

LAUDO ARBITRAL
Bogotá D.C. 08/02/17

LAUDO ARBITRAL

08/02/2017

Tribunal Arbitral

TRIBUNAL ARBITRAL CONSORCIO INTERALIMENTOS CONTRA ICBF

Tabla de contenido

I. ANTECEDENTES	3
1. Las Partes	3
2. La solicitud de convocatoria y el Pacto Arbitral	4
3. Convocatoria del Tribunal y designación de Árbitros y Secretaria. Instalación del Tribunal, Audiencia de Conciliación y Fijación de Honorarios y Gastos del Tribunal.....	4
4. Primera Audiencia de Trámite. Trámite aplicable al Proceso. Decreto de Pruebas.....	6
5. Las Pruebas decretadas y practicadas	6
6. Cierre de la instrucción y Alegatos de Conclusión	8
6.1. Mediante Auto No. 16 del 8 de Septiembre de 2016, el Tribunal fijó el 19 de Octubre de 2016 como fecha para llevar a cabo la Audiencia de alegatos de conclusión.	8
6.2. En tal fecha el Tribunal mediante Auto No. 18 dispuso el cierre probatorio y a continuación las Partes presentaron sus alegaciones orales y la parte demandante entregó los Alegatos por escrito, así como el Agente del Ministerio Público	8
7. Audiencias del Tribunal	8
8. Término de duración del proceso	8
II. LA CONTROVERSIA: LA DEMANDA y SU CONTESTACIÓN	9
1. La Demanda presentada por CONSORCIO INTERLALIMENTOS conformado por las sociedades C & M CONSULTORES S.A., ATI INTERNACIONAL LTDA e INTERVENTORÍA SOCIAL LIMITADA.	9
2. Contestación y Excepciones	17
III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	17
1. Aspectos Procesales	17
VI. Costas.....	99
VII. PARTE RESOLUTIVA.....	100

TRIBUNAL ARBITRAL

DE:

CONSORCIO INTERALIMENTOS CONFORMADO POR LAS SOCIEDADES C&M CONSULTORES S.A., ATI INTERNACIONAL S.A.S. E INTERVENTORÍA SOCIAL S.A.S.

CONTRA:

EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, Distrito Capital, ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017). -

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del Proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

I. ANTECEDENTES

1. Las Partes

1.1. Parte Demandante:

- **CONSORCIO INTERALIMENTOS** conformado por las sociedades **C & M CONSULTORES S.A., ATI INTERNACIONAL LTDA e INTERVENTORÍA SOCIAL LIMITADA** (en adelante también el Consorcio) tal como consta en el documento de conformación suscrito por las sociedades mencionadas el 20 de agosto de 2009 y representado por el doctor **FRANCISCO JOSÉ MEDINA BARRAGÁN**, documento que obra en el expediente,¹ así como los certificados de existencia y representación legal de cada una de las sociedades.²

Para efectos del presente laudo las tres sociedades **C & M CONSULTORES S.A., ATI INTERNACIONAL LTDA e INTERVENTORÍA SOCIAL LIMITADA** integrantes del **CONSORCIO INTERALIMENTOS**, serán las Demandantes o Convocantes.

¹ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 12

² Cuaderno Principal No. 1 – Folios 54 a 62

1.2. Parte Demandada:

- **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** (en adelante también el ICBF, el Instituto, la entidad estatal, la demandada o la convocada), establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, creado mediante la Ley 75 de 1968, representado legalmente por la doctora **CRISTINA PLAZAS MICHELSEN** o quien haga sus veces.

2. La solicitud de convocatoria y el Pacto Arbitral

2.1. El 20 de febrero de 2015 la Convocante presentó ante el Centro de Arbitraje la solicitud de convocatoria de un tribunal arbitral para dirimir las diferencias existentes con el ICBF.³

2.2. Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria en la Cláusula décima séptima de los contratos 430 y 431 de 2009, cuyo contenido expresa:

“Las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración o ejecución del contrato, desarrollo, terminación o liquidación, serán sometidas a la decisión de árbitros. El arbitramento será en Derecho. Los árbitros serán tres (3). La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.”

3. Convocatoria del Tribunal y designación de Árbitros y Secretaria. Instalación del Tribunal, Audiencia de Conciliación y Fijación de Honorarios y Gastos del Tribunal.

3.1. De conformidad con la “Audiencia de designación de árbitros”⁴ que se surtió por la Juez 20 Civil del Circuito, el Centro procedió a comunicar la designación de los árbitros principales que conocerían y darían solución a las diferencias surgidas entre ellas, habiendo recaído esa designación en los abogados, **Edgar Alfredo Garzón Saboya**, **Lucy Cruz de Quiñones** y **Ernesto de Francisco Lloreda**, la que fue aceptada por los nombrados dentro del término legal, a excepción del doctor Edgar Alfredo Garzón Saboya, en consecuencia la primera suplencia fue comunicada a la doctora Laura Barrios Morales, quien aceptó dentro del término legal.

³ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 1 a 49

⁴ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 104 a 107

3.2. Previa las correspondientes citaciones, el 4 de diciembre de 2015 (Auto No.1),⁵ se llevó a cabo la Audiencia de instalación del Tribunal, oportunidad en la que el doctor **Ernesto de Francisco Lloreda** fue designado como Presidente del mismo y como Secretaria a la doctora **Patricia Zuleta García**, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.

3.3. Adicionalmente y mediante el citado Auto No.1 se estableció como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje, localizado en la Calle 67 No.8-32, piso 5º de la misma ciudad, se reconoció personería al apoderado de la convocante. Posteriormente, la sede fue trasladada a las oficinas del Centro de Arbitraje ubicadas en la Calle 76 No.11-52 de la misma ciudad.

3.4. Mediante Auto No. 2, el Tribunal se pronunció respecto de la admisión de la Demanda Inicial y, por considerar que la misma reunía los requisitos establecidos en la ley, procedió a admitirla y ordenó su notificación y correspondiente traslado a la Demandada, lo cual se surtió el 2 de febrero de 2015⁶. Adicionalmente se dio cumplimiento al artículo 612 del CGP, y en esos términos se notificó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Procuradora 136 Judicial II para Asuntos Administrativos⁷.

3.5. El 8 de abril de 2016, estando dentro de la oportunidad procesal, la Demandada presentó el siguiente memorial:

3.6. Contestación a la Demanda Inicial⁸, en la que adicionalmente formuló objeción a la estimación del valor de las pretensiones de la demandante.

3.7. Mediante Auto No. 3 del 13 de abril de 2016 (Acta No.3):⁹

3.8. El Tribunal reconoció personería jurídica al doctor Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, en su calidad de apoderado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

3.9. Tuvo por contestada en tiempo la demanda arbitral y ordenó el traslado de las excepciones de mérito y le concedió a la parte demandante el término de 5 días de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso.

⁵ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 215 a 217

⁶ Cuaderno Principal No.1 – Folio 225

⁷ Cuaderno Principal No.1 – Folios 225 a 233

⁸ Cuaderno Principal No.1 – Folios 241 a 256

⁹ Cuaderno Principal No.1 – Folios 264 a 266

3.10. El 21 de abril de 2016, el Apoderado de la Demandante radicó el siguiente documento:

3.11. Respuesta por parte de la demandante¹⁰ a las Excepciones perentorias interpuestas por la parte demandada.

3.12. El 5 de Mayo de 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación (Acta No.4), la cual, mediante Auto No.4,¹¹ fue declarada fallida.

