por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE): Su director.

Durante la audiencia, cada una de las partes y la ANDJE expusieron su posición sobre los conflictos objeto de esta consulta, y ratificaron su voluntad de solucionarlos de forma directa, amigable, extrajudicial y lo más ágil posible, con el fin de terminar los procesos judiciales que actualmente se tramitan.

El gerente de la oficina Asesora Jurídica de ENTerritorio, mediante correo electrónico del 9 de julio de 2020, envió a la Secretaría de la Sala copia de la presentación de diapositivas que hizo durante la audiencia.

Finalmente, es necesario señalar que, en el escrito con el cual se dio alcance a la consulta, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Departamento Nacional de Planeación y las partes involucradas en las disputas formularon a la Sala, en conjunto, las siguientes **PREGUNTAS**:

1. ¿Cuál sería la solución definitiva a las diferencias surgidas entre las partes sobre el cumplimiento del contrato?
2. Considerando la naturaleza y la forma de pago del contrato, y habida cuenta de la diferencia surgida entre las partes sobre su cumplimiento, ¿Es posible conciliar pagos parciales en la liquidación del contrato, en proporción al avance efectivo de cumplimiento de las obligaciones?
3. ¿Cómo solucionar las diferencias entre las partes sobre los precios de los bienes y servicios objeto del contrato interadministrativo No. 215085 / 667 de 2015, y sobre la información que deben contener los documentos que sirven de soporte para verificar el cumplimiento de las obligaciones, incluida la inversión y la amortización de los anticipos de los contratistas integradores de servicios? ¿Qué mecanismos pueden utilizar las partes?
4. ¿Es posible realizar el pago de los bienes y servicios sobre los cuales no existe diferencia entre las partes en cuanto al monto del valor de los bienes y servicios objeto del contrato interadministrativo No. 215085 / 667 de 2015?
5. ¿De acuerdo con la naturaleza del contrato y plexo obligacional del mismo, cuál sería el alcance de las obligaciones de supervisión del FonTIC, en cuanto a la amortización e inversión de los recursos entregados por FONADE en calidad de anticipo a su contratación derivada?
6. ¿Es jurídicamente viable que el FonTIC proceda a realizar al pago total o parcial de la cuota de Gerencia pactada en el contrato, habida cuenta de la diferencia surgida entre las partes sobre su cumplimiento?
7. ¿Considerando las obligaciones respecto del **Sistema de Administración y Control**, adquiridas por FONADE, sería viable jurídicamente que el FonTIC proceda a recibir el Sistema de Administración y Control, habida cuenta de la diferencia surgida entre las partes sobre el cumplimiento de dichas obligaciones?
8. ¿Considerando las obligaciones respecto del **Sistema de Información de la Interventoría**, resultaría jurídicamente viable que el FonTIC proceda a recibir, en el estado actual, el sistema de información de la Interventoría, habida cuenta de la diferencia surgida entre las partes sobre el cumplimiento de dichas obligaciones?

II. CONSIDERACIONES

El aspecto central de la controversia que las partes sostienen ante la Jurisdicción tiene que ver con **el cumplimiento o incumplimiento del contrato interadministrativo**, por parte de cada una de ellas, lo que no radica en un problema puramente jurídico, sino también *fáctico*, relacionado con la forma como cada parte ejecutó real y efectivamente las obligaciones contractuales a su cargo.

Esto involucra, en el caso particular (teniendo en cuenta el objeto del contrato), consideraciones de tipo técnico, financiero y administrativo.

Para dar respuesta a los interrogantes planteados, se abordará el estudio de los siguientes puntos: *i)* competencia de la Sala de Consulta en el caso concreto: alcance de los numerales 1º y 7º del artículo 112 del CPACA; *ii)* el contrato interadministrativo n.º. 667/215085 del 4 de diciembre de 2015, y su otrosí; *iii)* naturaleza y régimen jurídico del contrato n.º. 667/215085 de 2015; *iv)* alcance de la obligación de supervisión, a cargo de Fontic; *v)* las controversias y litigios surgidos entre Fontic y Fonade sobre la ejecución del contrato interadministrativo 667/215085; *vi)* el contrato de transacción celebrado en relación con los recursos no comprometidos por Fonade; *vii)* delimitación de las controversias surgidas entre las partes: aspectos no conciliables ni transigibles; *viii)* mecanismos que la Sala sugiere para solucionar parcialmente las disputas, en forma extrajudicial; *ix)* los principios de buena fe y responsabilidad, y *x)* conclusiones y recomendaciones finales.

1. Competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil en el caso concreto. Alcance del numeral 7º del artículo 112 del CPACA, y su modificación por la Ley 2080 de 2021²

Esta consulta se presentó con fundamento en el numeral 7º del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el cual disponía:

Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro (4) Magistrados. 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:

[...]

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.

[...]

² «Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la Jurisdicción».

Estando aún en trámite el presente asunto, se promulgó la Ley 2080 de 2021, publicada en el Diario Oficial el 25 de enero del mismo año, cuyo artículo 19 modificó el inciso primero y el numeral 7° del artículo 112 del CPACA, en los siguientes términos:

Artículo 19. Modifíquense el inciso primero y los numerales 7 y 10 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, los cuales quedarán así:

Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil cumplirá funciones separadas de las funciones jurisdiccionales y actuará en forma autónoma como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración. Estará integrada por cuatro (4) Magistrados.

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:

[...]

7. Emitir concepto, a petición del Gobierno nacional o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en relación con las controversias jurídicas que se presenten entre entidades públicas del orden nacional, o entre estas y entidades del orden territorial, con el fin de precaver un eventual litigio o poner fin a uno existente. El concepto emitido por la Sala no está sujeto a recurso alguno.

Cuando la solicitud no haya sido presentada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, esta podrá intervenir en el trámite del concepto.

La solicitud de concepto suspenderá todos los términos legales, incluida la caducidad del respectivo medio de control y la prescripción, hasta el día siguiente a la fecha de comunicación del concepto.

En el evento en que se haya interpuesto demanda por la controversia jurídica base del concepto, dentro de los dos (2) días siguientes a la radicación de la solicitud, las entidades parte del proceso judicial o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado deberán comunicar al juez o magistrado ponente que se solicitó concepto a la Sala. La comunicación suspenderá el proceso judicial.

El ejercicio de la función está sometido a las siguientes reglas:

a) El escrito que contenga la solicitud deberá relacionar, de forma clara y completa, los hechos que dan origen a la controversia, y acompañarse de los documentos que se estimen pertinentes. Asimismo, deberán precisarse los asuntos de puro derecho objeto de la discrepancia, en relación con los cuales se pida el concepto;

b) El consejero ponente convocará audiencia a las entidades involucradas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público para que se

pronuncien sobre la controversia jurídica sometida a consulta y aporten las pruebas documentales que estimen procedentes;

c) Para el ejercicio de la función prevista en este numeral, el consejero ponente podrá decretar pruebas en los términos dispuestos en este código;

d) Una vez cumplido el procedimiento anterior y se cuente con toda la información necesaria, la Sala emitirá el concepto solicitado dentro de los noventa (90) días siguientes. No obstante, este plazo podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días más, de oficio o a petición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el evento de presentarse hechos sobrevinientes o no conocidos por la Sala en el trámite del concepto.

[...]

Como se observa, esta disposición incorpora cambios importantes a lo previsto originalmente en el numeral 7° del artículo 112 del CPACA, con el claro propósito de fortalecer esta función preventiva, asignada a la Sala de Consulta y Servicio Civil por la Ley 1437 de 2011. Tales modificaciones pueden sintetizarse así:

- En primer lugar, la Ley 2080 introduce unas reglas básicas de procedimiento, para el ejercicio de esta atribución, entre las cuales se destaca: *i)* la carga de precisar, en la solicitud, los asuntos de puro derecho involucrados en la controversia, sobre los cuales se pide el concepto; *ii)* la necesidad de efectuar una audiencia (al menos), con las entidades involucradas (el solicitante y las partes), el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), para que se pronuncien sobre la controversia jurídica sometida a consulta y aporten las pruebas documentales que estimen procedentes; *iii)* la posibilidad de decretar pruebas, conforme a lo dispuesto en el CPACA, y *iv)* el señalamiento de un plazo para la emisión del concepto por parte de la Sala (noventa días), que puede ser prorrogado, hasta por treinta días más, de oficio o a solicitud de la ANDJE, cuando se presenten hechos sobrevinientes o desconocidos, durante el trámite del conflicto.
- Con respecto a la legitimidad para formular este tipo de consultas, la citada ley permite que ahora lo haga la ANDJE, además del Gobierno Nacional. A este respecto, cabe recordar que, según lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 115 de la Constitución Política, «[e]l Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos».

Así, con base en la norma original, estas solicitudes sólo podían ser presentadas por los ministros, los directores de departamentos administrativos y, claro está, el propio presidente de la República. Ahora también lo puede hacer el director de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, que es una

unidad administrativa especial con personería jurídica (entidad descentralizada del orden nacional)³.

- En todo caso, el mismo precepto permite que dicha Agencia pueda intervenir en el trámite de la consulta, aunque esta no haya sido formulada por esa entidad.
- Por otro lado, la Ley 2080 aclara que el objetivo buscado con esta función es el de «prevenir un eventual litigio o poner fin a uno existente» (se resalta). De esta manera, se supera cualquier duda que pudiera existir, al amparo del texto original del numeral 7° del artículo 112 del CPACA, sobre la posibilidad de emitir un concepto para solucionar un litigio que se encuentre *sub judice*, es decir, que hubiera sido sometido ya al conocimiento y la decisión de cualquier autoridad judicial, en cualquier jurisdicción o tribunal de arbitraje.
- Asimismo, la reforma introduce un cambio que resulta sustancial, al disponer que la solicitud de concepto suspende todos los términos legales, incluidos el de caducidad del respectivo medio de control y el de prescripción, hasta el día siguiente a la fecha de comunicación del concepto.

Hace notar la Sala que esta parte de la disposición se refiere a *todos* los términos legales, y no solamente a los de caducidad y prescripción que cita, a título de ejemplo. Por tal razón, deben entenderse cobijados, por este mismo efecto, plazos legales como los previstos para liquidar un contrato estatal, para resolver una actuación administrativa, para dar respuesta a una petición o recurso, o para dictar una sentencia judicial, entre otros.

Igualmente, la suspensión de los términos opera tanto cuando la solicitud se presenta antes de que haya un litigio judicial, como cuando se formula después, ya que el inciso correspondiente de la norma no hace distinción alguna, a este respecto.

Así, la nueva disposición otorga a las partes involucradas en la controversia la tranquilidad de que ningún plazo previsto en la ley va a cumplirse, o a seguir corriendo, después de que se haya formulado la solicitud a la Sala y mientras esta ejerce su función, mediante la emisión y comunicación del concepto respectivo.

- En armonía con lo anterior, el inciso cuarto del numeral que se comenta establece el deber de suspender el proceso o los procesos judiciales que se tramiten, relacionados con la controversia objeto de la consulta, previa

³ Ley 1444 de 2011, artículo 5, párrafo; Decreto Ley 4085 de 2011, y Decretos 915 de 2017, 1698 de 2019 y 2269 de 2019.

comunicación que le formulen las partes o la ANDJE a la autoridad judicial que conozca del proceso.

Ahora bien, dado que la Ley 2080 de 2021 fue promulgada y entró a regir después de haber sido formulada esta consulta y antes de que la Sala hubiese emitido el respectivo concepto, es necesario analizar si los cambios incorporados en el numeral 7° del artículo 112 del CPACA tienen algún efecto en el trámite de esta consulta o en el concepto que la Sala debe producir.

Para ello, es indispensable referirse a lo previsto en la parte pertinente del artículo 86 de la propia Ley 2080, sobre la entrada en vigencia de sus normas:

Artículo 86. Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

[...]

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones. (Subrayas añadidas).

Con base en esta disposición, la Sala resalta que la Ley 2080 de 2021 acoge el criterio del *efecto general inmediato de la ley*, que constituye la regla general para la aplicación de la ley en el tiempo y, en particular, de las normas procesales, tal como lo consagra el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, antes y después de su modificación por el artículo 624 del Código General del Proceso, con las excepciones que las mismas normas señalan, a saber: *i)* las disposiciones que modifican las competencias del Consejo de Estado, de los tribunales y de los juzgados administrativos, que sólo se aplicarán para las demandas que se presenten un año después de publicada la Ley 2080, y *ii)* los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieran comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, los cuales se rigen

por las leyes vigentes cuando tales recursos, pruebas, audiencias o diligencias, incidentes, términos y notificaciones se interpusieron, se decretaron, se iniciaron, se promovieron, empezaron a correr o comenzaron a surtirse, respectivamente.

Lo anterior permite inferir que, en el caso que nos ocupa, la formulación de la consulta, la audiencia realizada y, en general, el trámite efectuado hasta la elaboración y el registro del presente concepto, se rigen por lo dispuesto en el texto original del numeral 7° del artículo 112 del CPACA. No obstante, el concepto que se emita, para concluir el ejercicio de la función encomendada a la Sala, debe entenderse ya sometido a lo dispuesto en la Ley 2080 de 2021.

En esa medida, y en lo que interesa al presente asunto, debe resaltarse que la Sala de Consulta y Servicio Civil no se encuentra limitada ya por el hecho de que la controversia contractual surgida entre las partes, y sobre la cual se formuló la consulta, se encuentre sometida a decisión judicial, pues la modificación introducida por la Ley 2080 al citado numeral 7° está dirigida a permitir que esta función se ejerza tanto para precaver (prevenir) un litigio eventual como para *poner fin* a un litigio *existente*.

2. El contrato interadministrativo nº. 667/215085 del 4 de diciembre de 2015, suscrito entre el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Fontic) y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), y su respectivo otrosí

2.1. Antecedentes inmediatos de la celebración del contrato

Mediante comunicación del 8 de octubre de 2015, el director de Conectividad del Mintic le solicitó a Fonade presentar una propuesta para ejecutar, previa celebración de un contrato interadministrativo, la fase 3 del proyecto Puntos Vive Digital, en sus aspectos técnico, financiero, legal, administrativo, ambiental y social, que se refería a la continuidad de la operación y la apropiación de los Puntos Vive Digital instalados hasta ese momento en diferentes departamentos y municipios del país, tanto en la modalidad tradicional como «plus».

En cuanto al alcance general de este contrato y de las obligaciones que tendría a su cargo el contratista, el ministerio manifestó, en la citada comunicación:

Es del interés de Ministerio TIC, desarrollar la fase de continuidad mediante la selección de un contratista, el cual se encargará de integrar de forma sincrónica a los diferentes actores involucrados, desde los promotores del proyecto hasta el usuario_final, con el fin de lograr los objetivos propuestos en el Plan Nacional de Desarrollo.

Para lograr la integración de todas las fases del Proyecto Puntos Vive Digital (0,1,2) y el desarrollo de un modelo unificado de operación, es necesario que la entidad que sea contratada, quien será denominada «Articulador» ejerza la coordinación general del proyecto y deberá implementar un modelo de servicio unificado en los PVD a beneficiar; así mismo deberá realizar la articulación con los diferentes actores, manejar los recursos destinados para el proyecto, adelantar actividades y procesos contractuales para la ejecución del mismo, tendientes a materializar la solución integral frente a la necesidad de la administración y operación de los PVD, de acuerdo con los lineamientos y características dadas por el Ministerio TIC.

En la misma comunicación, el Mintic describía las fases o etapas en las que debía darse la ejecución del contrato, las fechas estimadas en las que cada una de estas debía realizarse, las metas propuestas para la culminación de los procesos de formación («apropiación») en cada año, las principales obligaciones y actividades a cargo de los diferentes actores involucrados en el proyecto, y el presupuesto total del mismo, estimado en la suma de doscientos treinta y cuatro mil quinientos setenta y dos millones setecientos treinta mil doscientos sesenta y seis pesos (\$234.572.730.266), sin incluir la «cuota de gerencia», que Fonade debía cotizar. En respuesta a esta solicitud, el subgerente técnico de Fonade, mediante oficio del 15 de octubre de 2015, envió al Mintic la propuesta u oferta solicitada, con fundamento en la autorización dada por el Comité de Negocios de Fonade el 13 de octubre de 2015 (acta 46), resaltando los siguientes puntos:

- El comité de negocios solicita que para mantener la responsabilidad en la línea de negocios de Gerencia de Proyectos, es preciso que la decisión final sobre la selección del equipo de gerencia y del personal adicional que se requiera, corresponda a FONADE.
- El comité de negocios solicita la inclusión de cláusula de Propiedad de los Rendimientos Financieros, la cual en virtud del acuerdo contractual y tomando en consideración (sic) que se trata de la línea de negocios denominada Gerencia de Proyectos, los rendimientos financieros serán de propiedad de FONADE, en su totalidad. (...)

De la oferta remitida por Fonade, mediante la comunicación señalada, la Sala resalta lo siguiente, sobre el alcance general del contrato interadministrativo que pretendía celebrarse:

5.1. Objeto

Realizar la gerencia del proyecto Fase 3 incluido dentro de la estrategia de Puntos Vive Digital con el fin de garantizar la continuidad de los mismos.

5.2. Alcance

En consecuencia se define la propuesta de trabajo de FONADE para desarrollar el objeto del Contrato Interadministrativo, la cual se resume en las siguientes macro actividades:

- Análisis, diseño, estructuración e implementación del nuevo esquema de operación conforme a los lineamientos entregados por el Ministerio TIC para la continuidad de la estrategia Puntos Vive Digital Tradicionales y Plus.
- Gestión y suscripción de los convenios interadministrativos necesarios para desarrollar el proyecto en los Puntos Vive Digital con entidades públicas territoriales.
- Adelantar las actividades y procesos precontractuales y contractuales para la ejecución del proyecto tendientes a materializar la solución frente a la necesidad de la administración y operación de los PVD.
- Adelantar las actividades y procesos necesarios para la contratación de la Interventoría del proyecto.
- Coordinar y articular con las Entidades Territoriales, Secretarías de Educación, aliados y demás entidades públicas las actividades propias de la operación de los Puntos Vive Digital, con los Proveedores y la Interventoría del proyecto.
- Adelantar todos los trámites pertinentes para la liquidación de la contratación derivada.

Asimismo, en dicho documento se estableció el valor de la «cuota de gerencia» (honorarios) que Fonade cobraría, como contraprestación por el servicio de «gerencia integral del proyecto»; las condiciones, las fechas estimadas y la forma de pago de esta suma y de los recursos destinados por Fontic a la ejecución del proyecto, y el plazo total de cumplimiento del contrato, que se mantuvo en el 31 de julio de 2018.

La celebración de este contrato, con base en la propuesta presentada por Fonade, fue aprobada por el Comité de Contratación de Fontic, el 29 de octubre de 2015.

El 11 de noviembre de 2015 (acta n.º 53), el Comité de Negocios de Fonade autorizó la celebración de este contrato, incluyendo algunos cambios frente a la propuesta inicial, debido a la solicitud efectuada en este sentido por Fontic. Tales modificaciones tenían que ver con las condiciones previstas para hacer el primer pago a Fonade, y con la obligación que dicho fondo tendría de reinvertir en el proyecto el 0,009% de la cuota de gerencia recibida, por cada Punto Vive Digital que se excluyera de la ejecución del contrato, ya fuera porque no se implementara, o bien porque la respectiva entidad territorial decidiera retirarse del proyecto, antes de que Fonade hubiera iniciado la ejecución de cualquier actividad contractual relacionada con ese PVD.

Mediante comunicación del 12 de noviembre de 2015, Fonade dio alcance a su propuesta inicial, para incluir las modificaciones aprobadas por su Comité de Negocios y otros ajustes acordados previamente con el Mintic. Esta nueva oferta,

junto con la inicial, fueron aceptadas por Fontic, tal como se lo expresó a Fonade el director de Conectividad del Mintic, en oficio del 24 de noviembre de ese año.

Con fundamento en las autorizaciones y en los demás antecedentes descritos, se suscribió, en forma directa, el contrato interadministrativo de «gerencia de proyectos» n°. 000667 (en la numeración de Fontic) y 215085 (en la numeración de Fonade), entre estas dos entidades, el 4 de diciembre de 2015. Para mayor claridad y facilidad, nos referiremos a dicho documento, en adelante, como el contrato (o el contrato interadministrativo) 667/215085.

2.2. El clausulado del contrato interadministrativo

A continuación, se sintetizan las cláusulas más importantes de este documento, especialmente aquellas que tienen alguna relación con las controversias surgidas luego entre las partes:

1. Objeto (cláusula primera): «Realizar la gerencia del proyecto Fase 3 incluido dentro de la estrategia de Puntos Vive Digital con el fin de garantizar la continuidad de los mismos».
2. Alcance del objeto (cláusula segunda): Para el cumplimiento del objeto, Fonade debía ejecutar las siguientes actividades principales: *i)* realizar el análisis, diseño, estructuración e implementación del nuevo esquema de operación de los PVD, conforme a los lineamientos entregados por Fontic; *ii)* gestionar y suscribir los contratos interadministrativos con las entidades públicas territoriales; *iii)* efectuar las actividades y procesos precontractuales y contractuales que se requiriesen para ejecutar el proyecto, en sus diferentes componentes; *iv)* contratar la interventoría del proyecto; *v)* coordinar y articular, con las entidades territoriales, las secretarías de educación, las aliadas y las demás entidades públicas, los proveedores y la interventoría, las actividades propias de la operación de los Puntos Vive Digital, y *vi)* efectuar todos los trámites requeridos para la liquidación de los contratos derivados.

Según el párrafo de la misma cláusula, la gerencia del proyecto incluía la planeación, la organización, la dirección y el control de las fases y actividades del proyecto, conforme a la oferta presentada por Fonade.

3. Obligaciones de Fontic (cláusula tercera): Como principales obligaciones de Fontic, se estipularon las siguientes, además de las previstas en la ley:
 1. Establecer y entregar los lineamientos del proyecto Continuidad de la estrategia Puntos Vive Digital Fase 3, que contemple los requerimientos estratégicos del mismo, así como, la información detallada de carácter técnico para la ejecución, donde se presenten las necesidades principales que deben ser consideradas por

FONADE durante las etapas de desarrollo del proyecto y que serán insumo para los negocios jurídicos a celebrar con los diferentes actores involucrados en el proyecto.

2. Participar conjuntamente con FONADE en la construcción del plan operativo y cronograma, en los que se especifiquen las tareas, actividades y metas del presente contrato.
 3. Participar conjuntamente con FONADE, en la revisión o ajuste de los documentos previos a la elección de proveedores, entidad territorial y aliados, en los cuales se defina la información y especificaciones que establezcan con claridad las actividades a contratar.
 4. Proveer los recursos para financiar el proyecto, de conformidad con la forma de pago prevista en la cláusula quinta del presente documento.
 5. Contar con la disponibilidad presupuestal a comprometer en el negocio jurídico, así como, proceder al pago de los recursos que por medio del contrato se establezcan para el desarrollo de su objeto, previo cumplimiento de las condiciones definidas para tal efecto.
 6. Liderar la interacción con otras entidades relacionadas con el objeto del contrato.
 7. Ejercer la supervisión del presente contrato interadministrativo y designar al Supervisor quien se encargará del seguimiento del mismo.
 8. Participar en mesa de trabajo trimestral, una vez le sea entregado el informe de gestión trimestral a fin de conciliar la información presentada.
 9. Informar con oportunidad a FONADE, sobre lineamientos, decisiones y solicitudes que involucren actividades del proyecto, y en los que se requiera acoger procedimientos establecidos al interior del FONDO TIC.
 10. Adoptar las medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del contrato, de acuerdo con lo previsto en la ley y el alcance de las obligaciones de FONADE en el marco de la línea de negocios de Gerencia de Proyectos.
 11. Suscribir el acta de inicio y liquidación del presente contrato interadministrativo, una vez exista acuerdo pleno sobre el contenido de las mismas.
 12. Definir a la terminación del contrato la cuenta bancaria para el reintegro de los recursos pagados por FONDO TIC y que no fueron comprometidos por FONADE, en un término no superior a 30 días contados a partir del vencimiento del plazo del contrato. Así mismo, definir la cuenta bancaria para el reintegro de los saldos no ejecutados correspondientes a contratación derivada que se reintegrarán una vez se liberen contra acta de liquidación del contrato interadministrativo.
- [...]

4. Obligaciones de Fonade (cláusula cuarta): Las obligaciones específicas de Fonade, como gerente y articulador del proyecto, se pactaron así:

1. Realizar la gerencia del proyecto Continuidad de la estrategia Puntos Vive Digital, Fase 3, en los aspectos administrativos, ambientales, sociales, de apropiación, técnicos, jurídicos y financieros.
2. Elaborar con la participación de **FONDO TIC**, el plan operativo y cronograma, en los que se especifiquen las tareas, actividades y metas del presente contrato.
3. Presentar las recomendaciones a que haya lugar, sobre los lineamientos del proyecto Continuidad de la estrategia Puntos Vive Digital, Fase 3, entregado por

FONDO TIC, que contempla los requerimientos estratégicos del mismo, así como, la información detallada de carácter técnico para la ejecución del proyecto, y en el que se establecen las necesidades principales que deben ser consideradas por FONADE durante las etapas de desarrollo del proyecto y que serán insumo para los negocios jurídicos a celebrar con los diferentes actores involucrados en el proyecto.

4. Cumplir con los parámetros establecidos en el documento de lineamientos del proyecto el cual hará parte integral del presente contrato.
5. Atender solicitudes, quejas, reclamos, resolver inconvenientes y realizar las propuestas necesarias para la correcta ejecución del contrato.
6. Garantizar la implementación del modelo para la operación de los Puntos Vive Digital durante la Fase 3 que se defina en los lineamientos entregados por el FONDO TIC y, realizar su respectivo control y seguimiento.
7. Implementar un modelo de servicio unificado en todos los Puntos Vive Digital, de acuerdo a lineamientos y características dadas por el FONDO TIC.
8. Diseñar políticas y procedimientos de carácter técnico y administrativo para el funcionamiento de los Puntos Vive Digital, con el fin de garantizar el buen uso y administración de los mismos.
9. Adelantar bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad, los trámites pre-contractuales, contractuales y post-contractuales a los que haya lugar para adelantar los procesos de selección y contratación de las personas naturales o jurídicas, para la ejecución del proyecto. Entre las actividades de contratación derivada se incluyen:
 - a) Contratar el servicio de conectividad a través de Colombia Compra Eficiente, con la respectiva asistencia técnica para la puesta en servicio; de ser el caso, mediante la definición de regiones que permitan la eficiencia de recursos y eficacia del servicio.
 - b) Contratar al integrador de servicios encargado de los mantenimientos preventivos y/o correctivos, reposición y/o dotación de equipos, y de desarrollar la estrategia de apropiación TIC, de ser el caso, mediante la definición de regiones que permitan la eficiencia de recursos y eficacia del servicio.
 - c) Contratar al proveedor del sistema de administración y control de los Puntos Vive Digital.
 - d) Contratar la implementación de Puntos Vive Digital de acuerdo con la solicitud y requerimientos técnicos del Ministerio TIC.
 - e) Contratar la Interventoría para el control y seguimiento del proyecto.
 - f) Suscribir los convenios interadministrativos con las entidades públicas/ territoriales beneficiarias del proyecto.
 - g) Contratar el recurso humano necesario para garantizar la gerencia del proyecto en todos sus aspectos.
10. Supervisar los contratos derivados, con el equipo interdisciplinario necesario e idóneo y con la disponibilidad pertinente para realizar las actividades inherentes a esta labor.
11. Realizar la articulación necesaria entre todos los actores del proyecto a fin de conseguir los resultados y metas establecidas en el documento de lineamientos del proyecto.

12. Realizar el control y seguimiento a la operación de los Puntos Vive Digital, en sus aspectos administrativos, ambientales, sociales, de apropiación, técnica, jurídica y financiera.
13. Realizar asistencia técnica a la instalación de la conectividad contratada a través de Colombia Compra Eficiente, asegurando que la configuración de la red, el sistema de administración y control y el servicio de conectividad en los Puntos Vive Digital permitan su óptimo funcionamiento.
14. Contratar el servicio de mantenimiento en la cantidad y calidad, que permita que la infraestructura del Punto Vive Digital se encuentre operativa y garantice la prestación de los servicios que se ofrecen en el Punto.
15. Definir acuerdos de niveles de servicio para los entregables de la contratación derivada, tanto en oportunidad como en calidad.
16. Atender los lineamientos y solicitudes del **FONDO TIC**, así como, acoger los procedimientos establecidos al interior de la entidad, que involucren actividades del proyecto.
17. Manejar los recursos destinados para el proyecto, adoptando las medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del mismo, de acuerdo con lo previsto en la ley.
18. Disponer de los recursos del contrato únicamente para el cumplimiento del objeto y obligaciones del mismo.
19. Establecer y ejecutar la metodología de entrega de administración de los Puntos Vive Digital en los siguientes casos: (i) cuando las entidades beneficiadas manifiesten continuar con la operación del Punto Vive Digital sin apoyo del **FONDO TIC** (ii) cuando entidades públicas manifiesten su interés en apoyar a las entidades beneficiarias en el cumplimiento de las obligaciones de la operación del Punto Vive Digital.
20. Responder por la gestión documental de la contratación derivada y del proyecto, y atender con oportunidad todos los requerimientos de información formulados tanto por la entidad contratante como por los entes de control, de conformidad con el Sistema de Gestión de Calidad y los formatos de FONADE previstos para estos efectos.
21. Consolidar, por cada ente público/territorial, la caracterización de los Puntos Vive Digital del proyecto, para la definición del alcance de las obligaciones en los convenios interadministrativos; obligaciones que serán de acompañamiento y seguimiento por parte de **FONADE**.
22. Realizar las revisiones y evaluación de los planes de calidad de los proveedores e interventoría, así como, auditorías necesarias para validar su cumplimiento, con personal idóneo y capacitado para tal fin.
23. Presentar al **FONDO TIC** informes de gestión trimestral sobre el avance de ejecución del proyecto, este informe deberá contener en detalle todos los aspectos pre-contractuales, contractuales y post-contractuales y ejecución presupuestal del proyecto, anexando detalle de ejecución financiera de la contratación derivada, para lo cual se acordará con **FONDO TIC** la información mínima, de conformidad con el Sistema de Gestión de Calidad y los formatos de **FONADE** previstos para estos efectos.
24. Realizar mesa de trabajo trimestral, una vez sea entregado el informe de gestión trimestral a fin de conciliar la información presentada.
25. 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 que correspondan, de conformidad con el Sistema de Gestión de Calidad y los formatos de **FONADE** previstos para estos efectos.
26. Realizar una conciliación bimestral para el seguimiento de la legalización de la ejecución real de los recursos entregados, con base en el informe de ejecución financiera certificado por el Contador de **FONADE**.
 27. Realizar Comité de seguimiento, mensual en el cual se reportará al **FONDO TIC** el avance de cada uno de los aspectos administrativos, ambientales, sociales, de apropiación, técnicos, jurídicos y financieros del proyecto, así como, las actividades o novedades correspondientes al seguimiento y control de la contratación derivada, en formato acordado por las partes. En todo caso, **FONADE**, deberá garantizar el reporte mensual si no se llegará (sic) a celebrar el Comité de Seguimiento mensual.
 28. Suscribir el acta de inicio y liquidación del presente contrato interadministrativo, una vez exista acuerdo pleno sobre el contenido de las mismas.
 29. Realizar la transferencia de la propiedad de los bienes que sean adquiridos en el marco del proyecto, a nombre del **FONDO TIC**, gestionando todas las actividades tendientes a que se suscriba el acta, escritura o documento correspondiente con la entidad beneficiaria. No obstante, lo anterior estará sujeto al cumplimiento de la entidad beneficiaria.
 30. Presentar los informes que se requieran durante la ejecución del proyecto, previa validación de sus contenidos y tiempos de presentación con el **FONDO TIC**.
 31. FONADE constituirá la provisión contingente que corresponda, en virtud de la ejecución del convenio, de acuerdo con el modelo de factor de riesgo inherente al mismo.
 32. Las demás obligaciones derivadas de la propuesta e inherentes a la ejecución del contrato.

En el párrafo primero de esta cláusula se precisó que las obligaciones que asumía Fonade en materia de conectividad se encontraban limitadas a las condiciones establecidas en los «Acuerdos Marco de Precios» suscritos por Colombia Compra Eficiente y al «resultado del estudio de mercado para cada componente».

5. Valor del contrato (cláusula quinta): Como valor total del contrato, se acordó la suma de «hasta» doscientos cuarenta y siete mil trescientos cuatro millones quinientos veintitrés mil setenta y un pesos (\$247.304.523.071), que incluía «todos los costos directos e indirectos e impuestos de ley a que haya lugar» y la «cuota de gerencia» (honorarios) de Fonade.

Estaba previsto que este valor se pagara con partidas apropiadas para la vigencia fiscal 2015, y con recursos de las vigencias futuras 2016, 2017 y 2018.

Asimismo, se estipuló que, de la suma total indicada, el valor de los bienes y servicios a proveer no podía superar la cantidad de \$234.572.730.266, y la diferencia, es decir, \$12.731.792.805, correspondía a la «cuota de gerencia».

Vale la pena señalar, igualmente, que en el párrafo primero de esta cláusula se estipuló que «la obligación que asume **FONADE** en el presente contrato se limita hasta el monto de los recursos entregados para la obtención de los bienes y/o servicios necesarios para la ejecución del objeto del mismo, en condiciones normales y atendiendo los lineamientos del **FONDO TIC**».

6. Forma de pago (cláusula sexta): En cuanto a la forma de pago, en esta cláusula se pactó que el valor señalado en la estipulación anterior sería pagado a Fonade en diez cuotas, durante la vigencia del contrato, previo el cumplimiento de las condiciones señaladas para cada una. Además, se estableció una «fecha estimada» para el pago de cada cuota, así:

Forma de Pago			
Pago	Valor	Justificación	Fecha estimada del pago
Primero	\$19.996.739.400	Verificado el inicio del(os) evento(s) en la plataforma de Colombia Compra Eficiente para la contratación por Acuerdo Marco de Precios de la Conectividad para los Puntos Vive Digital y su notificación al Supervisor.	24/12/2015
Segundo	\$24.008.287.607	Verificada la realización de la estructuración y correspondiente finalización de los procesos de selección de contratación derivada restante, independiente del resultado de cada proceso (adjudicado, no adjudicado, desierto, suspendido), y su notificación al Supervisor del Contrato.	15/03/2016
Tercero	\$24.008.287.607	Una vez provista la conectividad a los puntos vive digital, para los cuales Colombia Compra Eficiente confirme en su cotización y quede plasmada la obligación en las respectivas órdenes de servicio, previo concepto favorable de la Interventoría y/o quien haga sus veces, así como, la notificación al Supervisor del Contrato.	15/05/2016
Cuarto	\$24.008.287.606	Informe de gerencia correspondiente al tercer trimestre de 2016, en el cual se evidencie cumplimiento de obligaciones en la ejecución del proyecto, previo concepto favorable del Supervisor del Contrato.	10/11/2016
Quinto	\$27.486.189.568	Informe de gerencia correspondiente al cuarto trimestre de 2016, en el cual se evidencie cumplimiento de obligaciones en la ejecución del proyecto, previo concepto	15/03/2017

		favorable del Supervisor del Contrato.	
Sexto	\$27.486.189.568	Informe de gerencia correspondiente al primer trimestre de 2017, en el cual se evidencie cumplimiento de obligaciones en la ejecución del proyecto, previo concepto favorable del Supervisor del Contrato.	15/05/2017
Séptimo	\$27.486.189.569	Informe de gerencia correspondiente al tercer trimestre de 2017, en el cual se evidencie cumplimiento de obligaciones en la ejecución del proyecto, previo concepto favorable del Supervisor del Contrato.	10/11/2017
Octavo	\$31.460.120.127	Informe de gerencia correspondiente al cuarto trimestre de 2017, en el cual se evidencie cumplimiento de obligaciones en la ejecución del proyecto, previo concepto favorable del Supervisor del Contrato.	15/02/2018
Noveno	\$31.460.120.127	Informe de gerencia correspondiente al primer trimestre de 2018, en el cual se evidencie cumplimiento de obligaciones en la ejecución del proyecto, previo concepto favorable del Supervisor del Contrato.	15/04/2018
Décimo	\$9.904.111.892	Informe de gerencia correspondiente al segundo trimestre de 2018, en el cual se evidencie cumplimiento de obligaciones en la ejecución del proyecto, previo concepto favorable del Supervisor del Contrato.	31/07/2018

Vale la pena aclarar que cada uno de estos pagos involucraba una parte de la «cuota de gerencia» de Fonade, que debía ser descontada o retirada directamente por dicha entidad, así:

Recursos cuota de gerencia			
Pago	Valor	Justificación	Fecha estimada del pago
Primero	\$58.995.831	Será descontado del primer pago de FONDO TIC a FONADE.	24/12/2015
Segundo	\$1.451.917.195	Será descontado del segundo pago de FONDO TIC a FONADE.	15/03/2016
Tercero	\$1.451.917.195	Será descontado del tercer pago de FONDO TIC a FONADE.	15/05/2016
Cuarto	\$1.451.917.196	Será descontado del cuarto pago de FONDO TIC a FONADE.	10/11/2016
Quinto	\$1.677.967.513	Será descontado del quinto pago de FONDO TIC a FONADE.	15/03/2017
Sexto	\$1.677.967.513	Será descontado del sexto pago de FONDO TIC a FONADE.	15/05/2017
Séptimo	\$1.677.967.512	Será descontado del séptimo pago de FONDO TIC a FONADE.	10/11/2017

Octavo	\$1.418.317.711	Será descontado del octavo pago de FONDO TIC a FONADE.	15/02/2018
Noveno	\$1.418.317.711	Será descontado del noveno pago de FONDO TIC a FONADE.	15/04/2018
Décimo	\$446.507.428	Será descontado del décimo pago de FONDO TIC a FONADE.	31/07/2018

Por otro lado, es importante resaltar lo estipulado en el párrafo primero de esta cláusula: «Los pagos quedan condicionados a la presentación de la cuenta de cobro correspondiente, previa aprobación por parte del Supervisor de las condiciones requeridas para cada uno. En el caso en que el cumplimiento de la condición no se dé en la oportunidad señalada, el FONDO TIC no efectuará el desembolso hasta cuando FONADE evidencie el cumplimiento de las obligaciones respectivas».