3.13. En esa misma oportunidad, mediante Auto No.5¹², se fijaron los honorarios y gastos del Proceso, suma que fue cancelada en su totalidad y de manera oportuna por la Parte demandante al Presidente del Tribunal.

4. Primera Audiencia de Trámite. Trámite aplicable al Proceso. Decreto de Pruebas.

4.1 El 22 de junio de 2016 tuvo lugar el inicio de la Primera Audiencia de Trámite, a cuyo efecto el Tribunal se declaró competente, mediante Auto No.8,¹³ previo estudio y análisis de las controversias planteadas por las partes y a continuación decretó y ordenó la práctica de las pruebas.

5. Las Pruebas decretadas y practicadas

Mediante Auto No.10 del 22 de Junio 2016, el Tribunal procedió a tener y decretar como pruebas las aportadas y solicitadas por las Partes que consideró pertinentes y conducentes, así:

5.1. Documentales:

Tuvo como tales y las incorporó- con el mérito probatorio correspondiente a cada uno- de los documentos aportados en oportunidad legal por la Demandante, CONSORCIO INTERALIMENTOS y los documentos aportados en oportunidad legal por la Demandada ICBF, así como el CD que obra a folio 240 del Cuaderno Principal No.1.

Igualmente se incorporaron al expediente como pruebas los documentos entregados por algunos testigos en sus declaraciones o en la oportunidad indicada por el Tribunal.

¹⁰ Cuaderno Principal No.1 – Folios 273 a 274

¹¹ Cuaderno Principal No.1 – Folio 297

¹² Cuaderno Principal No.1 – Folios 298 a 310

¹³ Cuaderno Principal No.1 – Folios 315 a 325

5.2. Interrogatorios de parte y Testimonios:

Del representante legal de la sociedad C&M CONSULTORES S.A., de ATI INTERNATIONAL S.A.S.: el 11 de Junio de 2016, se practicó el Interrogatorio de Parte de la representante legal de Alfonso Medina Torres (C&M) y de Gloria Pastora Guzmán Torres (ATI), así mismo en dicha fecha se recibió el testimonio de Francisco José Medina Barragan, quien durante su declaración hizo entrega de documentos los cuales obran en el expediente a folios 345 a 352 (Acta 8).¹⁴

El 13 de julio de 2016, se recibieron las declaraciones testimoniales de Diana Carolina Pardo Contreras y la declaración de la señora Rosaura Cruz Peña en su calidad de experta de parte quien realizó el informe pericial contable y financiero, aportado por la convocante con la demanda [8. PRUEBAS, 8.1.29], que obra a folios 701 a 737 del Cuaderno de Pruebas No. 1, el cual se tuvo como prueba en su valor legal conforme al artículo 228 del CGP. (Acta No. 9).¹⁵

El 31 de agosto de 2016, se recibieron las declaraciones testimoniales de Roberto Conde Romero, Blanca Lucia Ocampo Palacio, la declaración del señor Edward Alfaro Sánchez Mosquera, en su calidad de experto de parte quien realizó el peritaje técnico y archivístico, aportado por la convocante con la demanda [8. PRUEBAS, 8.1.30], que obra a folios 751 a 779 del Cuaderno de Pruebas No. 1, el cual se tuvo como prueba en su valor legal conforme al artículo 228 del CGP, la declaración de parte Elena Amparo Rocío Gómez en su calidad de representante legal de Interventoría Social SAS (Acta No. 10).¹⁶

El experto archivístico hizo entrega previa autorización del Tribunal de un CD que obra a folio 373 del Cuaderno Principal No.1. y la representante legal dio respuesta a la pregunta que le fuera formulada por el Tribunal, la cual obra a folios 378 a 456 del Cuaderno Principal No.1.

5.3. Oficios.

Se libró el Oficio ordenado por el Tribunal al ICBF¹⁷ y se allegó la respuesta por parte del ICBF de manera parcial¹⁸, posteriormente fue requerido por el Tribunal con las advertencias de ley, y se allegó respuesta por parte del ICBF¹⁹ cuyas observaciones

¹⁴ Cuaderno Principal No.1 – Folio 331

¹⁵ Cuaderno Principal No.1 – Folios 353 a 358

¹⁶ Cuaderno Principal No.1 – Folios 364 a 370

¹⁷ Cuaderno Principal No. 1- Folios 326 a 328

¹⁸ Cuaderno Principal No.1 - Folios 457 a 496

¹⁹ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 504 a 509

por parte de la demandante como del Tribunal quedaron consignadas en el Acta No. 12.²⁰

6. Cierre de la instrucción y Alegatos de Conclusión

6.1. Mediante Auto No. 16 del 8 de Septiembre de 2016, ²¹ el Tribunal fijó el 19 de Octubre de 2016 como fecha para llevar a cabo la Audiencia de alegatos de conclusión.

6.2. En tal fecha el Tribunal mediante Auto No. 18²² dispuso el cierre probatorio y a continuación las Partes presentaron sus alegaciones orales y la parte demandante entregó los Alegatos por escrito²³, así como el Agente del Ministerio Público²⁴

7. Audiencias del Tribunal

El proceso se desarrolló en dieciséis (16) audiencias incluidas la de instalación y la de fallo.

8. Término de duración del proceso

8.1. La Primera Audiencia de trámite se llevó a cabo el 22 de junio de 2016.

8.3. En tales circunstancias, el término para concluir las actuaciones del Tribunal habría expirado el 22 de diciembre de 2016.

8.4. Sin embargo, a dicho término, por virtud del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, ²⁵ deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el Proceso estuvo suspendido por solicitud de las Partes, así:

²⁰ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 497 a 500

²¹ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 14 a 16

²² Cuaderno Principal No. 2- Folio 2

²³ Cuaderno Principal No.1- Folios 5 a 76

²⁴ Cuaderno Principal No.1 – Folios 78 a 94

²⁵ **Artículo 11.** Suspensión. El proceso se suspenderá por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en esta ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto.

Igualmente, se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea a su reemplazo.

Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días. (Subraya fuera de texto).

<u>Suspensión</u> <u>Acta-Auto</u>	<u>Providencia</u>	<u>Fecha de Suspensión</u>	<u>Días</u> <u>Hábiles</u>
Acta No. 9	Auto No.14	julio 14 a agosto 30 de 2016 (ambas fechas inclusive)	31
Acta No. 13	Auto No.19	octubre 20 a diciembre 2 de 2016 (ambas fechas inclusive)	30
Total, días hábiles que estuvo suspendido			61

8.5. En consecuencia, al sumarle los 61 días hábiles durante los cuales el Proceso estuvo suspendido, el término vence el **21 de marzo de 2017**, con lo cual la expedición del laudo es oportuna y se hace dentro del término adicionado por las partes y dentro del término de ley.