7. Pazo de ejecución y vigencia del contrato (cláusula séptima): Se acordó que el plazo de ejecución del contrato sería hasta el 31 de julio de 2018, aunque se previó que las partes podían modificarlo, de común acuerdo.

Adicionalmente, en el párrafo de dicha cláusula, se estipuló que *la vigencia* del contrato comprendía el plazo de ejecución mencionado y el término para su liquidación (señalado en la cláusula vigésima séptima).

8. Propiedad de los rendimientos financieros (cláusula octava): Se dispuso que, «en virtud del acuerdo contractual y tomando en consideración que se trata de la línea de negocios denominada Gerencia de Proyectos, los rendimientos financieros serán de propiedad de FONADE, en su totalidad».
9. Supervisión del contrato (cláusula novena): En esta cláusula se pactó, en primer lugar, que la supervisión del contrato interadministrativo estaba a cargo de Fontic, por intermedio de una funcionaria asignada a la Dirección de Conectividad de esa entidad. Dicha supervisora debía: *i)* suscribir el acta de inicio del contrato; *ii)* verificar y exigir la adecuada ejecución del contrato, con observaciones soportadas en los informes presentados por Fonade; *iii)* aprobar el plan operativo presentado por Fonade, y *iv)* aprobar los informes presentados por Fonade, en desarrollo del objeto del contrato.

Por otra parte, la vigilancia y el control de los contratos derivados que celebrara Fonade, en desarrollo del contrato interadministrativo, correspondían a dicha entidad, directamente y por conducto de la interventoría que debía contratar.

Sobre el alcance de estos controles, vale la pena transcribir lo que disponía el párrafo primero de esta cláusula:

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 técnicos, financieros, jurídicos, sociales, de apropiación administrativos y ambientales del proyecto, para lo cual podrá designar una Supervisión y deberá contratar una Interventoría. Así mismo, FONADE reportará al FONDO TIC todas las actividades efectuadas correspondientes al seguimiento y control de los contratos/convenios derivados.

De igual manera FONDO TIC como responsable del cumplimiento del Plan Vive Digital incluido en el Plan Nacional de Desarrollo, a través de la Dirección de Conectividad, 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 como, solicitar a FONADE los informes adicionales que estime pertinentes para el seguimiento del proyecto [...]

10. Comité Operativo (cláusula décima): Conforme a lo previsto en el documento que contiene los lineamientos generales del proyecto, en esta cláusula se pactó que habría un Comité Operativo, conformado por dos funcionarios de Fontic (entre ellos, el supervisor del contrato) y dos de Fonade (entre ellos, el gerente del contrato).

El Comité debía reunirse, al menos, una vez al mes, y dejar constancia de sus discusiones y decisiones en actas. La secretaría debía ser ejercida por Fonade.

Importa resaltar que, según lo pactado en el parágrafo 4º, «cuando el Comité Operativo se pronuncie sobre asuntos relacionados con la ejecución del contrato y/o sobre los contratos derivados, tendrá el carácter de recomendación a **FONADE**, quien como Gerente del Proyecto tendrá la responsabilidad de adoptar las recomendaciones que considere, siempre redundando en beneficio del Contrato».

11. Propiedad y destinación de los bienes (cláusula décima primera): A pesar de que se trata de una estipulación bastante compleja y confusa en su redacción, entendemos que lo que pretende señalar es que los bienes que Fonade adquiriera (directamente o a través de los contratistas derivados) como dotación para los PVD, debían ser transferidos luego por Fonade, actuando en nombre de Fontic, a las entidades territoriales y a las demás entidades públicas que operaban como «ejecutoras», con el fin de que dichas entidades, en adelante (especialmente, después de terminado el contrato interadministrativo), continuaran a cargo de la conservación, mantenimiento y operación de los PVD.

La transferencia de tales bienes a las entidades «ejecutoras» se debía hacer como una donación modal, más específicamente, sujeta a la condición

resolutoria de que los bienes transferidos se destinaran a fines distintos al funcionamiento de los PVD.

12. Solución de controversias (cláusula vigésima tercera): De acuerdo con esta cláusula, «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. [...]».
13. Liquidación (cláusula vigésima séptima): Se estipuló que el plazo para la liquidación del contrato sería de seis meses, contados «a partir de la finalización del plazo de ejecución del contrato».

En el párrafo de esta cláusula se dispuso lo siguiente:

PARÁGRAFO. Si resultan saldos no comprometidos con relación a los recursos del contrato interadministrativo, FONADE se compromete a reintegrarlos en el mes siguiente al vencimiento del mismo, en cuanto a los saldos no ejecutados estos se reintegraran [sic] contra acta de liquidación del contrato interadministrativo. Para la liquidación del contrato FONADE presentará un informe de terminación, el cual se elaborará con base en los alcances y lineamientos diseñados por FONADE para tal fin, dentro de su sistema de gestión de calidad.

2.3. Otrosí número 1 al contrato interadministrativo 667/215085 de 2015

Mediante comunicación del 15 de noviembre de 2016 (radicación 979868), la supervisora del contrato solicitó a Fonade realizar los análisis técnicos, financieros y jurídicos que fuesen necesarios para incluir, dentro del alcance del contrato interadministrativo, hasta 38 PVD nuevos, que fueron implementados en las fases 1 y 2 del proyecto. Se aclara que, de estos nuevos PVD, 14 ya hacían parte del alcance original del contrato, que preveía hasta 886 puntos, pero que no estaban siendo objeto de los servicios de conectividad, mantenimiento y los demás estipulados en el contrato, porque aún no estaban operando⁴. Así, el número máximo de PVD que irían a formar parte de este contrato interadministrativo sería de 910.

En respuesta a esta solicitud, el 22 de diciembre de 2016, Fonade manifestó que la inclusión de los nuevos PVD en el contrato era viable e implicaba un costo de \$19.322.501.024, que podía financiarse con los recursos disponibles del contrato interadministrativo, pues los montos comprometidos por dicha entidad en los contratos derivados, cuya celebración había culminado el 1 de diciembre de ese

⁴ Según se aclara en las consideraciones del otrosí (numeral 10º).

año, ascendían a la suma de \$182.600.821.644. Asimismo, aclaró que esta modificación no implicaba aumentar el valor de la «cuota de gerencia».

El 28 de diciembre de 2016, el Comité de Negocios de Fonade autorizó a dicha entidad la celebración de este acuerdo modificatorio, en las condiciones previamente señaladas (acta n.º 62).

El 4 de enero de 2017, las partes suscribieron el respectivo documento (otrosí n.º 1), con el cual reformaron las siguientes estipulaciones del contrato:

- a. El párrafo segundo de la cláusula segunda (alcance del objeto), en el sentido de incluir los PVD nuevos, hasta un máximo de 910.
- b. La cláusula sexta (forma de pago): Para la realización del pago n.º 6, se incluyó una condición adicional, consistente en la inclusión de los nuevos Puntos Vive Digital en la fase 3 del proyecto (conectividad, integrador de servicios, SAC e interventoría). Las fechas estimadas para la realización de cada pago no fueron modificadas, con respecto a lo pactado en el contrato original.

3. Naturaleza y régimen jurídico del contrato n.º 667/215085 de 2015

Sobre la naturaleza jurídica y el régimen legal aplicable a este tipo de contratos, celebrados por ENTerritorio (antes Fonade) con otras entidades públicas, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha pronunciado en varias ocasiones. En particular, vale la pena mencionar que tales aspectos fueron estudiados ampliamente en el concepto n.º 00002 del 16 de diciembre de 2019⁵, que la Sala emitió para resolver una consulta formulada por el Gobierno Nacional, en desarrollo del numeral 7º del artículo 112 del CPACA, relacionada también con un contrato de gerencia integral de proyectos celebrado entre Fonade y Fontic, para el programa PVD.

De dicho concepto, al cual remite la Sala, es pertinente extraer las siguientes conclusiones, que resultan aplicables al caso que nos ocupa:

- Estos acuerdos constituyen verdaderos *contratos interadministrativos* y están sujetos a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y las demás que las han modificado o adicionado), siempre que la entidad contratante esté sometida a dicho régimen.

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de diciembre de 2019, expediente 11001-03-06-000-2019-00126-00 (rad. Interna: 00002).

- Con relación a su objeto, se trata de contratos atípicos, pues no se encuentran descritos y regulados específicamente en la ley, sino que toman obligaciones y elementos de varios contratos típicos, entre ellos, el de consultoría, definido en el artículo 32, numeral 2°, de la Ley 80 de 1993.
- Dado lo anterior, no puede definirse, *a priori* y de manera general, si las obligaciones de las partes son *de medio* o *de resultado*, ni, en general, el alcance de dichas obligaciones y la responsabilidad que correspondería por su incumplimiento. Para ello, es necesario analizar, en concreto, el texto del contrato, sus anexos, sus antecedentes y otros elementos relevantes.

En el caso específico de esta consulta, la Sala encuentra que se trata igualmente de un contrato interadministrativo de gerencia integral de proyectos, que comparte las características y consideraciones mencionadas.

Dado que se trata un contrato estatal, y que la entidad contratante (Fontic) se rige por la Ley 80 de 1993, en todo lo relacionado con su actividad contractual, el citado acto jurídico se encuentra sometido, en su integridad, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, 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 del contrato, así como lo relacionado con la remuneración, el contrato interadministrativo suscrito entre Fonade y FonTIC involucraba una administración de recursos. De esta manera, Fonade se obligaba, por regla general, a efectuar su mejor esfuerzo y la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, debe señalarse también que el citado contrato incorporaba otro tipo de obligaciones, como la relacionada con efectuar la contratación derivada.

Por consiguiente, las estipulaciones relacionadas con el alcance del objeto, con las obligaciones de Fonade y con la forma de pago para el reconocimiento de honorarios, según la gestión sobre la ejecución de la prestación pactada, permiten afirmar que el contrato involucraba obligaciones de medio por parte de Fonade, mediante la administración de recursos, para que Fontic pudiera cumplir con los objetivos del servicio público a su cargo. Lo anterior, con excepción de las obligaciones relacionadas con el inicio y culminación de la contratación derivada.

Esta premisa resulta esencial para el análisis de las preguntas realizadas a la Sala, y para la eventual conciliación que puedan adelantar las partes sobre las diferencias surgidas.

Por último, como en la consulta se pregunta por la naturaleza de dicho contrato, para fijar el alcance de la función de supervisión, que estaba a cargo de Fontic

(pregunta n.º 5), es pertinente referirse a esta actividad, en particular, de acuerdo con lo previsto en el contrato n.º 667/215085 de 2015, en sus documentos anexos y en la ley.

4. Sistema de vigilancia y control del contrato interadministrativo. Alcance de la «obligación» de supervisión, a cargo de Fontic

Conforme a lo previsto en el contrato interadministrativo, en sus antecedentes y en sus documentos anexos, la supervisión y vigilancia de la ejecución de las actividades y obligaciones surgidas de dicho acuerdo, debía efectuarse en dos niveles, con los siguientes componentes:

- a. La supervisión de la ejecución del contrato interadministrativo, en sí mismo, estaba a cargo de Fontic, por intermedio del funcionario designado para tal efecto (adscrito a la Dirección de Conectividad de dicha entidad). Así se estipuló expresamente en las cláusulas tercera, numeral 7º, y novena del contrato, antes citadas.
- b. La supervisión o vigilancia de la ejecución de los contratos derivados (incluyendo el de interventoría) y de los contratos interadministrativos con entidades territoriales y otras entidades públicas, que Fonade suscribió o debía suscribir, estaba a cargo de dicha entidad, y debía ejercerse: *i)* directamente, a través del funcionario (o contratista) que Fonade decidiera asignar para tal fin (cláusulas cuarta, numerales 10 y 27, y novena, párrafo primero), y *ii)* por intermedio de la persona jurídica que fuera contratada por Fonade como *interventor*, quien tenía la obligación de efectuar la interventoría de todos los contratos derivados y de los contratos que Fonade celebrara con otras entidades públicas, en desarrollo del contrato interadministrativo, en sus aspectos técnicos, financieros, jurídicos, sociales, *de apropiación*, administrativos y ambientales (cláusula segunda, numeral 4; cláusula cuarta, numeral 9, literal e., y numeral 27, y cláusula novena, párrafo primero, del contrato; y núm. 3.1.5 de los «lineamientos generales»).

Ahora bien, en cuanto al alcance de la supervisión que Fontic debía hacer sobre la ejecución del contrato interadministrativo celebrado con Fonade, esta función se regía, de una parte, por lo estipulado expresamente en el contrato y en los documentos que forman parte del mismo, en particular, el de «lineamientos generales» (*Marco general del proyecto Puntos Vive Digital Fase 3*, de octubre de 2015), y de otra parte, por lo dispuesto en la ley, especialmente, en la Ley 80 de 1993 y en los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011.

Con respecto al contrato, cabe mencionar que las cláusulas tercera, numeral 7º, y novena disponían lo siguiente, en su parte pertinente:

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

[...]

7. Ejercer la supervisión del presente contrato interadministrativo y designar al Supervisor quien se encargará del seguimiento del mismo.

[...]

CLÁUSULA NOVENA- SUPERVISIÓN DEL CONTRATO: La Supervisión del contrato, estará a cargo de Miryam Marlene Camacho González, profesional especializado... asignado a la Dirección de Conectividad o a quien designe la ordenadora de gasto. Esta persona hará la supervisión y el seguimiento de todos los aspectos del proyecto durante la ejecución del contrato. El supervisor desarrollará 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) Aprobar el plan operativo presentado por FONADE; 4) Aprobar los informes presentados por FONADE en desarrollo del objeto del contrato.

PARÁGRAFO PRIMERO: En virtud de los contratos y convenios derivados en desarrollo del objeto del contrato suscrito entre FONDO TIC y FONADE, FONADE es responsable del control y seguimiento detallado en sus aspectos técnicos, financieros, jurídicos, sociales, de apropiación, administrativos y ambientales del proyecto, para lo cual podrá designar una Supervisión y deberá contratar una Interventoría. Así mismo, FONADE reportará al FONDO TIC todas las actividades efectuadas correspondientes al seguimiento y control de los contratos/convenios derivados.

De igual manera FONDO TIC como responsable del cumplimiento del Plan Vive Digital incluido en el Plan Nacional de Desarrollo, a través de la Dirección de Conectividad, 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 como, solicitar a FONADE los informes adicionales que estime pertinentes para el seguimiento del proyecto. [Subraya la Sala].

Adicionalmente, y de manera específica, en relación con los pagos cuarto a décimo, que Fontic estaba obligado a efectuar a Fonade, según lo estipulado en la cláusula sexta del contrato (forma de pago), la funcionaria a cargo de la supervisión del contrato debía dar su concepto previo favorable para realizar cada uno de esos pagos, con base en el informe de gerencia que Fonade debía presentar y en el cual «se evidencie cumplimiento de obligaciones en la ejecución del proyecto», durante el trimestre correspondiente.

Según la estipulación contractual, y en forma concordante con los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011, le correspondía a la funcionaria encargada de la supervisión del contrato el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato, y para tal efecto, tenía la facultad de solicitar los informes, aclaraciones, y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual.

En relación con la información y los reportes que Fonade debía presentar a Fontic sobre la ejecución del contrato interadministrativo, tanto por escrito como verbalmente, para el adecuado ejercicio de la función de supervisión a cargo de Fontic, ha de tenerse en cuenta, también, lo estipulado en las cláusulas tercera, numerales 8 y 9; cuarta, numerales 20, 23, 24 y 25, y décima (Comité Operativo), antes citadas.

Para efectos de la eventual conciliación y solución de las controversias, es importante resaltar que los acuerdos y afirmaciones consignadas en los documentos suscritos por los representantes de las partes, en particular, las actas del comité operativo, constituyen manifestaciones de voluntad vinculantes para cada parte, que deben ser tenidas en cuenta para resolver las diferencias.

En forma adicional al concepto emitido, la Sala desea reiterar su voluntad y disposición para colaborar con las entidades estatales en el análisis posterior que consideren pertinente sobre estos documentos, con el fin de que las partes puedan llegar a un acuerdo.

Por otro lado, debe recordarse que, según lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, los contratos «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 ley pertenecen a ella». Por tal razón, para establecer el alcance real y completo de la «obligación» de supervisión, a cargo de Fontic, es necesario referirse también a lo preceptuado en la ley.

En primer lugar, los artículos 4 (numerales 1°, 4° y 5°) y 26 (numeral 1°) de la Ley 80 de 1993⁶ establecen, sobre este asunto:

Artículo 4°. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

[...]

⁶ Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

5o. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

[...]

Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Asimismo, sobre el alcance de la función de supervisión de los contratos celebrados por las entidades públicas, y la responsabilidad de los supervisores, los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011, aplicables al contrato interadministrativo que nos ocupa, disponen lo siguiente:

Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la

naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

[...]

Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Parágrafo 1°. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 [sic]⁷ quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

[...]

Parágrafo 3°. [...]

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

⁷ Nota de la Sala: Código Disciplinario Único.