8.6. Por lo anterior, la expedición del presente laudo arbitral se hace dentro de la oportunidad legal.

9. Las Partes al finalizar el trámite arbitral hicieron las siguientes manifestaciones en audiencia:²⁶

“En este estado de la audiencia, teniendo en cuenta que ya se han practicado la totalidad de las pruebas del presente trámite arbitral, las partes de común acuerdo dejan expresa constancia de su conformidad con la actuación procesal desplegada hasta el momento, la duración transcurrida del proceso, las suspensiones solicitadas y decretadas, la forma en que las pruebas fueron practicadas y el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, todo sin perjuicio de las excepciones y alegaciones que hubieren interpuesto en su oportunidad procesal sobre aspectos específicos.”

II. LA CONTROVERSIA: LA DEMANDA y SU CONTESTACIÓN

1. La Demanda presentada por CONSORCIO INTERLALIMENTOS conformado por las sociedades C & M CONSULTORES S.A., ATI INTERNACIONAL LTDA e INTERVENTORÍA SOCIAL LIMITADA.

²⁶ Cuaderno Principal No.2 – Folio 2

1.1. La Demanda Arbitral²⁷, además de identificar a las Partes y sus lugares de notificación, señalar los fundamentos jurídicos que estima pertinentes, acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas, referirse al tipo de proceso y estimar bajo juramento la cuantía de las Pretensiones trae la versión de los hechos relevantes al Arbitraje.

1.2. Elevó la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento en los siguientes términos:

1.3. Los Hechos en 32 numerales, los dividió así:

1.3.1. **Hechos Generales:** en los cuales se describe lo relacionado con la suscripción de los Contratos 430 y 431 de 2009, su valor, su plazo, adiciones y prorrogas y el cumplimiento de obligaciones por parte del Consorcio.

1.3.2. **Hechos Particulares:** Bajo este numeral se narran las controversias jurídicas surgidas con el Instituto con ocasión de los contratos 430 y 431 de 2009 en especial las que se refieren con:

- (i) Descuentos por calidad y oportunidad
- (ii) Descuentos al contratista por actividades no ejecutadas
- (iii) Mayores costos asociadas a las labores de organización, manejo y archivo de la información documental.

Igualmente en la demanda se plantea un Capítulo denominado **“Fundamentos de Derecho de la Demanda”** teniendo en cuenta que en la misma se solicitó la nulidad parcial de las actas de liquidación unilateral practicadas por el Instituto a los contratos 430 y 431 ambos de 2009, capítulo en el cual se exponen por parte de la demandante los argumentos tanto fácticos como jurídicos que tienen como propósito desvirtuar las afirmaciones dadas por el Instituto en dichos actos administrativos, y así demostrar, según afirma en su escrito, la ilegalidad de los mismos, en el siguiente será el orden:

- (i) Falta de competencia del ICBF para realizar descuentos en los Contratos 430 y 431 de 2009 y violación del debido proceso
- (ii) Descuentos efectuados por actividades no realizadas por circunstancias no imputables al consorcio

²⁷ Cuaderno Principal No.1- Folios 1 a 49

- (iii) Mayores costos asociados a las labores de recopilación, archivo y organización de información

1.4. Apoyada en los hechos que se describen en la Demanda Arbitral (sobre los cuales se volverá en la parte considerativa del laudo) y en los medios de prueba, las Pretensiones de la demandante (declarativas y de condena) son:

“PRETENSIONES.

“4.1. Pretensiones Declarativas y de Condena Principales

“4.1.1. Primera Pretensión. Que se declare que el ICBF no tenía competencia para realizar los descuentos tanto por calidad como por oportunidad contenidos en la cláusula vigésima primera de los contratos 430 y 431 de 2009.

“4.1.2. Segunda Pretensión. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF devolver los dineros descontados al Consorcio por los conceptos de calidad y oportunidad que fueron deducidos de las facturas presentadas por éste en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en las siguientes sumas, de acuerdo con el acto de liquidación unilateral:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
<i>Descuentos por Calidad y Oportunidad</i>	\$ 106.000.186	\$ 117.000.074

“4.1.3. Tercera Pretensión. Que se declare que el ICBF no tenía competencia y por ende no podía fijar unilateralmente el valor unitario por cada tipo de visita realizada en el marco de la ejecución de los contratos 430 y 431 de 2009.

“4.1.4. Cuarta Pretensión. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF devolver los dineros descontados al Consorcio por los conceptos de hallazgo de visitas que fueron deducidos de las facturas presentadas por este en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en las siguientes sumas según el acto de liquidación unilateral, o lo que se pruebe.

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
<i>Descuentos por Hallazgos de Visitas</i>	\$ 37.554.419	\$ 7.969.458

	Contrato 430 de 2009
Bolsa de Visitas por Quejas y Reclamos No Requeridas	\$ 33.193.950

“4.1.5. Quinta Pretensión. Que se declare que el ICBF no fijó ni en los estudios previos ni en los contratos, el volumen de información que se requería organizar, manejar y archivar, violando con ello el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, limitándose simplemente a señalar el personal y la dedicación para acometer dicha labor.

“4.1.6. Sexta Pretensión. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF el reconocimiento y pago de los mayores costos en que incurrió el Consorcio en la ejecución de las labores de organización, manejo y archivo de la documentación de los contratos 430 y 431 de 2009, en los valores indicados en el peritaje de parte aportado con la demanda, así:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
Labores de Organización, Manejo y Archivo de Documentación	\$ 48.257.695,05	\$ 48.257.695,05

“4.1.7. Séptima Pretensión. Que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones 4.1.1 a 4.1.6., se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 5004 y 5199 de 2013 a través de las cuales se liquidaron unilateralmente los contratos 430 de 2009 y 431 de 2009, respectivamente, así como las Resoluciones 8466 y 8467 de 2013 que resolvieron los recursos de reposición que se interpusieron, en la medida que estas incluyeron descuentos por calidad y oportunidad, descuentos por visitas no realizadas y no reconocieron los mayores costos en que incurrió el Consorcio derivados de la organización, manejo y archivo de los documentos generados.

“4.2. Primeras Pretensiones Declarativas y de Condena Subsidiarias

4.2.1. Primera pretensión subsidiaria a la primera pretensión principal. Que se declare que el ICBF violó el principio constitucional y legal del debido proceso al momento de realizarle al Consorcio los descuentos por calidad y oportunidad en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en la medida en que omitió, como era su deber, entre otros, (i) efectuar una audiencia presidida por el ordenador del

gasto donde tanto el Contratista como su garante expusiera sus argumentos de defensa y, además, (ii) brindarles la posibilidad de presentar recurso de reposición contra la decisión adoptada.

“4.2.2. Primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión principal. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF devolver los dineros descontados al Consorcio por los conceptos de calidad y oportunidad que fueron deducidos de las facturas presentadas por el Consorcio en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en las siguientes sumas, de acuerdo con el acto de liquidación unilateral.

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
<i>Descuentos por Calidad y Oportunidad</i>	\$ 106.000.186	\$ 117.000.074

“4.2.3. Primera pretensión subsidiaria a la tercera pretensión principal. Que se declare que el comité contractual o el comité supervisor o los supervisores designados por el ordenador del gasto del ICBF, no tenían competencia para fijar el valor unitario por cada tipo de visita realizada en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009.

“4.2.4. Primera pretensión subsidiaria a la cuarta pretensión principal. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se acoja por parte del H. Tribunal de Arbitramento la estimación contenida en el peritaje de parte aportado en la demanda en relación con el valor unitario por cada uno de los tipos de visita que no pudieron ser realizadas por causas ajenas al Consorcio u objetadas por el ICBF y la diferencia entre el resultado arrojado por el ejercicio financiero efectuado por el perito y lo descontado por el ICBF, le sea devuelto al Consorcio, así:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
<i>Descuentos por Hallazgos de Visitas</i>	\$ 23.051.857	\$ 1.125.781

“4.2.5. Primera pretensión subsidiaria a la quinta pretensión principal. Que se declare que el ICBF se enriqueció injustamente o sin causa como consecuencia de no haber sufragado en forma completa e integral los mayores valores en que tuvo que asumir el Consorcio como consecuencia de la ejecución de las labores

de organización, manejo y archivo de documentación en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, de acuerdo con el informe pericial que hace parte de esta demanda.

“4.2.6. Primera pretensión subsidiaria a la sexta pretensión principal. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF el reconocimiento y pago de los mayores costos en que incurrió el Consorcio en la ejecución de las labores de organización, manejo y archivo de la documentación de los contratos 430 y 431 de 2009, en los valores indicados en el peritaje de parte aportado con la demanda.

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
Labores de Organización, Manejo y Archivo de Documentación	\$ 48.257.695,05	\$ 48.257.695,05

“4.2.7. Primera pretensión subsidiaria a la séptima pretensión principal. Que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones subsidiarias 4.2.1 a 4.2.6., se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 5004 y 5199 de 2013 a través de las cuales se liquidaron unilateralmente los contratos 430 de 2009 y 431 de 2009, respectivamente, así como las Resoluciones 8466 y 8467 de 2013 que resolvieron los recursos de reposición que se interpusieron, en la medida que estas incluyeron descuentos por calidad y oportunidad, descuentos por visitas no realizadas y no reconocieron los mayores costos en que incurrió el Consorcio derivados de la organización, manejo y archivo de los documentos generados.

“4.3. Segundas Pretensiones Declarativas y de Condena Subsidiarias

“4.3.1. Segunda pretensión subsidiaria a la pretensión primera principal y a la primera pretensión subsidiaria a la primera principal. Que se declare que los descuentos establecidos por el ICBF en la cláusula vigésima primera de los contratos 430 y 431 de 2009 tienen la naturaleza jurídica de sanciones y por ende debían ser impuestos previa realización de un debido proceso a través de acto administrativo y únicamente por el ordenador del gasto y que por tanto se incumplió los contratos y/o violó el principio de legalidad y debido proceso del Consorcio, al haberle practicado el ICBF descuentos a sus facturas por los conceptos de oportunidad y calidad sin el cumplimiento y observancia de estos principios.

“4.3.2. Segunda pretensión subsidiaria a la segunda principal y a la primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión principal. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF devolver los dineros descontados al Consorcio por los conceptos de calidad y oportunidad que fueron deducidos de las facturas presentadas por el Consorcio en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en las siguientes sumas de acuerdo con el acto de liquidación unilateral:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
<i>Descuentos por Calidad y Oportunidad</i>	\$ 106.000.186	\$ 117.000.074

“4.3.3. Segunda pretensión subsidiaria a la tercera principal y a la primera pretensión subsidiaria a la tercera pretensión principal. Que se declare que el ICBF modificó unilateralmente los contratos 430 y 431 de 2009 sin estar facultado para ello de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, incluyendo un valor unitario por cada tipo de visita a realizar en el marco de los mencionados contratos, violando así los derechos del Consorcio al imponerle unos valores unitarios y descontarlos de sus pagos.

“4.3.4. Segunda pretensión subsidiaria a la cuarta principal y a la primera pretensión subsidiaria a la cuarta pretensión principal. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se acoja por parte del H. Tribunal de Arbitramento la estimación contenida en el peritaje de parte aportado en relación con el valor unitario por cada uno de los tipos de visita que no pudieron ser realizadas por causas ajenas al Consorcio y la diferencia entre el resultado arrojado por el ejercicio financiero efectuado por el perito y lo descontado por el ICBF, le sea devuelto al Consorcio, así:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
<i>Descuentos por Hallazgos de Visitas</i>	\$ 23.051.857	\$ 1.125.781

“4.3.5. Segunda pretensión subsidiaria a la quinta principal y a la primera pretensión subsidiaria a la quinta pretensión principal. Que se declare que el ICBF no alertó a los proponentes y en especial al Consorcio sobre la necesidad de atender los requerimientos de la Contraloría General de la República referente con la utilización del formato “control de entrega de raciones preparadas y para preparar y bienestarina a beneficiarios” y por ende no modificó el pliego de

condiciones del concurso de méritos CM-002-2009 a través de adenda, lo cual provocó que el Consorcio no pudiera incluir dentro de su propuesta los costos que la exigencia de la Contraloría General de la República implicó en lo concerniente a la organización, manejo y archivo de la documentación de los contratos 430 y 431 de 2009.

“4.3.6. Segunda pretensión subsidiaria a la sexta principal y a la primera pretensión subsidiaria a la sexta pretensión principal. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF el reconocimiento y pago de los mayores costos en que incurrió el Consorcio en la ejecución de las labores de organización, manejo y archivo de la documentación de los contratos 430 y 431 de 2009, en los valores indicados en el peritaje de parte aportado con la demanda.

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
Labores de Organización, Manejo y Archivo de Documentación	\$ 48.257.695,05	\$ 48.257.695,05

“4.3.7. Segunda pretensión subsidiaria a la séptima principal y a la primera pretensión subsidiaria a la séptima pretensión principal. Que como consecuencia de prosperidad de cualquiera de las pretensiones 4.3.1 a 4.3.6., se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 5004 y 5199 de 2013 a través de las cuales se liquidaron unilateralmente los contratos 430 de 2009 y 431 de 2009, respectivamente, así como las Resoluciones 8466 y 8467 de 2013 que resolvieron los recursos de reposición que se interpusieron, en la medida que estas incluyeron descuentos por calidad y oportunidad, descuentos por visitas no realizadas y no reconocieron los mayores costos en que incurrió el Consorcio derivados de la organización, manejo y archivo de los documentos generados.

“4.4. Declaraciones Comunes a todas las pretensiones tanto principales como subsidiarias

“4.4.1. Que se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- al pago de las sumas anteriormente indicadas en los numerales 4.4.1 a 4.4.3. debidamente actualizadas de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor –IPC- y se les aplique la máxima tasa de interés desde el momento en que debieron ser pagadas hasta cuando efectivamente se entreguen al Consorcio.

“4.4.2. Que se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- al pago de las costas y agencias en derecho.”