Con base en las normas legales citadas, la Sala entiende que la supervisión de los contratos estatales (suscritos con particulares o con otras entidades públicas), más que una obligación contractual, que pueda ser exigida por la parte contraria, es un *deber legal* de las entidades contratantes, que implica principalmente vigilar el cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones del contratista y, en general, la debida ejecución del contrato, con el objeto de advertir a la entidad contratante sobre cualquier situación que pueda implicar un incumplimiento, la comisión de actos de corrupción u otras conductas ilícitas, la pérdida o el desvío de los recursos públicos involucrados en el contrato, desequilibrios económicos, u otras circunstancias que impidan o amenacen, de cualquier forma, el logro de los fines de interés general que se persiguen con el contrato.

En el caso concreto de la consulta, la Sala observa que las mismas normas y las cláusulas contractuales citadas permiten inferir claramente que la obligación de supervisión contractual a cargo de Fontic incluía la de verificar que los recursos públicos entregados por dicha entidad a Fonade se destinaran única y efectivamente a la ejecución de las actividades y obligaciones contractuales que estaban en cabeza de esta última entidad, algunas de las cuales debía cumplir Fonade directamente y otras, la mayoría, por intermedio de los contratistas derivados.

A juicio de la Sala, lo anterior involucraba, a su vez, verificar que los recursos entregados por Fontic a Fonade para la ejecución del proyecto (es decir, sin incluir la cuota de gerencia) y que luego eran entregados por este a los contratistas derivados, a título de anticipo, fueran efectivamente *amortizados*, es decir, quedarán representados en bienes o servicios entregados por dichos contratistas a Fonade, dentro del objeto y en las condiciones previstas en el contrato interadministrativo y en sus anexos. No de otra forma podía el supervisor constatar que tales sumas de dinero habían sido destinadas y utilizadas efectivamente en las actividades y obligaciones pactadas en el contrato interadministrativo, así como autorizar los nuevos pagos que Fontic debía hacer a Fonade.

No escapa a la Sala que la obligación de verificar la debida amortización de los anticipos pagados por Fonade a sus contratistas derivados era una actividad que correspondía, en primera instancia, a dicha entidad, en desarrollo de la supervisión y de la interventoría que debía realizar (en este último caso, por conducto del interventor) sobre la ejecución de los respectivos contratos. Pero tampoco puede desconocerse que, si para el supervisor del contrato interadministrativo (Fontic), los informes presentados por Fonade o por la interventoría no permitían constatar dicha amortización, mostraban inconsistencias o no ofrecían certeza al respecto, el supervisor, en ejercicio de sus facultades legales y contractuales, debía solicitar los informes, documentos, inspecciones y pruebas adicionales que considerara pertinentes, en el marco de la colaboración debida entre las partes.

Como se deduce del contenido de la función consagrada en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA, el concepto solicitado tiene como finalidad, previo análisis del contexto fáctico y jurídico de la ejecución del contrato, la búsqueda de un acercamiento entre las partes para un posible acuerdo, para lo cual, debe establecer lineamientos generales que lo permitan. Escapa a la competencia de la Sala, y no debe ser el objeto del pronunciamiento, la forma en que se adelantó la supervisión del contrato por parte de ambas entidades, en el ámbito de su competencia.

5. Las controversias y litigios surgidos entre Fontic y Fonade en relación con la ejecución del contrato interadministrativo 667/215085 de 2015

Con respecto a la ejecución y el cumplimiento del contrato interadministrativo, debe advertirse que cada una de las partes tiene una versión distinta y, en gran medida, opuesta a la de su contraparte, por lo que la Sala se limitará a dejar constancia sobre la posición expresada por cada entidad, en las respectivas demandas, contestaciones, memoriales y demás escritos revisados, por razones de transparencia, objetividad e imparcialidad.

Lo que sí puede afirmarse, con absoluta claridad, con base en los documentos aportados, en la posición asumida por cada una de las partes en los procesos judiciales y en la información entregada en el curso de esta actuación, es que el contrato interadministrativo 667/215085 de 2015, celebrado entre Fontic y Fonade terminó efectivamente el 31 de julio de 2018, por vencimiento del término pactado en el respectivo documento, sin que se hubieran ejecutado la totalidad de las actividades y obligaciones que formaban parte de su objeto.

Las diferencias y conflictos entre las partes, relacionados con el cumplimiento del contrato, surgieron desde antes de terminarse el plazo de ejecución estipulado, lo que se vio reflejado en múltiples comunicaciones y reuniones que aquellas intercambiaron y sostuvieron; en la elaboración de un «plan de choque»; en la presentación de varias propuestas que buscaban «normalizar» la ejecución del contrato, para lograr su completo y adecuado cumplimiento (algunas de las cuales implicaban su modificación); en una gestión de «mediación» realizada, durante algún tiempo, por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y en un intento de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

Como ninguno de estos mecanismos fue suficiente para superar las controversias que existían entre las partes, ambas se demandaron, recíprocamente, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Tribunal Administrativo de Cundinamarca), acusándose mutuamente de incumplir sus obligaciones contractuales y solicitando de la otra el pago de indemnizaciones de perjuicios, intereses y otras sumas de dinero.

A continuación, se hará un resumen de la posición expresada por cada una de las partes en los respectivos procesos judiciales. Se aclara que, por razones de economía y claridad, el citado resumen contiene una síntesis de las principales pretensiones, hechos y fundamentos jurídicos de las demandas, así como de las respuestas dadas en las correspondientes contestaciones (incluyendo las excepciones planteadas), sin sujetarse al orden numérico utilizado en los respectivos memoriales.

5.1. Demanda de Fontic contra Fonade, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales (exp. 25000233600020170233800)

Según los documentos enviados por las partes y la información que aparece registrada en la página web de la Rama Judicial (consulta de procesos judiciales), el 12 de diciembre de 2017, se radicó y repartió una demanda presentada por Fontic contra Fonade, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera. Dicha demanda fue admitida el 19 de febrero de 2018.

El 27 de junio de 2018, la parte actora presentó reforma de la demanda, que fue contestada por Fonade el 15 de mayo de 2019.

En el mes de septiembre de 2019, el despacho sustanciador recibió el expediente n.º 2500023360002028115500, correspondiente al proceso de controversias contractuales promovido por Fonade contra Fontic, que se tramitaba en los mismos tribunal y sección (M.P.: Carlos Alberto Vargas Bautista), por haberse ordenado su acumulación con este proceso.

El 23 de septiembre de 2019, se dictó un auto declarando la falta de jurisdicción para conocer de este proceso (acumulado). Una vez resueltos los recursos de reposición interpuestos por los apoderados de las dos partes, en el sentido de confirmar la decisión original, el expediente fue remitido a los juzgados civiles del circuito de Bogotá (reparto), el 15 de noviembre de 2019.

El proceso fue radicado con el número 11001310300920190069300, y se asignó, por reparto, al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá. La última actuación registrada consiste en una solicitud presentada el 15 de febrero de 2021, para que se tramite la suspensión del proceso.

Ahora bien, con base en la demanda integrada, luego de su reforma, y en la contestación de esta, la posición de cada una de las partes se puede resumir así:

DEMANDA (reformada) FONTIC	CONTESTACIÓN FONADE										
<p>• Pretensiones:</p> <p>Declarativas:</p> <p>1. Se declare que Fonade incumplió el contrato interadministrativo 667 de 2015, por no cumplir con las siguientes obligaciones:</p> <p>1.1. «Cumplir con los parámetros establecidos en el documento de lineamientos del proyecto el cual hará parte integral del presente contrato...».</p> <p>1.2. «Atender solicitudes, quejas, reclamos, resolver inconvenientes y realizar las propuestas necesarias para la correcta ejecución del contrato».</p> <p>1.3. «Garantizar la implementación del modelo para la operación de los PVD durante la Fase 3 que se defina en los lineamientos entregados por el FONDO TIC y, realizar su respectivo control y seguimiento».</p> <p>1.4. «Implementar un modelo de servicio unificado en todos los PVD, de acuerdo a lineamientos y características dadas por el FONDO TIC».</p> <p>1.5. «Diseñar políticas y procedimientos de carácter técnico y administrativo para el funcionamiento de los PVD, con el fin de garantizar el buen uso y administración de los mismos».</p> <p>1.6. «Realizar la articulación necesaria entre todos los actores del proyecto a fin de conseguir los resultados y metas establecidas en el documento de lineamientos del proyecto».</p> <p>1.7. «Realizar el control y seguimiento a la operación de los PVD, en sus aspectos administrativos, ambientales, sociales, de apropiación, técnica, jurídica y financiera».</p> <p>1.8. «Contratar el servicio de mantenimiento en la cantidad y calidad, que permita que la infraestructura del PVD se encuentre operativa y garantice la prestación de los servicios que se ofrecen en el Punto».</p> <p>1.9. «Atender los lineamientos y solicitudes del FONDO TIC, así como, acoger los procedimientos establecidos al interior de la entidad, que involucren actividades del proyecto».</p> <p>1.10. «Manejar los recursos destinados para el proyecto, adoptando medidas necesarias para</p>	<p>• Respuesta a las pretensiones:</p> <p>Se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda.</p> <p>Frente a las pretensiones 1, 2, 3, 4 y 5, se opone por cuanto Fonade cumplió de manera diligente con las obligaciones que le correspondían, en calidad de articulador del proyecto, en un porcentaje superior al monto de los recursos entregados por Fontic.</p> <p>Frente a las pretensiones 6 y 7, se opone porque no existen perjuicios a favor de Fontic. Por el contrario, Fontic ha ocasionado perjuicios a Fonade, que ascienden a \$26.209.592.581,60, según se detalla en el siguiente cuadro, los cuales se deben tener en cuenta al momento de realizar la liquidación judicial del contrato:</p> <table border="1" data-bbox="854 978 1369 1776"> <thead> <tr> <th>Ítem</th> <th>Monto</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Diferencia que existe entre el total de abonos realizados por Fontic para la contratación derivada, y el total de facturación presentada por los contratistas derivados, en el cumplimiento de las metas del proyecto.</td> <td>\$17.531.165.826,72</td> </tr> <tr> <td>Cuotas de gerencia pendientes de abonar</td> <td>\$8.317.045.389,00</td> </tr> <tr> <td>Costos del gravamen a los movimientos financieros del contrato</td> <td>\$361.381.365,88</td> </tr> <tr> <td>Total:</td> <td>\$26.209.592.581,60</td> </tr> </tbody> </table>	Ítem	Monto	Diferencia que existe entre el total de abonos realizados por Fontic para la contratación derivada, y el total de facturación presentada por los contratistas derivados, en el cumplimiento de las metas del proyecto.	\$17.531.165.826,72	Cuotas de gerencia pendientes de abonar	\$8.317.045.389,00	Costos del gravamen a los movimientos financieros del contrato	\$361.381.365,88	Total:	\$26.209.592.581,60
Ítem	Monto										
Diferencia que existe entre el total de abonos realizados por Fontic para la contratación derivada, y el total de facturación presentada por los contratistas derivados, en el cumplimiento de las metas del proyecto.	\$17.531.165.826,72										
Cuotas de gerencia pendientes de abonar	\$8.317.045.389,00										
Costos del gravamen a los movimientos financieros del contrato	\$361.381.365,88										
Total:	\$26.209.592.581,60										

mantener el equilibrio económico del mismo...».

1.11. *«Realizar una conciliación bimensual para el seguimiento de la legalización de la ejecución real de los recursos entregados, con base en el informe de ejecución financiera certificado por el Contador de FONADE».*

1.12. *Constituir «la provisión contingente que corresponda, en virtud de la ejecución del convenio, de acuerdo con el modelo de factor riesgo inherente al mismo».*

1.13. *«Realizar la gerencia del proyecto Continuidad de la estrategia Puntos Vive Digital, Fase 3... », conforme a lo estipulado en el contrato interadministrativo, sus anexos, los lineamientos del proyecto y su plan operativo.*

2. Condenatorias:

Se condene a Fonade a pagar a Fontic todos los perjuicios causados a este por el incumplimiento del contrato, en especial, por los siguientes conceptos:

2.1. Los dineros desembolsados por Fontic a Fonade y no «legalizados» en vigencia del contrato, correspondientes a \$53.978.358.635.

2.2. La suma de \$11.497.420.539, por concepto de los dineros desembolsados a Fontic en vigencia del contrato interadministrativo y que corresponden a la contratación derivada de las actividades de: (i) integrador de servicios, (ii) sistema SAC y (iii) interventoría, cuyos precios de contratación resultaron superiores a los referentes de mercado, más la respectiva cuota de gerencia.

2.3. Que, en subsidio, se reliquiden los valores anteriores, conforme a lo que se pruebe en el proceso.

2.4. La suma de \$6.499.293.075, por concepto de los rendimientos financieros percibidos por Fonade, en los términos del contrato, en relación con las obligaciones incumplidas por dicha entidad.

2.5. La suma de \$9.387.918.790, por concepto de los perjuicios causados a Fontic, por el incumplimiento del contrato por parte de Fonade.

2.6. Cualquier otro valor adicional, que se pruebe dentro del proceso, por concepto de perjuicios causados a Fontic, por el incumplimiento del contrato por parte de Fonade.

3. Que se declare que las funciones legalmente asignadas al Mintic y a Fontic se vieron afectadas por los incumplimientos contractuales de Fonade.

4. Que se declare que Fonade incumplió con los compromisos establecidos con las entidades territoriales beneficiarias del proyecto PVD y la población usuaria de estos puntos, deteriorándose, por esta razón, la imagen del Mintic y Fontic, frente a la implementación de las metas establecidas por el Gobierno en el Plan de Desarrollo 2014- 2018.

5. Que, como consecuencia del incumplimiento de Fonade o de cualquier determinación equivalente, se declare la terminación del contrato, junto con su otrosí n.º 1.

6. Que se liquide judicialmente el contrato, junto con su otrosí.

7. Que en dicha liquidación, se reconozca a Fontic y se ordene pagar a Fonade todas las sumas de dinero mencionadas en los numerales anteriores.

Adicionalmente, con respecto al sistema SAC, que se determine si corresponde a Fontic reconocer a Fonade el valor de dicho sistema, en la liquidación del contrato, pues la finalidad para la cual fue requerido en el proyecto no se cumplió. En caso de considerar que se debe realizar un reconocimiento económico por este concepto, se establezca si Fontic estaría obligado a suscribir el contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor, previa verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos.

8. Que se ordene que cualquier suma que Fonade deba reconocer o pagar a Fontic, a cualquier título, devengue intereses moratorios, a la tasa máxima permitida por la ley, a partir de la ejecutoria de la correspondiente sentencia judicial.

9. Que se reconozca la corrección monetaria.

5.2. Demanda de Fonade contra Fontic, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales (exp. 25000233600020180055100)

El 13 de diciembre de 2018, Fonade demandó a Fontic, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, igualmente en ejercicio del medio de control de controversias contractuales.

Conforme a los documentos enviados por las partes y a la información registrada en la página de internet de la Rama Judicial (consulta de procesos judiciales), la demanda fue admitida el 21 de enero de 2019. Luego de darse el traslado correspondiente, fue respondida por Fontic el 6 de mayo de ese año.

El 1 de agosto de 2019, se ordenó la acumulación de este proceso con el negocio radicado con el n.º 252336000201702238, y el 30 de agosto del mismo año, se envió el respectivo expediente al despacho del magistrado Franklin Pérez Camargo, de los mismos tribunal y sección, que sustanciaba el proceso al cual se ordenó incorporar el que nos ocupa.

El 19 de febrero de 2020, Fonade presentó un memorial de reforma a la demanda, con el fin de incluir el juramento estimatorio de las sumas que reclama.

A continuación, se presenta un resumen de la demanda entablada por Fonade y de su respectiva contestación:

DEMANDA FONADE	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA FONTIC
<p>•Pretensiones:</p> <p>Primera: Declarar que Fontic incumplió el contrato de gerencia n.º 215085, por no realizar el pago de las sumas pactadas en la cláusula sexta, que garantizaban la financiación del proyecto.</p> <p>Segunda: Condenar a Fontic a pagar a Fonade la diferencia entre el total de abonos realizados por Fontic para la contratación derivada, y el total de la facturación realizada por los contratistas derivados.</p> <p>Tercera: Ordenar el pago de las cuotas de gerencia dejadas de percibir por Fonade como resultado de los incumplimientos de Fontic.</p> <p>Cuarta: Condenar a Fontic a pagar los intereses generados desde la presentación de la demanda hasta</p>	<p>• Respuesta a las pretensiones:</p> <p>Fontic se opone integralmente a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento fáctico y jurídico.</p>

<p>cuando se haga el pago de las sumas adeudadas a Fonade.</p> <p>Quinta: Ordenar la liquidación del contrato, de conformidad con el peritaje técnico.</p> <p>Sexta: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.</p>	
---	--

En el memorial de reforma de la demanda, Fonade estimó, bajo la gravedad de juramento, que el valor total de los perjuicios sufridos por dicha entidad, que reclama de Fontic, ascendía a la suma de \$26.209.592.581,60, distribuida así: \$17.892.547.192,60, por concepto de daño emergente (que incluye lo adeudado por Fonade a sus contratistas, más el gravamen a los movimientos financieros), y \$8.317.045.389, a título de lucro cesante (cuotas de gerencia dejadas de recibir).

5.3. Denuncia penal presentada por Mintic ante la Fiscalía General de la Nación

El 15 de enero de 2018, el jefe de la oficina Asesora Jurídica del Mintic, mediante apoderado, presentó una denuncia penal contra personas indeterminadas, ante la oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación, Dirección Seccional de Fiscalías, por la presunta comisión de delitos contra la Administración Pública, relacionados principalmente con las siguientes conductas:

- i) La supuesta falta de demostración, por parte de Fonade, de la efectiva destinación y ejecución de la totalidad de los recursos entregados por Fontic para el cumplimiento del objeto del contrato. Según el denunciante, en esa fecha, Fonade solo había logrado «legalizar» el 37% de los recursos entregados por Fontic para la ejecución del proyecto, en desarrollo del contrato interadministrativo.
- ii) La presunta existencia de sobrecostos en los contratos derivados que Fonade celebró autónomamente en desarrollo del contrato interadministrativo, lo que fue advertido, en su momento, por la supervisora de dicho contrato.

Según lo informado por la jefa de la oficina Asesora Jurídica del Mintic, en comunicación del 25 de octubre de 2019 (registro n.º 192088395), dirigida al despacho del magistrado ponente, esta denuncia se encuentra en etapa de indagación preliminar, ante la Fiscalía 21 Especializada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá. Debido a la reserva que protege esta clase de actuaciones, en la etapa señalada, no se suministró información adicional sobre este asunto.