2. Contestación y Excepciones

2.1. En la Contestación a la demanda arbitral por parte del ICBF se procedió como sigue²⁸:

2.1.1. Se opuso a todas y cada de las Pretensiones de la demandante.

2.1.2. Propuso y explicó los fundamentos fácticos y jurídicos de las siguientes Excepciones en el Capítulo III²⁹

- **Legalidad de las actuaciones del ICBF**
- **Mala fe del demandante**
- **No se presentó enriquecimiento sin causa**
- **Excepción genérica**

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Aspectos Procesales

Previo al análisis de fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que encuentra debidamente establecidos los presupuestos para proferir el Laudo arbitral y no observa circunstancia alguna que pudiera ser constitutiva de nulidad y que amerite retrotraer la actuación surtida.

En efecto:

1.1. De conformidad con los certificados de existencia y representación legal acompañados por las partes al Arbitraje, tanto ATI INTERNACIONAL SAS, INTERVENTORÍA SOCIAL SAS como C & M CONSULTORES SA son personas jurídicas legalmente constituidas y representadas.

1.2. EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, representado legalmente por la doctora Cristina Plazas Michelsen, como se acreditó en el proceso.

²⁸ Cuaderno Principal No.1 – Folios 241 a 256

²⁹ Cuaderno Principal No.1 – Folios 247 a 254

1.3. Las partes actuaron por conducto de apoderados debidamente autorizados y reconocidos por el Tribunal como tales.

El Tribunal constató que:

1.4. Había sido integrado e instalado en debida forma;

1.5. Las Partes eran plenamente capaces y estaban debidamente representadas;

1.6. La parte demandante pagó oportunamente las sumas que le correspondía a ambas partes, tanto por concepto de gastos del Arbitraje, como por concepto de honorarios de los Árbitros y de la Secretaria;

1.7. El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.

1.8. El Tribunal asumió competencia mediante Auto No.8 del 22 de junio de 2016 y sobre este aspecto realizó las consideraciones adicionales que quedaron expuestas así.

“Al tenor del artículo 1º, inciso primero, de la Ley 1563 de 2012, el arbitramento es “un mecanismo alternativo de solución de controversias mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

Por el “Pacto Arbitral”, “las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”, y su celebración “implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces” (art. 3, Ley 1563 de 2012), vale decir, las partes, con apoyo en la Constitución Política³⁰ y en la ley, voluntariamente sustraen de la jurisdicción común el juzgamiento de ciertas controversias, presentes y actuales en el compromiso, o hipotéticas, potenciales e inminentes en la cláusula compromisoria³¹, y las someten a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por uno o varios árbitros, quienes, investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, las definen profiriendo un laudo en derecho o en equidad, en este caso será en derecho por disposición de las partes.

La eficacia del pacto arbitral presupone, a más de la capacidad de las partes, de la legitimación dispositiva y de la idoneidad del objeto, un “conflicto de carácter

³⁰ Constitución Política, artículo 116, inciso tercero.

³¹ Con arreglo al artículo 4º. De la Ley 1563 de 2012: “cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él”.

transigible”, es decir, una diferencia respecto de una relación o situación jurídica concreta, susceptible de transacción y, por lo general, lo son las de contenido particular, económico y patrimonial.

Al examinar las pretensiones formuladas en el presente proceso, encuentra el Tribunal que las mismas, además de ser susceptibles de transacción, se encuentran dentro del alcance del pacto arbitral, por lo cual es procedente su conocimiento y decisión en este proceso arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, encuentra el Tribunal pertinente analizar con más detalle el tema de su competencia toda vez que lo que acá se discute tiene relación directa con los actos administrativos, más exactamente de las Resoluciones 5004 y 5199 de 2013 mediante las cuales el ICBF liquidó unilateralmente los Contratos 430 y 431 de 2009, así como de las Resoluciones 8466 y 8467 de 2013 que resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra las primeras resoluciones arriba mencionadas.

*Para lo anterior, es preciso referirse a la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien en sentencia de marzo de 2008 sostuvo que los árbitros no son competentes para pronunciarse respecto a actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades exorbitantes, **pero sí sobre aquellos que no provengan del ejercicio de dichas facultades excepcionales.**³²*

Frente a las facultades excepcionales, en providencia proferida en junio de 2009, al pronunciarse sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000, mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado expresó lo siguiente: “(...) al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte

³² Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2008, expediente 36.644.

Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión”³³.

Posteriormente, la jurisprudencia ha reiterado la competencia de los Tribunales de Arbitramento para decidir sobre la validez de cualquier acto administrativo contractual, diferente a los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993³⁴

Cabe anotar que en este caso nos encontramos frente a la liquidación unilateral de los contratos 430 y 431 de 2009, actos no previstos como actos administrativos expedidos bajo facultades excepcionales según lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

En cuanto a la liquidación unilateral de los contratos, la Sección Tercera del Consejo de Estado dispuso lo siguiente:

“el acto de liquidación de los contratos, aún en los eventos en que ésta se hace en forma unilateral por parte de la administración pública, tiene una composición o contenido diverso o plural, y no exclusivamente unilateral o fruto del ejercicio de autoridad, porque, bien puede suceder, y es lo usual o más frecuente, que contenga puntos o aspectos producto del acuerdo de las partes contratantes, u otros que expresen la decisión de la administración de reconocer o negar la existencia de obligaciones jurídicas como consecuencia de peticiones o reclamos del particular contratista, pero, que no entrañan ni constituyen el ejercicio de una prerrogativa o autoridad propia y exclusiva del poder público en uso de función administrativa, sino, simplemente, la voluntad de la entidad estatal contratante de reconocer, asumir o negar una determinada prestación frente al particular contratista, en la misma forma en que se desarrollan las relaciones contractuales entre particulares, respecto de las cuales, frente al disenso o inconformidad que pudiera tener la parte afectada con tal decisión, bien puede ésta acudir al juez contencioso o al arbitral para que dirima la controversia existente sobre dicho aspecto.”³⁵

³³ Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de junio de 2009, expediente 36.252.

³⁴ Sentencia Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Sala Plena - abril 18 de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 17859

Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de julio de 2015, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 41.578 y Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2016, expediente 35765.

³⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de julio de 2002, expediente 19.333.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal considera que es competente para conocer y decidir en derecho las controversias de que da cuenta la demanda presentada por el Consorcio, toda vez que la liquidación unilateral del contrato no es un acto administrativo proferido en ejercicio de facultades excepcionales”.

1.9. Consideraciones sobre Caducidad

Considerando que el apoderado del ICBF planteó en sus alegatos de conclusión como excepción de mérito la caducidad, este Tribunal se siente en la obligación de estudiar dicho planteamiento y dar respuesta a lo que en derecho corresponda y lo hace de la siguiente manera:

Afirma la convocada que la oportunidad para presentar una demanda, por parte de la Convocante, había caducado al 20 de febrero de 2015, fecha en la cual fue radicada la demanda en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Para sustentar su afirmación el ICBF argumenta, que de acuerdo con lo establecido en la Ley para la liquidación de los contratos ésta se debe realizar de manera bilateral dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de terminación del contrato (31.10.2010), es decir, el 28.02.2011, de no ser posible la liquidación bilateral ésta deberá realizarse en forma unilateral por la entidad contratante dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del término anterior (30.04.2011).