5.4. Demanda de Fonade contra Fontic, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (exp. 250002336000201800551-00)

En el mes de junio de 2018, Fonade presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra Fontic, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que se declarara la nulidad de la Resolución n.º 001063 del 22 de mayo de 2018, «[p]or la cual se declaró una urgencia manifiesta para la contratación del servicio de conectividad del proyecto PVD...».

Asimismo, solicitó que, como consecuencia de dicha nulidad: *i)* se declarara nula la contratación directa que realizó Fontic con la Unión Temporal Conectando a Colombia, conformada por las sociedades Azteca Comunicaciones S.A.S. y S3 Wireless Colombia S.A.S., para la prestación del mencionado servicio, y *ii)* se restableciera el derecho de Fonade, declarando que esa entidad tenía derecho a continuar ejecutando el contrato interadministrativo 667/215085 de 2015, pues no se había declarado su incumplimiento, por parte de la autoridad judicial competente.

Según los documentos remitidos por las partes y la información registrada en el sistema electrónico de la Rama Judicial (consulta de procesos judiciales), una vez admitida la demanda, Fontic presentó la respectiva contestación, el 19 de diciembre de 2018, en la cual se opuso a las pretensiones perseguidas por Fonade, así como a varios de los hechos y a los fundamentos jurídicos invocados por la parte demandante para sustentar sus peticiones.

El 14 de noviembre de 2019 se dictó la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda. Contra este fallo, se interpuso el recurso de apelación, que fue concedido por el Tribunal el 24 de enero de 2020, ante el Consejo de Estado. El recurso fue admitido por la Sección Tercera de esta última corporación el 12 de marzo del mismo año.

6. Contrato de transacción celebrado entre Fonade y Fontic, en relación con los recursos no comprometidos por Fonade

El 29 de agosto de 2018, Fontic y Fonade suscribieron un contrato de transacción, en virtud del cual acordaron «[p]recaver el litigio relacionado con los recursos no comprometidos por FONADE en la ejecución del contrato No. 66 de 2015 (FONDO TIC) - 215085 (FONADE), que ascienden a la suma de \$44.634.415.681,35, como uno de los efectos de la liquidación judicial pretendida en la demanda instaurada por el FONDO TIC en contra de FONADE, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, bajo el radicado 25000233600020170233800» (se resalta).

Este acuerdo se suscribió en desarrollo de lo previsto en la cláusula vigésima tercera del contrato interadministrativo (solución de controversias), con la autorización de los Comités de Conciliación de Fonade (acta n.º 468 del 29 de agosto de 2018) y de Fontic (acta n.º 18 del 28 de agosto del mismo año), y como resultado de la mediación ejercida por la ANDJE.

Como fundamento de este arreglo, se manifestó que los recursos efectivamente pagados por Fontic a Fonade, en desarrollo del contrato interadministrativo, ascendieron a la suma de \$92.021.602.220, y estuvieron amparados por partidas presupuestales de los años 2015 y 2016. Los recursos de las vigencias futuras 2017 y 2018, que ascendían a \$82.458.568.705 y \$72.824.352.146, respectivamente, no fueron pagados por Fontic, ni recibidos por Fonade.

Por otra parte, se indicó que el valor total comprometido por Fonade, para la ejecución del contrato interadministrativo, ascendió a la suma de \$202.670.107.389, incluyendo el valor completo de la cuota de gerencia pactada en el contrato (\$12.731.792.805) y la cuantía estimada del gravamen a los movimientos financieros (GMF): \$934.552.710,23. En consecuencia, el valor *no comprometido* por Fonade correspondió a la cifra de \$44.634.415.681,35.

Por lo anterior, y con el fin de *liberar* los recursos no comprometidos por Fonade, de las apropiaciones y reservas presupuestales constituidas para la ejecución de este contrato interadministrativo, las partes se obligaron, en virtud de esta transacción, a efectuar los procedimientos internos (de orden presupuestal y contable) que fueran necesarios y a renunciar a cualquier reclamación de carácter administrativo o judicial, en relación con estos recursos.

También se comprometieron a poner en conocimiento del juez competente el acuerdo de transacción, para que fuera tenido en cuenta en la liquidación judicial del contrato interadministrativo; pero aclararon, al mismo tiempo, que «[e]l presente Acuerdo de Transacción no constituye liquidación total o parcial del Contrato Interadministrativo de Gerencia de Proyectos No. 667 de 2015 (FONDO TIC) – 215085 (FONADE)».

Finalmente, las partes precisaron que este contrato de transacción no daba lugar al reintegro de recursos por parte de Fonade, pues se trataba de *liberar* unas sumas de dinero que dicha entidad no había recibido.

7. Delimitación de las controversias surgidas entre las partes: aspectos no conciliables ni transigibles

Al revisar las demandas que las dos partes se han presentado recíprocamente, junto con las correspondientes contestaciones, en los procesos judiciales

reseñados, así como la denuncia penal formulada por el Mintic, la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, advertir que las consultas formuladas a la Sala con el propósito de obtener una solución a la controversia, no pretenden un pronunciamiento y decisión sobre las múltiples pretensiones presentadas en las demandas judiciales o en temas de competencia de la jurisdicción penal. Por el contrario, de las preguntas formuladas a la Sala, se observa la intención de obtener lineamientos generales que permitan dar por finalizadas las diferencias existentes sobre los recursos públicos dispuestos por las dos entidades estatales.

Para el efecto, es importante una revisión general de los temas objeto de debate, surgidos en los procesos judiciales, con el fin de determinar las eventuales soluciones jurídicas y el alcance de las mismas.

Por una parte, se observan pretensiones recíprocas de incumplimiento del contrato y de reconocimiento de perjuicios, que pueden ser conciliadas desde el punto de vista jurídico, de acuerdo con los supuestos fácticos que se encuentran acreditados.

Existe también una pretensión de liquidación judicial del contrato, que determina la competencia del juez para efectuarla. Ahora bien, dada la ausencia de la misma, nada obsta para que las partes puedan proceder a dicha liquidación, previo desistimiento de las pretensiones judiciales. Como se expondrá con posterioridad, no hay impedimento, en una eventual solución, para que las partes suscriban un proyecto de liquidación, cuya existencia y eficacia quede supeditado a solicitar de mutuo acuerdo y a obtener la terminación del proceso judicial en el cual se requirió la liquidación del contrato.

Sobre la existencia de actos administrativos, entre ellos, el expedido por Fontic para declarar una urgencia manifiesta, sería pertinente revisar la situación actual del contrato o contratos que se generaron y cumplieron a partir de esta causal de contratación directa. De esta manera, lo que realmente debe ser considerado es la posibilidad de que las partes lleguen a un arreglo sobre las pretensiones económicas y el cumplimiento de las obligaciones del contrato interadministrativo de gerencia de proyectos.

Ahora bien, la actuación y resultados de la acción penal relacionada con los presuntos sobrecostos del contrato, presentada contra personas indeterminadas relacionada con la ejecución de los contratos derivados y con la destinación de los recursos entregados por Fontic, corresponderá a las autoridades competentes, sin que las partes puedan tener facultades de disposición.

Sin embargo, en la medida en que resulte acreditado, no existe objeción para que las partes, en cuanto a la actuación realizada a cada una de ellas, puedan

convenir en soluciones relacionadas con los presuntos sobrecostos o sobre la destinación y ejecución de los recursos entregados por Fontic, siempre y cuando no existan conductas que puedan ser calificadas por el juez como delitos o contravenciones, y en la medida en que la prestación ejecutada corresponda a las necesidades del servicio.

Vale la pena recordar lo que dispone el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, en relación con la solución de las controversias derivadas de los contratos estatales:

Artículo 68.- De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

[...] [Subrayas ajenas al texto].

Asimismo, debe reiterarse lo estipulado en la cláusula vigésima tercera del contrato interadministrativo:

CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA.- SOLUCIÓN 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. (Se destaca).

Como se aprecia, mediante esta estipulación, las partes convinieron acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos, con excepción del arbitraje⁸, para resolver las controversias que pudiesen surgir entre ellas, en relación con la celebración, ejecución o terminación del contrato.

Sin embargo, debido al lenguaje genérico e impreciso que se utiliza en esta cláusula, no puede interpretarse que las partes hayan querido obligarse a utilizar estos mecanismos en un determinado orden, o en cierto momento específico, antes o después de acudir ante la autoridad judicial correspondiente, para solucionar las controversias que se llegaren a presentar entre ellas. Tampoco es posible afirmar que las partes hayan acordado la obligación de acudir a uno o

⁸ Lo anterior no significa que las partes no puedan acudir, incluso ahora, al arbitraje, como mecanismo de solución de conflictos, para resolver algunos de los litigios que sostienen, como lo permite expresamente el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, si esta fuera su voluntad y suscribieran un pacto arbitral, en la modalidad de *compromiso* (artículos 3 y 6 *ibidem*).

varios de estos métodos alternativos como requisito o condición previa para acceder a la Jurisdicción, lo cual, además, tampoco sería legalmente posible.

De lo anterior se deduce que las partes pueden acudir voluntariamente a cualquiera de estos mecanismos, aun después de haber acudido a la vía judicial, siempre que el respectivo conflicto o litigio no haya sido resuelto de forma definitiva, mediante una sentencia judicial en firme.

Las normas sustanciales y procesales que regulan cada uno de estos métodos alternativos de solución de conflictos permiten llegar, igualmente, a esta conclusión.

8. Mecanismos que la Sala sugiere para solucionar las disputas, en forma extrajudicial

8.1. Mecanismos y procedimiento propuestos

Tal como se ha explicado en este concepto, los aspectos sobre los cuales las partes podrían conciliar o transigir, involucrados en los litigios que actualmente sostienen en las Jurisdicciones Civil, Contencioso Administrativa y Penal, son los siguientes: a) la forma como el contrato interadministrativo fue ejecutado por cada una de las partes, desde el punto de vista técnico, administrativo y financiero; b) el supuesto incumplimiento del contrato atribuido por cada entidad a su contraparte, y c) las consecuencias económicas de la ejecución del contrato y de su presunto incumplimiento, incluyendo las sumas adeudadas a cada parte, a título de indemnización de perjuicios, actualización o corrección monetaria e intereses, entre otras sumas.

Aparte de lo anterior, la consulta incluye algunas preguntas sobre ciertos aspectos que no forman parte del objeto de la litis, en forma directa⁹, y sobre los cuales las partes podrían llegar a acuerdos, de manera inmediata, con base en las consideraciones y recomendaciones que la Sala formulará, más adelante.

Como se indicó atrás, el arreglo o la solución a la que llegaren las partes, en todos o en cualesquiera de estos asuntos, podría servir para que se efectúe el proyecto de liquidación del contrato interadministrativo, y para que, con base en este, y una vez en firme, y obtenida la aprobación el desistimiento judicial, la parte que resulte deudora pague, a la que resulte acreedora, las sumas que se reconozcan a su favor.

⁹ Como la posibilidad de recibir y pagar, por fuera del plazo contractual, ciertos bienes o servicios adquiridos o prestados por Fonade, directamente o a través de los contratistas derivados, en relación con los cuales no hay discrepancia entre las partes, sobre su calidad y precio.

Mientras se logra llegar a este arreglo, la Sala sugiere solicitar, de común acuerdo y por el término que ellas señalen, la suspensión de los procesos judiciales que actualmente se tramitan o, al menos, de aquel iniciado en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, como lo permite expresamente el artículo 161, numeral 2º, del Código General del Proceso. La Sala considera que sería el trámite inicial para la solución del litigio existente entre Fontic y ENTerritorio.

Debe aclararse que esta suspensión es independiente de la suspensión automática del proceso judicial, que se produce con la comunicación que las partes o la ANDJE envíen al juez sobre la formulación de este tipo de consultas a la Sala, en desarrollo de lo previsto en el numeral 7º del artículo 112 del CPACA, tal como fue modificado por el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021, en la forma que lo dispone el inciso 4º de dicho numeral¹⁰.

Ahora bien, para elaborar un proyecto de liquidación del contrato interadministrativo, es importante distinguir dos conceptos que se encuentran enunciados en la cláusula tercera, numeral 12º (obligaciones de Fontic), y en el párrafo de la cláusula vigésima séptima del contrato (liquidación), así como en el acuerdo de transacción parcial que las partes suscribieron el 29 de agosto de 2018: *i)* los recursos no comprometidos por Fonade, y *ii)* los recursos comprometidos por Fonade, pero no ejecutados.

A este respecto, debe partirse de lo previsto en el párrafo de la cláusula vigésima séptima, en punto a la liquidación del contrato interadministrativo:

PARÁGRAFO. Si resultan saldos no comprometidos con relación a los recursos del contrato interadministrativo, FONADE se compromete a reintegrarlos en el mes siguiente al vencimiento del mismo, en cuanto a los saldos no ejecutados estos se reintegraran [sic] contra acta de liquidación del contrato interadministrativo. Para la liquidación del contrato FONADE presentará un informe de terminación... [Se destaca].

En el mismo sentido, el numeral 12º de la cláusula tercera del contrato estipula que una de las obligaciones de Fontic era:

12. Definir a la terminación del contrato la cuenta bancaria para el reintegro de los recursos pagados por FONDO TIC y que no fueron comprometidos por FONADE, en un término no superior a 30 días contados a partir del vencimiento del plazo del contrato. Así mismo, definir la cuenta bancaria para el reintegro de los saldos no ejecutados correspondientes a contratación derivada que se

¹⁰ Teniendo en cuenta el efecto general inmediato consagrado en la reforma prevista en la Ley 2080 de 2021, y que la vigencia de esta ley se materializó en el trámite de este concepto, se sugiere a la ANDJE o las partes envíen la comunicación lo antes posible, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esa norma.

reintegrarán una vez se liberen contra acta de liquidación del contrato interadministrativo. [Subrayamos].

Como se observa, ambas cláusulas coinciden en señalar que, a la terminación del contrato interadministrativo (que ocurrió el 31 de julio de 2018), Fonade debía reintegrar los recursos recibidos de Fontic que no hubiera comprometido en la ejecución del contrato interadministrativo, mientras que, a la liquidación del contrato interadministrativo (que no ha ocurrido), Fonade debe devolver los recursos recibidos de Fontic que no haya ejecutado. El numeral 12º de la cláusula tercera precisa que estas últimas sumas se refieren a las no ejecutadas mediante la contratación derivada.

Es importante señalar, en relación con estos conceptos, que las partes, en el contrato de transacción suscrito el 29 de agosto de 2018, dejaron constancia expresa de que «[e]l valor total comprometido por **FONADE** para la ejecución del contrato correspondió a la suma de **\$202.610.107.389,65**, y el valor no comprometido en la contratación derivada del Contrato, correspondió a la suma de **\$44.634.415.681,35** como se puede ver en el siguiente cuadro [...]» [negritas en el original]. (Numeral 4º de las «consideraciones»).

En el citado cuadro, se explica que el valor comprometido por Fonade corresponde, por una parte, al valor total de los contratos derivados celebrados por dicha entidad durante la ejecución del contrato interadministrativo (**\$189.003.761.874,42**) y, por la otra, a las cuotas de gerencia estipuladas a favor de Fonade en dicho contrato (\$12.731.792.805), así como al valor *estimado* del gravamen a los movimientos financieros (GMF) (\$934.552.710,23).

Asimismo, en el citado contrato de transacción (numeral 3º de las «consideraciones»), las partes hicieron constar que el valor total de los recursos efectivamente pagados por Fontic y recibidos por Fonade, en desarrollo del contrato interadministrativo, correspondió a la suma de **\$92.021.602.220**.

Vale la pena mencionar que el pago de esta suma de dinero, como dato fáctico, que incluye una parte de la «cuota de gerencia» a favor de Fonade, es aceptada también por las dos partes en la consulta y en los memoriales presentados por ellas en los diferentes procesos judiciales, sin ninguna discusión.

Lo anterior se entiende sin perjuicio, claro está, de la pretensión que persigue judicialmente Fontic, en el sentido de que Fonade le devuelva parte de estos recursos, y de la petición formulada por Fonade, en el sentido de que Fontic le pague las demás sumas pactadas en el contrato, por este concepto.

De lo que se viene explicando, se desprenden varias consecuencias, que resulta importante mencionar:

- i) Las partes ya solucionaron, mediante un contrato de transacción y, por lo tanto, con efectos de «cosa juzgada en última instancia» (artículo 2483 del Código Civil), cualquier controversia que existiera entre ellas en relación con los recursos del contrato interadministrativo no comprometidos por Fonade, y con la eventual devolución de tales sumas a Fontic. A este respecto, acordaron que, del valor total del contrato (\$247.304.523.071), Fonade no comprometió la cantidad de \$44.634,415.681,35, la cual «se liberó» de los compromisos presupuestales establecidos para la ejecución de este negocio, y no es objeto de devolución, por cuanto no fue recibida por Fonade.
- ii) De los recursos que, según lo convenido por las partes, fueron «comprometidos» por Fonade (\$202.670.107.389,35), las sumas comprometidas en la contratación derivada corresponden a \$189.003.761.874,42, lo que equivale a la sumatoria del valor de los contratos derivados celebrados por Fonade en desarrollo del contrato interadministrativo, según la relación que aparece contenida en el contrato de transacción (numeral 4º de las «consideraciones»).
- iii) De los citados recursos comprometidos por Fonade en la contratación derivada no hay certeza sobre el monto que fue ejecutado por la entidad, o sobre el cual se ordenó su ejecución (pues este es uno de los puntos principales que las partes debaten), en cumplimiento del contrato interadministrativo. Sería necesario determinar este dato, con la mayor precisión posible, para establecer, conforme a lo pactado en dicho contrato (cláusulas tercera, numeral 12º, y vigésima séptima), si Fonade debe restituir alguna suma de dinero a Fontic o si, por el contrario, Fontic debe pagar dineros adicionales a Fonade.
- iv) Dadas las discrepancias que existen entre las partes sobre estos puntos, y los vacíos de información que se presentan, la Sala sugiere a las partes que, en el evento de subsistir tales desacuerdos e incertidumbres, conformen un comité técnico y financiero, de carácter paritario, para que analice y determine, desde el punto de vista técnico, financiero, administrativo y contable, el valor de los recursos efectivamente ejecutados por Fonade en cumplimiento del contrato interadministrativo, dentro de aquellas sumas que las partes ya aceptaron como «comprometidas» por este Fondo.