En consecuencia, dice el apoderado del ICBF, considerando que entre la fecha de presentación de la demanda y la fecha del 30.04.2011 hay más de 2 años, la oportunidad para presentar la demanda está caducada. Al respecto considera el Tribunal que cuando nos encontramos en presencia de contratos que requieren de la liquidación, el término para poder ejercer la acción judicial se cuenta, según su caso:

1. Si se liquida el contrato. Esta liquidación puede ser bilateral o unilateral:

- La bilateral podrá hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato, y en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación.
- La unilateral se realizará cuando el acuerdo de liquidación se frustre, dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo en forma bilateral.

2. En todo caso si la Administración no liquida el contrato dentro de ese término habrá que tener en cuenta dos aspectos:

- Si el contratista no acude al juez para solicitar la liquidación judicial, la Administración podrá liquidarlo unilateralmente hasta el día anterior al que transcurran dos años contados a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar; o
- Si el contratista acude al juez, la Administración podrá liquidar unilateralmente hasta el día anterior al que le sea notificado el auto admisorio de la demanda.

Ahora bien, es pertinente precisar cuándo empieza a contar el término de caducidad de la acción que establece la norma.

La ley 1437 de 2011 para estos efectos estableció en el artículo 164 numeral 2 literal j) ordinal iv) lo siguiente:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

“2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

“j. En las relativas a contratos el termino para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

“(…) En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

*iv) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, **desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe**”; (negrilla fuera de texto)*

En el caso concreto las resoluciones que aprobaron las liquidaciones unilaterales de los contratos 430 y 431 fueron las 5004 y 5119 de 2013, respectivamente, las cuales fueron recurridas por la parte convocante resolviéndose el recurso mediante las resoluciones 8466 y 8467 el día 25 de septiembre de 2013, como contra estas resoluciones no procedía recurso alguno, habiendo sido notificadas el 7 de octubre de 2013 ³⁶ quedaron debidamente ejecutoriadas.

³⁶ Folio 240 del Cuaderno principal

La norma establece que el plazo se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe, es decir, a partir del 7 de octubre de 2013 comienza a correr el término de 2 años para determinar su caducidad, claramente se deduce que la fecha de presentación de la demanda, 20 de febrero de 2015, se encuentra dentro del término legal, en consecuencia, el cargo de mérito propuesto por el ICBF no prospera y en consecuencia se negará la correspondiente excepción.

2. Descuentos por calidad y oportunidad

2.1. Posición de las partes y del Ministerio Público

Frente al tema de los descuentos por calidad y oportunidad, formula la parte convocante en la demanda las siguientes Pretensiones Principales:

“Primera Pretensión. Que se declare que el ICBF no tenía competencia para realizar los descuentos tanto por calidad como por oportunidad contenidos en la cláusula vigésima primera de los contratos 430 y 431 de 2009”.

4.1.2. Segunda Pretensión. Que, como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF devolver los dineros descontados al Consorcio por los conceptos de calidad y oportunidad que fueron deducidos de las facturas presentadas por este en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en las siguientes sumas, de acuerdo con el acto de liquidación unilateral:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
<i>Descuentos por Calidad y Oportunidad</i>	\$ 106.000.186	\$ 117.000.074

(...)

Para fundamentar sus pretensiones, la parte convocante manifiesta que el ICBF transgredió el principio de legalidad, violó el principio del debido proceso y aplicó los descuentos sin la competencia requerida.

Según la convocante, los descuentos aplicados por el ICBF eran sanciones por lo que debía aplicarse la Ley 1150 de 2007 y seguir el procedimiento paso a paso, es decir, *“la realización de una audiencia, la expedición de un acto administrativo y la concesión del recurso de reposición”*³⁷.

³⁷ Alegatos de conclusión presentados por la convocante. Folios 5 a 76 del Cuaderno Principal No.2

Igualmente manifiesta la convocante que el supervisor del contrato no tenía competencia para realizar los descuentos pues era el ordenador del gasto quien estaba facultado para hacerlo a través de un acto administrativo. Así mismo, considera, que el ICBF violó el principio de legalidad pues no estaba facultado legalmente para imponer sanciones, pues no basta con que el contrato lo faculte, precisando que los descuentos estipulados en el contrato no son otra cosa que sanciones.

Por otra parte, argumenta que no se definieron los criterios de oportunidad y calidad por lo que quedó *“a criterio del funcionario de turno la aplicación de tales conceptos”*³⁸

Por su parte, la convocada en la contestación de la demanda argumentó que los descuentos tuvieron como fundamento el que el Consorcio no cumpliera *“con los niveles requeridos por el servicio”*³⁹ y señaló que la *“estipulación contractual no implica necesariamente una sanción que requiera el agotamiento del procedimiento que el contratista echa de menos”*⁴⁰.

El apoderado del ICBF en los alegatos de conclusión señaló que el supervisor del contrato está expresamente facultado para realizar los descuentos y planteó que de no tener facultades para aplicar los descuentos tampoco las tendría para efectuar los pagos realizados.

En cuanto a los conceptos de oportunidad y calidad señaló que son claros pues la oportunidad se refiere a tiempos y calidad a que la información suministrada fuera completa y clara para cumplir con el objeto del contrato

Finalmente, el Ministerio Público en sus alegaciones conceptuó que el ICBF está facultado para practicar los descuentos por calidad y oportunidad con fundamento en la cláusula 21 del Contrato mediante la cual las partes acordaron dichos descuentos. Así mismo recalcó que el contrato es generador de obligaciones y ley para las partes, quienes en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad pactaron de común acuerdo dichos descuentos.

En cuanto a los conceptos de calidad y oportunidad consideró que no requieren de definiciones específicas.

³⁸ Alegatos de conclusión presentados por la convocada. Folio 77 Cuaderno Principal No.2

³⁹ Contestación de la demanda. Folio 244 Cuaderno Principal No.2

⁴⁰ Contestación de la demanda. Folio 245 Cuaderno Principal No.2

Frente a la aplicación del principio del debido proceso señaló que no hay duda en cuanto a que éste debe ser aplicado, pero no con la rigurosidad que debe hacerse en los casos que afecten derechos fundamentales. Frente a la competencia de los supervisores del contrato estuvo de acuerdo con el ICBF respecto a que ellos tienen expresas facultades para practicar estos descuentos.

2.2. Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, considera el Tribunal necesario remitirse al marco jurídico bajo el cual las partes suscribieron los Contratos 430 y 431 de 2009.

Al ser el ICBF una entidad estatal, su marco regulatorio es la Ley 80 de 1993 que establece el régimen de contratación estatal.

El artículo 13 de dicha Ley dispone que *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”*

Por su parte los artículos 32 y 40 señalan lo siguiente:

*“**Artículo 32.** De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”* (Subraya fuera de texto)

*“**Artículo 40°.-** Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

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

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

De las normas arriba transcritas se concluye que uno de los principios básicos aplicables a la contratación administrativa es el de la autonomía de la voluntad. Es así

como las partes, aun cuando una de ellas sea una entidad pública, pueden en aplicación de este principio, fijar las estipulaciones contractuales en el marco de las disposiciones comerciales y civiles pertinentes y pactar las cláusulas del contrato en desarrollo de su autonomía de la voluntad, siempre y cuando no sean contrarias a normas imperativas y al orden público.