Si las partes y la ANDJE lo consideran conveniente, la Sala está presta a colaborar en las inquietudes o dudas que se presenten por parte del comité mencionado para, de la misma forma, recomendar las directrices de carácter jurídico, que deberían tener en cuenta en los análisis que deban adelantar.

- v) Una vez esclarecido dicho valor, la liquidación del contrato podría efectuarse de una manera relativamente sencilla, en criterio de la Sala, pues radicaría

básicamente en una operación matemática, consistente en restar, de las sumas efectivamente entregadas por Fontic a Fonade, para ser utilizadas en la ejecución del contrato interadministrativo, es decir, \$87.606.854.803¹¹, el valor de los recursos *realmente* ejecutados por Fonade, por intermedio de los contratistas derivados, en el cumplimiento del mismo contrato interadministrativo, incluyendo el monto total del gravamen a los movimientos financieros en que *efectivamente* haya incurrido Fonade para el desembolso de dichos recursos.

Si el resultado de tal operación es de signo positivo (+) o, dicho de otra forma, si es menor el valor de los recursos efectivamente ejecutados por Fonade en desarrollo del contrato (incluyendo el GMF), que el monto de los pagos efectuados por Fontic para tal fin, entonces Fonade debería restituir los recursos correspondientes a Fontic. Por el contrario, si el resultado de esta operación aritmética es de signo negativo (-) o, expresado de otra manera, si los recursos realmente ejecutados por Fonade (más el GMF) excedieron las sumas de dinero entregadas por Fontic con este fin, entonces Fontic tendría que pagar a Fonade la cantidad de dinero que haga falta.

- vi) Al resultado de dicha operación (en valores absolutos) habría que sumarle el monto de la «cuota de gerencia» adicional a la que tenga derecho Fonade, o la suma que tendría que devolver por este concepto, según lo pactado en el contrato interadministrativo (cláusulas quinta y sexta), de acuerdo con el resultado del análisis que se efectúe sobre la ejecución técnica, financiera y contable del contrato, a la luz de las consideraciones jurídicas que más adelante se expondrán. En este punto, es importante recordar que Fontic ya pagó a Fonade una parte de la «cuota de gerencia», representada en el valor que por dicho concepto estaba incorporado en los cuatro primeros pagos efectuados, conforme a la cláusula sexta del contrato.

En caso de existir discrepancias entre las partes sobre las cifras que deben tenerse en cuenta para la liquidación del contrato, o sobre los hechos, circunstancias y aspectos técnicos, administrativos, contables y financieros, Fontic y ENTerritorio podrían solicitar el análisis de un comité técnico y financiero, conformado por representantes de las dos partes, sin perjuicio de que la Sala pueda recomendar las directrices que deban tener en cuenta para solucionar los casos concretos que deban analizar.

Ahora bien, para implementar esta solución, desde el punto de vista jurídico, la Sala encuentra que las partes tendrían, en principio, las siguientes alternativas, que somete a su consideración:

¹¹ \$92.021.602.220 menos \$4.414.747.417, correspondientes a la «cuota de gerencia» incorporada en los pagos 1 a 4 efectuados por Fontic.

- 1) Realizar una transacción que incorpore un proyecto de liquidación, condicionado a que las partes soliciten la terminación del proceso judicial, entre ellos, en el proceso en el cual se está conociendo la pretensión de la liquidación judicial, y a obtener la aprobación del juez competente. En el evento de acuerdo, las partes podrían desistir de las pretensiones presentadas en los diferentes procesos judiciales, en los términos señalados en este concepto.

En efecto, ni las normas del Código Civil que regulan la transacción, ni las del Código General del Proceso que estatuyen sobre la terminación anormal de los procesos judiciales, imponen, como condición, para la existencia o la validez de la transacción, que dicho contrato se someta a revisión y aprobación judicial, incluso si la discrepancia o controversia que las partes pretenden solucionar se encuentra sometida a decisión jurisdiccional, siempre que el litigio no haya sido resuelto, en forma definitiva, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada¹².

En consecuencia, la transacción, como contrato, produce, desde el punto de vista sustancial, los efectos que le atribuyan las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y, en su defecto, los que establece la ley.

En este caso, las partes deberán dar aplicación al artículo 312 del Código General del Proceso para que produzca efectos procesales, y con el fin de obtener la aceptación del juez, en la medida en que se ajuste al derecho sustancial.

Como se observa, lo que se sugiere es suscribir directamente un proyecto de acta de liquidación del contrato, dentro del plazo establecido legalmente para ello¹³, cuya validez quedaría sometida a la condición suspensiva de que las partes desistan de sus demandas judiciales o, al menos, de las pretensiones de liquidación judicial incorporadas en aquellas, y que dicho desistimiento sea aceptado por el juez.

Es importante aclarar que el proyecto de acta de liquidación sólo tendría los efectos jurídicos propios de una liquidación del contrato, cuando el juez acepte el desistimiento y la terminación del proceso judicial donde se solicitó la liquidación judicial.

¹² El artículo 2478 del Código Civil dispone: Artículo 2478. Es nula asimismo la transacción, si, al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir.

¹³ Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Para la contabilización de este plazo, debe tenerse en cuenta el efecto suspensivo de todos los plazos legales, dispuesto por el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el numeral 7° del artículo 112 del CPACA.

A este respecto, no sobra recordar que la liquidación de los contratos estatales puede incluir «los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo», como lo dispone expresamente el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

De ahí que la jurisprudencia y la doctrina consideren que la liquidación de los contratos estatales tiene, generalmente, un contenido transaccional y pueda ser utilizada como un mecanismo de autocomposición, para la solución de las controversias relacionadas con la ejecución de tales actos jurídicos.

2. Otra opción correspondería a someter todos los acuerdos y aun el proyecto de liquidación a la aprobación judicial, lo cual implica un trámite y cumplimiento de etapas en los respectivos procesos judiciales. A juicio de la Sala, esta alternativa implicaría un mayor término para lograr que los acuerdos surtan los efectos jurídicos deseados.

No debe olvidarse que uno de los procesos es del conocimiento de la jurisdicción civil ordinaria, y no del juez especializado contencioso administrativo.

Cualquiera que sea la opción que las partes escojan, la Sala les ofrece mantener su asesoría y acompañamiento, con base en los informes o reportes que le presenten periódicamente sobre el avance de las negociaciones y acuerdos que vayan alcanzando, hasta que Fontic y ENTerritorio logren solucionar definitivamente sus controversias contractuales.

8.2. Parámetros jurídicos que deben tenerse en cuenta para establecer el valor efectivamente ejecutado por Fonade, en desarrollo del contrato interadministrativo 667/215085 de 2015

Determinar la forma como cada parte ejecutó sus obligaciones contractuales, desde el punto de vista técnico, administrativo y financiero, si bien genera importantes efectos jurídicos (especialmente, en materia de incumplimiento y responsabilidad patrimonial), se trata de un asunto fáctico, que supone establecer cuál fue la conducta que desplegó cada parte, en la realidad, con relación a sus principales obligaciones, frente a las exigencias de modo (calidad), tiempo (oportunidad) y cantidad estipuladas en el contrato y en sus documentos anexos y complementarios.

Cuando nos referimos a la ejecución de un contrato (cualquiera que sea su objeto), aludimos principalmente al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que componen dicho objeto. Por lo tanto, antes de asignar un valor económico a la ejecución del contrato, es necesario establecer cuáles de sus obligaciones fueron efectivamente cumplidas y cuáles fueron incumplidas, ya sea

por no haber sido ejecutadas total o parcialmente, por haberse cumplido de manera tardía, o por haberse ejecutado de una manera distinta a la pactada.

De esta forma, para esclarecer el cumplimiento de obligaciones bilaterales, podría determinarse el valor de las sumas que Fonade utilizó y comprometió para sus contratos derivados, o directamente (como en el caso del GMF). No debe olvidarse, para efectos de determinar el cumplimiento de obligaciones, que Fonade y Mintic celebraron un contrato de gerencia de proyectos, y que la obligación de Fonade era de medio y no de resultado. Ello implica determinar si esta entidad realizó los mejores esfuerzos y la debida diligencia en el proceso de celebración de estos contratos, y en la supervisión de los mismos. De otra parte, establecer si los dineros fueron invertidos por Fonade en cada uno de estos contratos, en la forma legal prevista.

El mismo análisis podría identificar los dineros que Fonade usó en la ejecución de las obligaciones contractuales a su cargo y que, fueron aceptadas o recibidas por Fontic.

Para efectos de la revisión del cumplimiento de las obligaciones de las partes, en este caso de Fonade, resulta de especial importancia los documentos y actas suscritas por los representantes de las dos entidades, que determinaron el grado de cumplimiento de las mismas. Los documentos suscritos, como regla general, incorporan declaraciones de voluntad que tienen efectos jurídicos, que deben ser tenidos en cuenta en el eventual acuerdo entre las partes. En especial, el contenido de las actas de los comités operativos.

En ese sentido, se destaca que el artículo 1626 del Código Civil dispone que «[e]l pago efectivo es la prestación de lo que se debe».

Y con respecto a la manera como debe hacerse el pago, el artículo 1627 *ibidem* preceptúa lo siguiente, que consideramos esencial para el correcto entendimiento del problema que se analiza:

Artículo 1627. El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.

El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida. [Se destaca].

Como se observa, esta norma exige que el pago o cumplimiento, para que se entienda completo y efectivo, debe hacerse, «bajo todos los respectos», es decir, en todos sus aspectos, de conformidad con el tenor de la respectiva obligación; y también dispone que el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa distinta a la que se le adeude, aunque aquella sea de igual o mayor valor a la ofrecida.

En desarrollo de estos principios, el artículo 1649 del mismo código establece lo siguiente, sobre el pago parcial de una obligación:

Artículo 1649. El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.

El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban. [Subrayas ajenas al texto].

Y con respecto a las obligaciones que emanan de los contratos, como en el caso que nos ocupa, el artículo 1603 *eiusdem*, que desarrolla el principio de la buena fe, dispone:

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 ley pertenecen a ella.

Como se puede inferir de las normas transcritas, y de muchas otras contenidas en los Códigos Civil y de Comercio, el deudor de una obligación, para exonerarse o liberarse efectivamente de esta, debe ejecutar su objeto (dar, hacer o no hacer) cumpliendo, lo acordado con su acreedor, o lo dispuesto por la ley, según el caso, en cuanto a la cantidad, el lugar, los sujetos, el tiempo u oportunidad y el modo (que incluye, entre otros puntos, la calidad) con los que dicha prestación deba ser ejecutada.

Ahora bien, es importante destacar, para los efectos de esta consulta, que la regla anterior prohíbe obligar al acreedor a recibir una cosa diferente (o en condiciones distintas) de lo estipulado, pero no prohíbe que voluntariamente la reciba, ni impide que las partes –acreedor y deudor- acuerden modificaciones sobre cualquier elemento o requisito de la prestación (lo que puede incorporarse en distintos tipos de actos jurídicos, como una transacción, una novación, una dación en pago, etc.).

Conforme a lo anterior, el estudio que se realice, con el apoyo de un comité técnico y financiero, conformado por representantes de las dos partes, para analizar la ejecución del contrato interadministrativo y establecer, en particular, el valor de los recursos efectivamente ejecutados por Fonade, en desarrollo de aquel, debería identificar, como base para efectuar dicha cuantificación: *i)* cuáles de las obligaciones contractuales de Fonade fueron cumplidas conforme a lo estipulado en el contrato, en su modificación y en sus documentos anexos; *ii)* cuáles fueron cumplidas en forma incompleta, defectuosa (desde el punto de vista técnico) o tardía (frente al plazo estipulado para su cumplimiento, o el tiempo en que debían ser ejecutadas), pero que, aun así, fueron aceptadas y recibidas por

Fontic, y *iii*) cuáles obligaciones no fueron cumplidas ni han sido recibidas por Fontic.

Asimismo, para facilitar un arreglo entre las partes, el referido análisis también podría establecer cuáles obligaciones fueron cumplidas por Fonade por fuera del plazo de ejecución del contrato, o dentro de dicho plazo, pero en forma incompleta, y que Fontic podría aceptar y recibir actualmente, por considerarse que los bienes y servicios correspondientes resultan, en todo caso, útiles para la finalidad perseguida con el contrato interadministrativo.

La Sala reitera la importancia de tener en cuenta el contenido y la naturaleza de las obligaciones pactadas en el contrato suscrito entre Fonade y Mintic, en los términos expuestos en este concepto. En especial, se hace alusión a la ejecución de los contratos derivados, y a la calidad en que actuó Fonade como gerente del proyecto, así como a la naturaleza de la remuneración pactada, la cual se pactó a título de honorarios¹⁴.

8.3. Posibilidad de efectuar y recibir el cumplimiento de obligaciones por fuera del plazo de ejecución del contrato

Vale la pena recordar que en el contrato se estipuló expresamente un «plazo de ejecución» (cláusula séptima), que no fue modificado y venció el 31 de julio de 2018.

Ahora bien, aunque el acreedor no puede ser obligado a recibir la prestación por fuera del tiempo acordado, voluntariamente puede hacerlo. Aunque Fontic y Fonade no pueden ser forzados a recibir de su contraparte, bienes (incluido dinero), servicios u otras prestaciones que dicha parte debió ejecutar durante la vigencia del contrato, esto no impide que voluntariamente las reciban, ni que las dos partes lleguen a un acuerdo sobre este punto, que podría ser incorporado en el mecanismo de solución que las partes escojan para resolver su controversia.

Lo anterior resultaría especialmente viable antes de que los procesos judiciales que enfrentan a dichas entidades sean resueltos, en última instancia, y especialmente, antes de que se haga o se apruebe la liquidación judicial del

¹⁴ En un contrato estatal de obra pública, que incorpora una obligación de resultado, el contratista es responsable del cumplimiento de la obligación, bajo las condiciones pactadas en el contrato, incluidas las obligaciones que realice a través de sus subcontratistas. En un contrato de gerencia de proyectos, salvo estipulación en contrario, en el cual se consagra una obligación de medio, la responsabilidad del gerente del proyecto para los contratos derivados se circunscribe al cumplimiento de la debida diligencia en el proceso de selección y ejecución del contrato, y su mejor esfuerzo en la supervisión en la búsqueda de que los contratistas vinculados ejecuten la prestación pactada, en los términos previstos en los respectivos contratos. De todas maneras, será necesario revisar el contenido de estas obligaciones en cada contrato.

contrato, en el proceso iniciado en ejercicio del medio de control de controversias contractuales.

Para estos efectos, resulta importante recordar cual es el fin de la contratación estatal según el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, para que los eventuales acuerdos a los que lleguen las partes, tengan en cuenta que los bienes y servicios contratados y eventualmente recibidos, deben atender la satisfacción de la necesidad de servicio público que motivó el contrato.

De manera concreta, en las preguntas 2, 4, 6, 7 y 8 del alcance a la consulta inicial, el Gobierno Nacional inquiriere sobre la posibilidad de que tanto Fonade (actualmente, ENTerritorio) como Fontic (actualmente, el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) paguen, total o parcialmente, y reciban de su contraparte obligaciones dinerarias y de otra clase (de hacer, por ejemplo) que debieron cumplirse durante la vigencia del contrato, pero que, por diferentes circunstancias y consideraciones, no ejecutaron en ese momento, o no lo hicieron de forma completa y adecuada.

Tal sucede, por ejemplo, con el denominado Sistema de Administración y Control (SAC), que Fonade debía contratar, supervisar y poner a disposición de Fontic dentro del plazo de ejecución del contrato 667/215085, en las condiciones previstas en dicho acuerdo, en sus anexos (especialmente, el documento de *Lineamientos*), en los documentos precedentes del contrato (como la oferta presentada por Fonade y sus alcances) y en los acuerdos a los que hubieran llegado las partes sobre este tema durante la ejecución del contrato, particularmente en el marco del Comité Operativo.

Con este propósito, las partes tendrían las siguientes opciones, que nacerían de la evaluación que efectúe el comité técnico y financiero que se sugiere conformar, en relación con el valor que para Fontic podrían tener tales sistemas, en el estado en que se encuentren:

- i) Asignar un valor al producto que ENTerritorio ofrezca entregar, y computarlo en el conjunto del acuerdo que ponga fin a la controversia.
- ii) Permitir que ENTerritorio ponga a punto los sistemas a cuya entrega está obligado, con base en las observaciones técnicas que Fontic considere necesario formular, con base en el análisis y las conclusiones del comité técnico y financiero que se sugiere conformar.

Estos arreglos podrían resultar factibles, en el evento de que el sistema pueda ser utilizado por las entidades territoriales y las demás entidades públicas que actualmente administran los PVD y son propietarias de la infraestructura física y lógica utilizada en dichos espacios, pues no debe olvidarse que tanto el proyecto Puntos Vive Digital como el contrato interadministrativo que nos ocupa preveían la

entrega de tales puntos y de los bienes asociados a dichas entidades, para que los siguieran administrando y operando (cláusulas cuarta, numeral 29, y décima primera).

8.4. Criterios jurídicos para establecer el valor de la cuota de gerencia a la que tendría derecho Fonade por la ejecución del contrato interadministrativo

Vale la pena recordar que, en la cláusula quinta del contrato interadministrativo, se estipuló que este tendría un valor de hasta \$247.304.523.071, «incluidos todos los costos directos e indirectos e impuesto de ley a que haya lugar... [y] la cuota de gerencia» (se resalta).

En la misma estipulación, se acordó que el valor de «los bienes y servicios a proveer no podrá superar» la suma de \$234.572.730.266, incluyendo el costo del gravamen a los movimientos financieros, y que la diferencia, es decir, \$12.731.792.805, correspondería a «los costos de Gerencia y demás servicios de asesoría y asistencia que se obliga a prestar FONADE en desarrollo del objeto del presente contrato».

En el párrafo segundo de esta cláusula se pactó que, «[e]n el evento de prórroga o modificación del contrato las partes revisarán el importe del costo adicional por los costos de gerencia del contrato» [se resalta].

Por otra parte, en la cláusula sexta, se estableció la forma de pago del valor del contrato, que consistía en distribuir dicha suma en diez cuotas, cada una de las cuales incorporaba una porción de la «cuota de gerencia» a favor de Fonade.

Todo lo anterior indica, a juicio de la Sala, que las partes, al acordar la «cuota de gerencia», partieron de cierta proporcionalidad entre la ejecución de las actividades y obligaciones a cargo de Fonade, en desarrollo del contrato interadministrativo, y el valor de la referida «cuota de gerencia», aunque es necesario reconocer que en el contrato no se pactó expresamente un porcentaje o proporción exacta entre dicha remuneración y el valor total del contrato, o el monto de los recursos que Fonade debía destinar exclusivamente a la ejecución del proyecto.