En cuanto al contenido del contrato, para el Tribunal es claro que debe ceñirse a los pliegos de condiciones los cuales deben ser socializados y discutidos con los posibles contratantes.

Para el caso en estudio y frente al tema particular de los descuentos por calidad y oportunidad, el Tribunal constata que el tema quedó incluido en el Pliego de Condiciones en las páginas 40 a 43. Así mismo, obra en el expediente prueba de la socialización del proyecto del pliego, del contrato y sus adendas, así como de la participación de los integrantes del Consorcio Interalmimentos quienes presentaron observaciones al pre-pliego y al pliego y que fueron atendidas por el ICBF⁴¹. Es así como a partir de una observación presentada por Interventoría Social se incluye una Nota frente a la no aplicación de descuento cuando el contratista haya agotado las instancias para cumplir la obligación y tenga prueba de ello⁴² y con respecto a una observación enviada por ATI Internacional Ltda. el ICBF aclara que en el Adendo No. 1 de fecha 19 de agosto de 2009 se realizaron algunos ajustes al tema de descuentos por niveles de calidad y oportunidad y señala que *“para comprender los responsables, los tiempos los insumos y verificación sugeridos por el instituto para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, remítase a la matriz metodológica para cada uno de los programas objeto de la interventoría, relacionadas en el anexo No. 13 de los pliegos de condiciones definitivos”*⁴³

En este punto es importante también tener de presente la declaración rendida por el señor Alfonso Medina Torres, Representante legal de C&M Constructores quien manifestó lo siguiente⁴⁴:

*DR. BARACALDO: **Pregunta No. 2.** ¿Conoció usted la etapa precontractual de los contratos que les fueron adjudicados y que acabo de nombrar, 430 y 431?*

SR. MEDINA: Sí la conocí.

⁴¹ Cuaderno Principal No.1 – Folios 380 a 456

⁴² Cuaderno Principal No. 1 – Folios 398 (reverso) y 399

⁴³ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 449 y reverso

⁴⁴ Cuaderno Testimonio – Folios 5 y 5v

*DR. BARACALDO: **Pregunta No. 3.** ¿En su calidad de interviniente en el Consorcio que fue adjudicatario de los contratos 430 y 431, presentaron observaciones en la etapa precontractual?*

SR. MEDINA: No solamente nosotros hicimos observaciones, sino muchos de los interesados en el proceso lo hicieron y en temas que fueron comunes, para nosotros la respuesta que la entidad dio eran suficientes como para entender cuál era la posición de la entidad frente a esos temas.

*DR. BARACALDO: **Pregunta No. 4.** ¿Conoció usted personalmente el contenido del contrato previo a la suscripción del mismo una vez había agotado la etapa precontractual en la cual resultaron adjudicatarios?*

SR. MEDINA: Sí lo conocí.

*DR. BARACALDO: **Pregunta No. 5.** ¿Presentaron alguna observación a la suscripción de ese contrato?*

SR. MEDINA: En el momento en que se suscribió no había opción de presentar observación alguna porque para todos es absolutamente claro que en los procesos de contratación que adelantan las entidades del estado, la posición del interesado o del contratista es absolutamente subordinada, en términos de que esa fase de construcción colectiva del pliego no resulta un ejercicio en donde en últimas instancias lo que uno observe tenga la recepción de la entidad porque en ese proceso que previó al desarrollo de los contratos.

Lo que se dio fueron respuestas tajantes y contundentes en el sentido de que la entidad lo tomaba así y para quienes estamos en la actividad de la contratación como colaboradores de la administración, la decisión no puede ser que yo vaya a entrar a ejecutar un contrato ya con posibles descuentos o incumplimientos porque esa no es la línea nuestra, voy a entrar a ejecutar un contrato para cumplirlo,

Otra cosa es que en el desarrollo de la ejecución surjan entendimientos, interpretaciones y haya acciones de hecho en las cuales nos quedamos nosotros bajo esa subordinación que nos impone la entidad contratante.”

De lo anterior concluye el Tribunal que los integrantes del Consorcio Interalmimentos conocieron plenamente el pliego de condiciones, participaron en el proceso de discusión y suscribieron con pleno conocimiento los contratos 430 y 431 de 2009. Cabe anotar que los particulares que celebran contratos con entidades estatales tienen la plena autonomía para decidir si contratan o no.

Bajo estos términos las partes pactaron la Cláusula Vigésima Primera que dispone lo siguiente:

“DESCUENTOS POR NIVELES DE CALIDAD Y OPORTUNIDAD. Se efectuarán descuentos de los pagos pactados por falta de calidad y oportunidad de la interventoría. Los descuentos a que hace referencia este numeral podrán aplicarse cuantas veces el contratista incumpla con los niveles de calidad y oportunidad exigidos, sin perjuicios de que la Entidad opte por la declaratoria del incumplimiento parcial o total e inicie el respectivo trámite para la imposición de multa, cláusula penal, o cláusulas excepcionales, etc. Los descuentos a que hace referencia el presente numeral, se describen en la siguiente tabla:

(...)”

Es claro entonces que el Consorcio Interalimentos y el ICBF estaban facultados para pactar los descuentos de que trata la cláusula arriba transcrita en desarrollo de la autonomía de la voluntad. Al haber sido válidamente pactada por las partes, la cláusula Vigésima Primera se convierte en ley para las partes y debe ser aplicada y respetada por ellas.

Es preciso en este punto hacer mención al artículo 1602 del Código Civil que dispone que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Es así como el ICBF, en cumplimiento de la cláusula Vigésima Primera de los contratos podía aplicar los descuentos estipulados cuando se presentarían incumplimientos por parte del contratista en cuanto a los niveles de calidad y oportunidad exigidos, sin perjuicio de que el ICBF optara por declarar un incumplimiento parcial o total e iniciara el trámite para imponer multas, cláusula penal o cláusulas excepcionales.

Entiende entonces el Tribunal que la misma cláusula pactada por las partes hace una diferencia entre esta clase de descuentos, las multas y la cláusula penal. De la lectura de la Cláusula Vigésima Primera del contrato el Tribunal concluye que el ICBF podía aplicar los descuentos taxativamente acordados por las partes para los casos específicos de incumplir con los niveles de calidad y oportunidad, pero adicionalmente podía también declarar el incumplimiento parcial o total de las obligaciones del contrato y como consecuencia aplicar multas, cláusula penal o cláusulas exorbitantes. Si bien los contratos fueron pactados a precio global fijo, las partes acordaron que, frente a incumplimientos en los niveles de calidad y oportunidad, dicho precio sería descontado sin perjuicio de las posibles multas que pudiera aplicar el ICBF por incumplimientos parciales o totales del contrato.

Ahora bien, es posible que el contratista incumpliera con ciertos niveles de calidad y oportunidad según lo pactado, pero que esto no afectara el cumplimiento general del contrato.

Con respecto a este asunto, el señor Roberto Conde al rendir testimonio manifestó⁴⁵:

“DR. HADAD: De 2011. 9 Meses después de terminados los contratos, que el Consorcio Interlimentos respecto de los contratos 430 y 431 “cumplió a satisfacción el objeto y las obligaciones pactadas en la minuta contractual”, ahí está citado. ¿Qué connotación le dio a la expresión satisfacción del objeto y de las obligaciones allí pactadas, más aún si se tiene en cuenta que el comité de supervisión aprobó descuentos por faltas a la calidad y oportunidad del trabajo desarrollado por la interventoría?

SR. CONDE: Hay una situación ahí que debe ser clara, lo primero es que la obligación del supervisor del contrato es hacer cumplir el objeto y las obligaciones contractuales, y el objeto como tal, las visitas, fueron cumplidas con algunas menores situaciones que se presentaron por oportunidad y calidad pero que en su momento o se hicieron descuentos o fueron subsanadas por la supervisión del contrato, pero el objeto se cumplió, pero no quiere decir que efectivamente dentro de su desarrollo hubo algunas situaciones de las cuales el ICBF tuvo que haber hecho unos descuentos por oportunidad y calidad porque no podía pagar lo no debido”

De los documentos aportados al proceso se tiene lo siguiente:

Certificación suscrita el 14 de octubre de 2010 por el jefe de la oficina de aseguramiento a la calidad y el subdirector de articulación nacional del sistema nacional de bienestar familiar encargado de las funciones de director de prevención del ICBF en su condición de miembros del comité de supervisión del contrato⁴⁶ en la que se afirma que el Consorcio Interlimentos incurrió en causal de descuento por no cumplir con niveles de calidad y oportunidad para los meses de junio y julio.

En documento suscrito el 29 de abril de 2011 los miembros del comité de supervisión del contrato certifican que el Consorcio Interlimentos cumplió a satisfacción el objeto y las obligaciones pactadas en el contrato⁴⁷.

⁴⁵ Folio 79 v del Cuaderno Testimonios

⁴⁶ Folio 240 del Cuaderno Principal No. 1 – CD – Carpeta 3 Contrato 430 – Folio digital 166

⁴⁷ Folio 240 del Cuaderno Principal No. 1 – CD – Carpeta 3 Contrato 430 – Folio digital 115

Por su parte, en el Informe Final⁴⁸, el supervisor del contrato señala que del valor contratado \$1.829.547.332, se ejecutó un valor de \$1.796.353.382 y más adelante dispone que se cumplió con el objeto pactado y no se reportaron obligaciones incumplida⁴⁹

Es así que en aplicación de la cláusula Vigésima Primera de los contratos 430 y 431, el ICBF tenía competencia para descontar al Consorcio Interalimentos unas sumas de dinero pre establecidas en dicha cláusula sin que esto tuviera que afectar necesariamente el cumplimiento general del Contrato.

Al remitirse a la forma de pago pactada en los contratos, así como de sus adiciones, es claro que los pagos estaban supeditados a la aprobación definitiva por parte del supervisor del contrato de los informes mensuales⁵⁰.

Al observar la tabla de los descuentos específicos, se tiene, por ejemplo, que la no realización de sesiones de trabajo mensual en cada uno de los departamentos bajo los parámetros ahí descritos generaba un descuento de hasta \$3.000.000. Es posible entonces que la no realización de una de estas sesiones no constituyera un incumplimiento parcial o total del contrato, pues el objetivo de la interventoría en cuanto a la asesoría, control y seguimientos de los programas de ICBF se cumplía, pero sí afectaba los niveles de calidad y oportunidad requeridos e incluidos en los cálculos efectuados al momento de fijar el precio global del contrato. Entiende entonces el Tribunal que para que el ICBF pagara la totalidad del precio del contrato era necesario que se cumplieran los niveles de calidad y oportunidad requeridos.

De un análisis general de los contratos 430 y 431, el Tribunal concluye que las partes pactaron un precio global el cual tenía en cuenta unos niveles de calidad y oportunidad con los que el contratista tenía que cumplir y de no ser así, el ICBF estaba facultado para descontar ciertos valores predeterminados en la cláusula Vigésima Primera. Así quedó pactado en el contrato suscrito bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que sus cláusulas tienen plena validez y generan efectos jurídicos acordados por las mismas partes.

⁴⁸ Cuaderno Principal No.1 - Folios 240 – CD – Carpeta 3 Contrato 430 – Folio digital 114

⁴⁹ Si bien estos documentos se refieren al contrato 430, obran en el mismo CD una carpeta del contrato 431 con documento iguales.

⁵⁰ Cuaderno Pruebas No.1 - Folio 6, 46 y 47

En este punto, vale la pena hacer referencia a la Cláusula Vigésima de los contratos 430 y 431 denominada “*TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES INVOLUCRADOS EN LA CONTRATACIÓN*” dentro de los cuales se incluyó el de “*Actividades de la interventoría con deficiente calidad y oportunidad generadas por parte del equipo de trabajo de la empresa o entidad interventora que implique una repetición o no reconocimiento de las mismas*”.

Se observa entonces que el contratista sabía que, de presentarse deficiencias en los niveles de calidad y oportunidad, implicaba una repetición o el no reconocimiento de dichas actividades y el contratista debía asumir ese riesgo que era previsible.

Diferente era el tema de las multas o la cláusula penal, las cuales quedaron reguladas en la Cláusula Sexta de los contratos donde se definieron los conceptos de multas y de cláusula penal pecuniaria y los procedimientos que debían adelantarse para la imposición de multas (parágrafo).

Concluye el Tribunal que las partes en el marco de la ley 80 de 1993 y en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, acordaron establecer unos descuentos por niveles de calidad y oportunidad por lo que el ICBF tenía competencia para realizar dichos descuentos con base en las estipulaciones contractuales.

Ahora bien, el convocante manifiesta que el supervisor del contrato no tenía competencia para aplicar los descuentos pues debía hacerlo el ordenador del gasto.

Para el Tribunal es claro que la función del supervisor de un contrato, es velar por la ejecución del mismo según lo pactado en él. Es así como en el caso bajo estudio el supervisor estaba facultado para efectuar descuentos en aplicación de la cláusula Vigésima Primera del Contrato.

De conformidad con los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 el supervisor del contrato es quien debe hacerle seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico al cumplimiento del objeto contractual y específicamente de las obligaciones a cargo del contratista.

En los Contratos 430 y 431 se hace mención específica a las funciones del supervisor frente a los pagos. Es así como en las condiciones esenciales los contratos disponen lo siguiente:

“Para la vigencia 2009 un anticipo equivalente al 36% del valor del contrato establecido para dicho año y (2) pagos iguales, cada uno equivalente al 50% del valor restante del contrato para el año 2009, que se pagarán una vez se cuente con la aprobación definitiva por parte del supervisor del contrato de los informes mensuales (...) que den cuenta del cumplimiento de las obligaciones, actividades, productos y reportes establecidos en el contrato (subraya fuera de texto)

(...)

Para la vigencia 2010 se realizarán tres pagos iguales que sumen el 90% del valor del contrato para dicho año, pagaderos por la ejecución del contrato para los periodos: i) enero-febrero, ii) marzo a mayo y iii) junio a julio de 2010, una vez se cuente con la aprobación definitiva por parte del supervisor del contrato de los informes mensuales que den cuenta del cumplimiento de la totalidad de las obligaciones, actividades, productos y reportes establecidos en el contrato (...)”