Esta proporcionalidad genérica se evidencia, verbigracia, al observar los requisitos estipulados en la cláusula sexta para que Fonade pudiera reclamar los pagos. Así, por ejemplo, con respecto al noveno pago, se exigió:

Informe de gerencia correspondiente al primer trimestre de 2018, en el cual se evidencie el cumplimiento de obligaciones en la ejecución del proyecto, previo concepto favorable del Supervisor del Contrato. (Se resalta).

De manera similar se estipularon las condiciones para hacer los pagos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y décimo, en relación con los periodos respectivos.

En consecuencia, resulta claro que si, por ejemplo, Fonade hubiera dejado de ejecutar las obligaciones que debía cumplir en el primer trimestre del año 2018, no tendría derecho a recibir el noveno pago previsto en la cláusula sexta, de lo cual se colige que tampoco tendría derecho a la parte proporcional de la «cuota de gerencia» incorporada en el valor de dicho pago.

De esta forma, la Sala entiende que, más allá de la periodicidad y la forma de pago de la «cuota de gerencia» pactadas en las cláusulas quinta y sexta del contrato, dichas estipulaciones reflejan claramente la voluntad de las partes en el sentido de que la «cuota de gerencia» a favor de Fonade fuera *progresiva* y *proporcional* al cumplimiento de las obligaciones asumidas por dicha entidad, en virtud del contrato interadministrativo.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que este contrato era bilateral, oneroso y conmutativo. En relación con esta última calidad, el artículo 1498 del Código Civil prescribe que «[e]l 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...» (resaltamos).

Igualmente, vale la pena recordar que, en los contratos bilaterales, el artículo 1609 *ibidem* consagra la denominada «excepción de contrato no cumplido» (*exceptio non adimpleti contractus*), en los siguientes términos:

Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

La jurisprudencia ha considerado que esta excepción puede aplicarse, incluso, con algunas particularidades, en los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 y las leyes que la han modificado¹⁵.

Este conjunto de elementos jurídicos permite concluir que Fonade tendría derecho al monto total de la cuota de gerencia estipulada en el contrato interadministrativo (\$12.731.792.805), en forma proporcional al cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo. Al respecto, debe tenerse en cuenta el contenido y la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, y analizar si las prestaciones que no fueron entregadas en el tiempo pactado o no pudieron ejecutarse sobre los

¹⁵ A este respecto, puede consultarse, entre otras, la sentencia del 9 de julio de 2018, dictada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, expediente 25000-23-26-000-2005-10969-01 (42171).

contratos derivados, obedeció a razones ajenas a Fonade, en los términos expuestos.

De esta manera, el tema de la proporcionalidad al que se alude en el párrafo anterior, no debe referirse tanto al valor pactado en el contrato (\$234.572.730.266, según la cláusula quinta), o al valor de los recursos efectivamente ejecutados por Fonade, pues un menor valor de ejecución, por parte de Fonade, podría obedecer a una *mayor eficiencia* en la utilización de los recursos entregados por Fontic, mediante los contratos derivados, como lo alega Fonade en los procesos judiciales y lo acepta Fontic, exclusivamente en relación con la contratación del servicio de conectividad.

Dicho en otras palabras, Fonade pudo haber invertido, en la ejecución del contrato interadministrativo, un menor valor de los recursos presupuestados y recibidos, pero no por haber dejado de ejecutar algunas de sus obligaciones, ni por haberlas cumplido en forma parcial o defectuosa, sino por haber contratado los respectivos bienes y servicios, total o parcialmente, a un precio más bajo que el previsto, es decir, en condiciones más competitivas.

Por lo tanto, lo que habría que determinar, en este punto (para lo cual podría solicitarse la colaboración del comité técnico y financiero que se sugiere integrar), es la proporcionalidad que exista entre el total de actividades y obligaciones asumidas por Fonade, en virtud del contrato interadministrativo, y las actividades y obligaciones materialmente ejecutadas por dicha entidad, durante la vigencia del contrato, independientemente de su valor pecuniario.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, al estar terminado el citado contrato, no está rigiendo lo dispuesto en su cláusula sexta, respecto de la periodicidad, el procedimiento y la forma de pago del valor del contrato, especialmente en cuanto a los requisitos formales que Fonade debía cumplir (durante la vigencia del contrato) para reclamar cada uno de los diez pagos acordados allí, así como para deducir de estos la parte correspondiente de la «cuota de gerencia».

Por lo tanto, en la actualidad, y con miras a un arreglo que facilite, a su vez, la liquidación judicial del contrato, lo que se debería establecer, a juicio de la Sala, es: *i)* cuál es el valor de la «cuota de gerencia» a la que tendría derecho Fonade, de acuerdo con lo pactado en el contrato 667/215085 de 2015, en virtud del grado, porcentaje o nivel de ejecución o cumplimiento de sus obligaciones contractuales, según lo explicado, y *ii)* cuáles sumas han sido pagadas por Fontic a Fonade, por este concepto. Lo anterior permitiría establecer, mediante una operación aritmética, el saldo que Fontic le adeude a Fonade, a título de «cuota de gerencia» o, por el contrario, la suma que Fonade deba reintegrar a Fontic, por el mismo concepto.

Cualquiera que sea el resultado de esta operación, debería incluirse en el proyecto de liquidación del contrato interadministrativo y en el acuerdo extrajudicial al que lleguen las partes.

8.5. La liquidación del contrato interadministrativo. Posibilidad de llegar a un arreglo que tenga incidencia en la liquidación del contrato

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en varios conceptos y conflictos de competencia, se ha ocupado de explicar, con detenimiento, los términos que la ley establece para la liquidación de los contratos estatales, ya sea en forma bilateral o unilateral.

De lo expuesto en tales documentos, así como en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este asunto, importa rescatar, para los efectos de esta consulta, que cuando una de las partes, o las dos, acuden a la Jurisdicción, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, para solicitar al juez que haga y apruebe la liquidación del contrato (liquidación judicial), las partes pierden competencia para liquidarlo, de común acuerdo o de manera unilateral (cuando ello sea posible).

Así lo indicó esta Sala, en el concepto 2253 de 2016¹⁶:

Es la ley la que contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato unilateralmente, asumiendo 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. [Se destaca].

Más adelante, en el citado concepto, la Sala ratificó esta conclusión, al dar respuesta a la primera pregunta que se formuló en la respectiva consulta, relacionada con la posibilidad de liquidar un contrato estatal después de vencidos los términos previstos en la ley para el efecto. Sobre este punto, la Sala contestó:

La competencia con la cual está investida una entidad para liquidar de forma unilateral o bilateral un contrato estatal, se pierde cuando ha expirado el término de caducidad para la presentación de la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales o cuando se ha notificado el auto admisorio de la demanda que persigue la liquidación del contrato. En caso de ejercer dicha competencia extemporáneamente, los actos bilaterales o unilaterales en los que se

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2253 del 28 de junio de 2016.

liquide el contrato, según el caso, estarían viciados de ilegalidad y serían susceptibles de ser declarados nulos por el juez. [Subrayas ajenas al texto].

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de junio de 2000¹⁷, refiriéndose a la posibilidad de que una entidad contratante liquidara unilateralmente un contrato estatal, cuando el contratista ya había demandado la liquidación judicial del acuerdo, manifestó:

La Sala estima que la Administración puede **en el tiempo** liquidar unilateralmente, aunque vencieron los plazos a que aludió la jurisprudencia para realizar la liquidación bilateral o unilateral, hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el juez se pronuncie sobre la liquidación del contrato; hecho a partir del cual se le da certeza a la Administración de que el asunto se volvió judicial (principio de publicidad), siempre y cuando dicha notificación [sic] se haga dentro del término de **prescripción o caducidad**, según el caso, como también se explicará enseguida.
[...]

Por consiguiente, como la ley sí fija un término para demandar esa **omisión administrativa** se colige que el plazo máximo que tiene la Administración para liquidar unilateralmente el contrato dependerá de dos situaciones:

- **Primera:** Si el contratista no demandó la liquidación judicial o el incumplimiento administrativo – nacido de la omisión de la Administración del deber de liquidar - el término que tendrá la Administración para liquidar será hasta el día anterior al en que vencería hipotéticamente el término para el contratista, para acudir al juez, en demanda de esa omisión Administrativa, para efecto de la liquidación judicial o de otros objetos.
- **Segunda:** Si por el contrario el contratista sí demandó la liquidación judicial del contrato por el incumplimiento de la Administración del deber de liquidar el contrato, el término que tendrá la Administración será hasta antes de que sea notificada del auto admisorio de la demanda, siempre y cuando desde la omisión de liquidar no haya transcurrido, hipotéticamente, el plazo legal máximo, de prescripción o caducidad, según el caso, para promover ante el juez la demanda correspondiente.

Así entonces la incompetencia en el tiempo para que la Administración [sic] liquide unilateralmente nace del hecho relativo a que la competencia para liquidar el contrato se tornó, hipotéticamente, en judicial. [Negrillas en el original; subrayas añadidas].

Aunque esta providencia se refiere a la posibilidad de que las entidades estatales liquiden *unilateralmente* un contrato estatal después de que el contratista haya acudido a la Jurisdicción, en ejercicio del medio de control de controversias

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2000, radicación número 12723.

contractuales, para pedir la liquidación judicial del acuerdo, la Sala ratifica que esta conclusión es igualmente aplicable cuando se trate de la liquidación bilateral del contrato, luego de que cualquiera de las partes, o las dos, hayan solicitado al juez competente efectuar la liquidación de dicho acto jurídico.

En efecto, tanto en aquel caso como en este, la falta de competencia de las partes para realizar la liquidación del contrato deviene del hecho de que tal competencia ya dejó de ser administrativa y se volvió judicial; es decir, que, por voluntad de las dos partes, o de cualquiera de ellas, la Jurisdicción ya aprehendió el conocimiento del asunto, para resolverlo de la forma en que lo considere ajustado a la ley.

Dado que, en el presente asunto, tanto Fontic como Fonade, en sus respectivas demandas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, solicitaron que la autoridad judicial efectuara la liquidación del contrato interadministrativo, es claro, según lo indicado, que dichas entidades no tienen actualmente competencia para liquidar ese acto jurídico, total o parcialmente, ya sea de consuno o bien unilateralmente, en el supuesto de que alguna de ellas pudiese liquidarlo de esta forma.

Ahora bien, lo anterior no impide que las partes puedan llegar a acuerdos y arreglos, en virtud de los cuales convengan cifras o circunstancias relacionadas con la ejecución del contrato; solucionen las discrepancias o controversias que puedan tener, e, incluso, acuerden pagar y recibir, en determinadas condiciones, obligaciones insolutas surgidas de la celebración y ejecución del contrato, como ya se explicó. Más aún, la Sala estima procedente el acuerdo de las partes sobre la forma de liquidación del contrato y el resultado de tal operación en los términos señalados.

En efecto, la falta de competencia actual de Fonade (hoy en día ENTerritorio) y Fontic para liquidar, de consuno, el contrato interadministrativo 667/215085 de 2015, no impide que dichas entidades lleguen a acuerdos sobre las circunstancias y el balance de la ejecución del contrato; elaboren un proyecto de liquidación; lleguen a otros acuerdos; formalicen este arreglo mediante una transacción o conciliación, y realicen pagos que correspondan a prestaciones realmente ejecutadas.

En ese orden, la Sala reitera lo ya expuesto, en el sentido que puede elaborarse directamente el proyecto de liquidación del contrato en forma bilateral, dentro del plazo establecido en la ley, como contenido de la transacción, pero condicionando su validez al desistimiento que las partes presenten de sus respectivas demandas judiciales, incluyendo la pretensión de liquidación judicial del contrato, y a la aceptación de dicho desistimiento por parte de la autoridad judicial que conoce el proceso. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes consideren pertinente poner el proyecto de liquidación al trámite de liquidación del juez.

8.6. Posibilidad de pagar el valor de los bienes o servicios entregados o prestados por Fonade, relacionado con los contratistas derivados, en los cuales Fontic alega la existencia de sobreprecios

Una de las razones por las que Fontic considera que Fonade incumplió el contrato interadministrativo, es porque estima que dicha entidad incurrió en «sobreprecios» o «sobrecostos», en relación con los precios vigentes en el mercado para la respectiva época, en la adquisición de algunos de los servicios y bienes que se le encomendaron para el proyecto Puntos Vive Digital, fase 3, y que Fonade debía contratar con terceros (contratistas derivados).

Adicionalmente, este es uno de los motivos por los que Mintic presentó una denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, pues considera que dicha conducta, por parte de los servidores públicos y particulares que la hayan cometido, constituiría uno o varios delitos contra la Administración Pública.

Fonade, por su parte, niega que dicha situación se haya presentado.

Aunque este asunto se encuentra sometido a decisión judicial (tanto en la Fiscalía como en la Jurisdicción Civil), y tendría que ser resuelto por la autoridad competente, la Sala observa que esta situación no impide que las partes lleguen a acuerdos de carácter económico y que, como resultado de estos, Fontic pueda efectuar pagos adicionales a favor de ENTerritorio, que deban tenerse en cuenta para la liquidación judicial del contrato.

A este efecto, el comité técnico y financiero que se recomienda integrar, si las partes lo consideran necesario, podría determinar cuáles eran los precios de mercado de los bienes o servicios respecto de los cuales Fontic alega que Fonade incurrió en «sobrecostos», para establecer, justamente, si se presentaron precios excesivos en tales ítems. Asimismo, resultaría importante verificar el contenido de las actas de los comités operativos sobre este aspecto, y los eventuales acuerdos que se hayan incorporado al mismo.

Es importante aclarar que, para dichos efectos, el comité debería tener en cuenta, como parámetro, los precios existentes en el mercado para cada bien o servicio concernido, en la misma época en la que Fonade debía contratarlos, y en las mismas condiciones de tiempo (plazo), lugar, calidad (técnicas) y volumen estipuladas en el contrato interadministrativo, en sus anexos y en los demás documentos conexos (como las actas del Comité Operativo).

Una vez establecidos dichos «precios de mercado», las partes podrían acordar que Fontic le pague a Fonade el valor de los bienes y servicios efectivamente entregados o prestados en desarrollo del contrato interadministrativo, lo cual podría ser directamente a los respectivos contratistas derivados, a los precios

determinados por el comité técnico y financiero, en la medida en que los contratistas hayan cumplido con la ejecución de la prestación y las demás obligaciones del contrato¹⁸.

No obstante, es importante aclarar -y así tendrían que acordarlo las partes expresamente- que dichos pagos no se entenderían como el cumplimiento *total y definitivo* de las respectivas obligaciones monetarias a cargo de Fontic, sino como un abono *parcial y provisional*. De esta manera, cuando la autoridad judicial competente establezca, en forma definitiva, si los alegados «sobrecostos» se presentaron o no, habría que hacer el ajuste que corresponda en dichos pagos.

Así, en el evento de que dicha autoridad llegue a determinar que los «sobrepuestos» o «sobrecostos» sí se presentaron, habría que efectuar el ajuste respectivo, de acuerdo con el monto del sobreprecio que esa autoridad establezca, para lo cual, según el caso: *i)* Fonade tendría que devolver parte de los recursos recibidos por este concepto; o *ii)* Fontic tendría que hacer un pago adicional; o *iii)* las partes podrían compensar, total o parcialmente, las sumas que resulten a cargo y a favor de cada una, o *iv)* las partes declararían, simplemente, que el pago recibido por Fonade, a título *parcial y provisional*, se entienda efectuado, ahora, de forma completa y definitiva.

En contraste, si dicha autoridad llegare a declarar que los presuntos «sobrepuestos» no existieron, Fontic tendría que pagar a Fonade el valor adicional que corresponda, de acuerdo con los valores que dicha entidad le ha venido cobrando, con base en las facturas presentadas por sus contratistas derivados.

Ahora bien, si Fontic puede establecer y proponer unos precios de los bienes y servicios que realmente correspondan al mercado en el momento histórico respectivo, y tales precios resultan aceptables para Fonade, podrían incorporarse en el proyecto de acta liquidación. Se trataría de una valoración sustentada en el principio de la buena fe y evitaría mayores dilaciones en los acuerdos a los que las partes podrían llegar.

En este punto, también es posible establecer rangos de precios que se ajusten a las variaciones típicas del mercado, especialmente en bienes y servicios relacionados con obras, y obtener un precio promedio que pueda ser aceptable para ambas partes.

¹⁸ En este caso, Fonade debería suministrar la información completa y actualizada a Fontic sobre el estado de ejecución de los contratos derivados y ambas partes deberán analizar si resulta procedente el pago directo al contratista derivado. Para tal efecto, deberán tener en cuenta si existen controversias entre el contratista y Fonade, la naturaleza de los mismos, y la posibilidad de que Fonade llegue a una conciliación o transacción en estos casos.

Finalmente, sobre este tema, también sería importante tener en cuenta la incidencia de este punto sobre los contratistas derivados y la importancia de que la definición de precios de mercado sea igualmente reconocida por esos contratistas. Sería una actividad especialmente a cargo de Fonade.

9. Principios de buena fe y responsabilidad

La Sala estima que la actuación de las partes para solucionar las controversias planteadas debe estar basada, entre otros, en los principios de buena fe y responsabilidad.

Sobre el principio de la buena fe, la Sala explicó lo siguiente, en el Concepto 2260 de 2015:

El artículo 83 de la Constitución Política (C.P.) dispone que todas 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 estas. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), entiende que en virtud del principio de buena fe, *“las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”* (artículo 3, numeral 4).

En el ámbito de la contratación estatal el Consejo de Estado, Sección Tercera¹⁹, manifestó que la buena fe se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,²⁰ esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad²¹, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido²².

La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n° 24715. También, Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001

²⁰ Vid. L. Díez PICAZO, *La Doctrina de los Propios Actos*, Casa Editorial Bosch, 1963, págs. 137 y ss.

²¹ Estado de entrega mutua de las partes de una relación jurídica a la conducta leal de la otra, bajo el entendido de que ella será recta y honesta.

²² En este sentido, normas civiles y mercantiles plenamente aplicables a la contratación estatal por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, establecen que los contratos deben celebrarse de buena fe (artículo 1603 del Código Civil); y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente

La idoneidad, honestidad e integridad requerida por la buena fe resulta compatible con la calificación de “*contratista responsable*” a la que alude el “*Code of Federal Regulations*” (CFR) de los Estados Unidos de América.

Y sobre el principio de responsabilidad, la Sala manifestó, en el concepto citado:

La Sala recuerda que en virtud del principio de responsabilidad las actuaciones de los servidores públicos en la contratación estatal están presididas por las “*reglas sobre administración de bienes ajenos*” de acuerdo con el artículo 24, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, lo que comprende no sólo una forma de actuar, sino que obliga a tomar en cuenta otras circunstancias, como las medidas de prevención y el riesgo sospechado.

Por su parte, la Corte Constitucional ha explicado este principio, en los siguientes términos:

[...] obedece a la necesaria articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, mantenimiento del equilibrio económico del contrato y de selección objetiva que igualmente se establecen en el estatuto contractual, así como la necesidad de asegurar un mayor equilibrio o balance entre la mayor autonomía de la gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades, o privilegios que se le reconocen y la finalidad del interés público o social a que debe apuntar la gestión contractual de dichas entidades, cual es que ha de procurarse la satisfacción de los objetos contractuales (obras, bienes, servicios, etc.), bajo una gestión signada por la eficiencia, economía, celeridad y la moralidad en los términos del artículo 209 de la Constitución Política, que garantice no sólo los intereses de la administración, sino de los contratistas que intervienen en la actividad contractual.”²³

De conformidad con estos principios constitucionales y legales, y con los demás que rigen la actividad contractual del Estado y la función administrativa, la Sala está convencida de que las partes podrían solucionar sus controversias judiciales, si tienen la voluntad real para hacerlo, siguiendo los lineamientos, las consideraciones y las recomendaciones contenidas en este concepto.

Asimismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reiterado los efectos jurídicos de la buena fe objetiva, la cual no corresponde a calificaciones subjetivas de ninguna de las partes²⁴.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 18 de enero de 1996.

²⁴ Al respecto ver Sentencia del 19 de noviembre de 2012 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (Radicación 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043)). Asimismo, puede verse: Villareal, Martha Lucía Neme. 2009. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Revista de Derecho Privado. 17 de diciembre de 2009. Pág. 45 – 76. Universidad Externado de Colombia. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad, entre otros deberes. Es decir, al comportamiento probo y leal de una parte a la otra.

10. Conclusiones y recomendaciones finales

- a) En primer lugar, la Sala invita enfáticamente a las partes a iniciar, de manera inmediata, conversaciones y llegar a acuerdos que permitan solucionar, total o parcialmente, las controversias judiciales que actualmente sostienen, lo que podrían lograr con base en las consideraciones, lineamientos, recomendaciones y opciones planteadas en este concepto, si tienen la voluntad real de hacerlo. Tales arreglos podrían favorecer, de manera importante, el patrimonio público y el interés general que se buscaba realizar con la celebración y ejecución del contrato interadministrativo, pues impedirían que ingentes recursos públicos, que las entidades deben destinar al cumplimiento de sus funciones y a la realización de sus fines, se queden «congelados» durante un tiempo considerable, sin ningún beneficio para el Estado ni para la sociedad.
- b) Asimismo, estos acuerdos podrían permitir que bienes o servicios adquiridos, desarrollados, implementados o prestados con una determinada finalidad de servicio público (en este caso, acercar a las comunidades más vulnerables del país a los beneficios de las TIC) cumplan con dicho objetivo, así sea de manera parcial, en lugar de deteriorarse, perderse o volverse inútiles u obsoletos, mientras se resuelven los procesos judiciales que actualmente involucran a las dos partes.
- c) Tales arreglos tendrían fundamento, igualmente, en el principio de coordinación y colaboración armónica entre las entidades, órganos y ramas del Estado, al que se refieren los artículos 113 y 209 de la Constitución, 6 de la Ley 489 de 1998²⁵, y 3, numeral 10º, del CPACA; en el principio de responsabilidad, establecido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, así como en los principios de buena fe, economía y eficiencia, previstos en los artículos 83, 209 y 267 de la Carta; 25 de la Ley 80 de 1993; 3 de la Ley 489, y 3, numeral 12, de la Ley 1437 de 2011.
- d) El mecanismo de solución que la Sala sugiere, en este caso concreto, consiste en que las partes lleguen directamente a un acuerdo que incorpore, entre otros aspectos, el proyecto de liquidación del contrato interadministrativo. Una vez alcanzado este arreglo, podrían incluirlo en un contrato de transacción, que no tendrían que someter a la aprobación judicial, para presentar, luego, el desistimiento de sus respectivas demandas, en forma total o parcial.

En consecuencia, las partes podrían suscribir el proyecto acta de liquidación bilateral del contrato, dentro del plazo establecido en la ley, y sujetarla

²⁵ «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 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

expresamente a una condición suspensiva, consistente en que ambas partes desistan de sus demandas, total o parcialmente, incluida la pretensión de liquidación judicial, y el juez acepte dicho desistimiento.

De todas maneras, aunque implique unos mayores términos para que los acuerdos surtan efectos, dado el trámite que sería requerido, la Sala considera importante también advertir que las partes podrían tener la opción de someter el acuerdo a la revisión y aprobación del juez que conoce del proceso judicial iniciado a través del medio de control de controversias contractuales. No puede desconocerse una posible mayor dificultad en este caso, teniendo en cuenta, que uno de los procesos se encuentra sometido a la jurisdicción ordinaria.

- e) En el evento en que las partes no lleguen a un acuerdo total con fundamento en los lineamientos y recomendaciones expuestos, por tratarse de discrepancias sobre aspectos técnicos, administrativos y financieros relacionados con la ejecución del contrato, las partes estatales en controversia podrán conformar un comité técnico y financiero integrado por sus representantes, para que analicen las eventuales diferencias y propongan soluciones sobre estos temas.
- f) Mientras las partes analizan, discuten e implementan la solución expuesta en este concepto, la Sala recomienda que soliciten, de común acuerdo, la suspensión de los procesos judiciales que cursan entre ellos o, al menos, el iniciado en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, por el término que se estime necesario.
- g) Si las entidades estatales o la ANDJE lo consideran pertinente, la Sala se encuentra en la mejor disposición de continuar colaborando en los aspectos pendientes, en especial, los señalados en el literal e), para formular recomendaciones y directrices desde el punto de vista jurídico, que puedan orientar la búsqueda de una solución definitiva.

En atención a las consideraciones anteriores,

IV. La Sala RESPONDE:

1. *¿Cuál sería la solución definitiva a las diferencias surgidas entre las partes sobre el cumplimiento del contrato?*

Conforme a lo expuesto en este concepto, la Sala considera que la solución definitiva a las diferencias surgidas entre las partes sobre el cumplimiento del contrato interadministrativo consistiría en que Fontic y ENTerritorio hagan todos los esfuerzos necesarios para llegar a un acuerdo sobre la liquidación del contrato interadministrativo, para lo cual les recomienda guiarse por las consideraciones,

parámetros y lineamientos jurídicos desarrollados en este concepto y, en particular, por los siguientes:

- a) Tener en cuenta el valor de los recursos entregados por Fontic a Fonade para la ejecución del contrato interadministrativo y que no han sido reintegrados.
- b) Precisar el valor de los recursos efectivamente ejecutados por Fonade.
- c) Al analizar el cumplimiento de las obligaciones de las partes, considerar la naturaleza del contrato de gerencia de proyectos, suscrito entre las dos entidades estatales, y el alcance de las obligaciones de Fonade pactadas en el contrato.

De conformidad con lo anterior, sería necesario determinar los valores por cuota de gerencia causados por concepto de honorarios a favor de Fonade, según lo convenido en el contrato interadministrativo, en proporción al nivel de ejecución efectiva de las obligaciones contractuales a cargo de Fonade, como gerente de proyecto, como se explica en este concepto.

- d) En caso de persistir discrepancias entre las partes sobre las situaciones de hecho y condiciones necesarias para la liquidación del contrato, o sobre los aspectos técnicos, administrativos, contables y financieros, se recomienda conformar un comité técnico y financiero, con representantes de las dos partes, que puedan plantear soluciones sobre los temas pendientes.
- e) Ahora bien, para implementar esta solución, la Sala recomienda:

Celebrar un contrato de transacción, que incorpore los acuerdos logrados en el proyecto de liquidación, y desistir, a continuación, total o parcialmente de las demandas contractuales que cada una de ellas presentó (incluyendo la pretensión de liquidación judicial del contrato).

La validez del proyecto de acta de liquidación del contrato que las partes suscriban, dentro del plazo legal establecido para ello, quedaría sometida a la condición suspensiva de que las partes desistan de sus demandas judiciales o, al menos, de las pretensiones de liquidación judicial incorporadas en aquellas, y que dicho desistimiento sea aceptado por el juez.

Para materializar esta solución, la Sala recomienda a las partes suspender, de común acuerdo, los procesos judiciales que se tramitan actualmente, tal como lo permite el Código General del Proceso (artículo 161, numeral 2°). Esta suspensión debería ser por un tiempo determinado que permita obtener los acuerdos bajo las directrices jurídicas señaladas en este concepto.

Aunque implique unos mayores términos para que los acuerdos surtan efectos, dado el trámite que sería requerido, la Sala considera importante también advertir que las partes podrían tener la opción de someter el acuerdo a la revisión y

aprobación del juez que conoce del proceso judicial iniciado a través del medio de control de controversias contractuales. Es importante anotar que uno de los procesos se encuentra sometido a la jurisdicción ordinaria.

La Sala ofrece mantener su asesoría y acompañamiento para que las dos entidades estatales logren solucionar definitivamente sus controversias contractuales.

2. Considerando la naturaleza y la forma de pago del contrato, y habida cuenta de la diferencia surgida entre las partes sobre su cumplimiento, ¿Es posible conciliar pagos parciales en la liquidación del contrato, en proporción al avance efectivo de cumplimiento de las obligaciones?

Sí. De acuerdo con lo explicado en las consideraciones de este concepto y en la respuesta anterior, es posible acordar y efectuar pagos parciales, correspondientes a obligaciones efectivamente ejecutadas por Fonade en desarrollo del contrato interadministrativo, inclusive si su entrega a Fontic se hizo o se hace después de vencido el plazo de ejecución de dicho contrato, con el consentimiento de esta entidad.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el contenido y la naturaleza del contrato, Fonade actuaba como un administrador de recursos, del cual se demandaba, por regla general, su mejor esfuerzo y diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y en la ejecución de sus actividades. Por consiguiente, se entiende que sus obligaciones resultaban ser de medio, con excepción de las previstas para llevar a cabo la contratación derivada. Asimismo, que la forma de pago, en la que estaba incorporada la cuota de gerencia, fue definida en atención al grado de ejecución del contrato.

3. ¿Cómo solucionar las diferencias entre las partes sobre los precios de los bienes y servicios objeto del contrato interadministrativo No. 215085/667 de 2015, y sobre la información que deben contener los documentos que sirven de soporte para verificar el cumplimiento de las obligaciones, incluida la inversión y la amortización de los anticipos de los contratistas integradores de servicios? ¿Qué mecanismos pueden utilizar las partes?

Esta pregunta se refiere a dos asuntos, que la Sala considera necesario distinguir, para dar una respuesta clara y completa, así:

3.1. En relación con la controversia relacionada con el precio de algunos de los bienes y servicios contratados por Fonade en desarrollo del contrato interadministrativo, y que Fontic considera excesivos frente a los referentes del mercado, la Sala estima que Fontic podría pagar, en forma provisional y

parcial, el valor de tales bienes y servicios, con los precios que se consideren «de mercado» para la época en la que dichos bienes o servicios debían ser adquiridos, según el contrato interadministrativo y sus anexos.

Tales precios o «referentes de mercado» podrían ser establecidos por el comité técnico y financiero mencionado en la respuesta a la primera pregunta, que se conforme, con la participación de representantes de las dos partes; o también podrían ser estimados por Fontic y aceptados por Fonade, de buena fe, con base en la información que tenga en su poder.

Lo anterior sin perjuicio de que las partes establezcan precios totales o definitivos, dentro de las opciones planteadas en este concepto.

- 3.2. Sobre la controversia relacionada con la forma como debe acreditarse la debida ejecución de las obligaciones por parte de Fonade, incluyendo la amortización de los anticipos pagados por esta entidad a los contratistas derivados, con el fin de realizar los pagos que Fontic no ha efectuado, conforme a lo pactado en las cláusulas quinta y sexta del contrato interadministrativo, principalmente, la Sala considera que, dado que el citado contrato no se encuentra vigente y, por lo tanto, no rige actualmente lo pactado en la cláusula sexta, en cuanto a la periodicidad, las fechas estimadas, los requisitos formales y el procedimiento para hacer los pagos convenidos, lo que debería establecerse técnicamente, con miras a un eventual arreglo que incorpore la liquidación del contrato, es el valor total de las obligaciones efectivamente cumplidas por Fonade, en desarrollo del contrato interadministrativo, junto con el monto de aquellas obligaciones que hayan sido ejecutadas por Fonade y recibidas por Fontic después del plazo señalado, o que esta última entidad esté dispuesta a recibir.

Una vez establecida dicha suma, podría determinarse, a su vez, la cifra adicional que Fontic debería pagar a Fonade, por este concepto; o, por el contrario, la suma que Fonade debería reintegrar a Fontic, partiendo de los recursos que este le entregó efectivamente a su contraparte para la ejecución del proyecto, durante la vigencia del contrato interadministrativo de gerencia de proyectos.

4. *¿Es posible realizar el pago de los bienes y servicios sobre los cuales no existe diferencia entre las partes en cuanto al monto del valor de los bienes y servicios objeto del contrato interadministrativo No. 215085 /667 de 2015?*

Sí. Es posible que Fontic efectúe el pago de tales bienes y servicios en los términos y las consideraciones señaladas en este concepto.

5. *¿De acuerdo con la naturaleza del contrato y plexo obligacional del mismo, cuál sería el alcance de las obligaciones de supervisión del FonTIC, en cuanto a la amortización e inversión de los recursos entregados por FONADE en calidad de anticipo a su contratación derivada?*

De acuerdo con lo expuesto en este concepto, la supervisión de la ejecución de las actividades y obligaciones surgidas de dicho acuerdo debía realizarse en dos niveles, con los siguientes componentes:

- a. La supervisión de la ejecución del contrato interadministrativo, en sí mismo, estaba a cargo de Fontic, por intermedio del funcionario designado para tal fin (adscrito a la Dirección de Conectividad de dicha entidad).
- b. La supervisión o vigilancia de la ejecución de los contratos derivados (incluyendo el de interventoría) y de los contratos con otras entidades públicas, que Fonade suscribió o debía suscribir, estaba a cargo de dicha entidad, y debía ejercerse: *i)* directamente, a través del funcionario (o contratista) que decidiera asignar para tal fin, y *ii)* por intermedio de la persona jurídica que fuera contratada por Fonade como *interventor*, quien tenía la obligación de efectuar la interventoría de todos los contratos mencionados, en sus aspectos técnicos, administrativos, jurídicos, sociales, financieros, ambientales y *de apropiación*.

Ahora bien, en cuanto al alcance de la supervisión que Fontic debía hacer sobre la ejecución del contrato interadministrativo con Fonade, esta función se regía, de un lado, por lo estipulado expresamente en el contrato y en los documentos que forman parte del mismo, especialmente el de «lineamientos generales» (*Marco general del proyecto Puntos Vive Digital Fase 3*, de octubre 2015), y de otro lado, por lo dispuesto en la ley.

Conforme a dichas cláusulas y normas legales, la obligación de supervisión contractual a cargo de Fontic incluía la de verificar que los recursos entregados por dicha entidad a Fonade se destinaran efectiva y exclusivamente a la ejecución de las actividades y obligaciones contractuales que estaban en cabeza de esta última entidad, teniendo en cuenta en todo caso el contenido y la naturaleza de las obligaciones de Fonade pactadas en el contrato de gerencia de proyectos.

A juicio de la Sala, lo anterior involucraba, a su vez, verificar que los recursos dados por Fontic a Fonade para la ejecución del proyecto (es decir, sin incluir la cuota de gerencia) y que luego eran entregados por este a los contratistas derivados, a título de anticipo, se hubieran amortizado efectivamente, es decir, quedarán representados en bienes o servicios entregados por dichos contratistas a Fonade, dentro del objeto y en las condiciones previstas en el contrato interadministrativo y en sus documentos anexos.

La obligación de verificar la debida amortización de los anticipos pagados por Fonade a los contratistas derivados era una actividad que correspondía, en primera instancia, a dicha entidad, en desarrollo de la supervisión y de la interventoría que debía realizar (en este último caso, por conducto del interventor) sobre la ejecución de los respectivos contratos. No obstante, el supervisor del contrato interadministrativo (Fontic), en ejercicio de sus facultades legales y contractuales, podía solicitar informes, documentos, inspecciones y pruebas adicionales que permitieran determinar la debida ejecución del contrato.

6. *¿Es jurídicamente viable que el FonTIC proceda a realizar al pago total o parcial de la cuota de Gerencia pactada en el contrato, habida cuenta de la diferencia surgida entre las partes sobre su cumplimiento?*

Sí. Es jurídicamente viable que Fontic pague a Fonade la «cuota de gerencia» estipulada en el contrato, total o parcialmente, en proporción al nivel, grado o porcentaje de cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales que estaban a cargo de Fonade, por las razones que se explican en este concepto.

7. *¿Considerando las obligaciones respecto del Sistema de Administración y Control, adquiridas por FONADE, sería viable jurídicamente que el FonTIC proceda a recibir el Sistema de Administración y Control, habida cuenta de la diferencia surgida entre las partes sobre el cumplimiento de dichas obligaciones?*

8. *¿Considerando las obligaciones respecto del Sistema de Información de la Interventoría, resultaría jurídicamente viable que el FonTIC proceda a recibir, en el estado actual, el sistema de información de la Interventoría, habida cuenta de la diferencia surgida entre las partes sobre el cumplimiento de dichas obligaciones?*

En relación con estas dos preguntas, la Sala recomienda que Fontic podría recibir tanto el Sistema de Administración y Control (SAC) como el sistema de información utilizado por la interventoría, ya sea para sí mismo o bien para las entidades territoriales y demás entidades públicas beneficiarias de los PVD. Para tal efecto, se deberá tener en cuenta que los bienes y servicios realmente atiendan al fin del contrato, esto es, la satisfacción de las necesidades de servicio público requeridas, y que las partes determinen el valor razonable, adecuado y proporcional de estos sistemas, según el estado en el que se encuentren.

Remítase a la ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al director del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, a la gerente general de la Empresa Nacional Promotora de Desarrollo Territorial, a la gerente

del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala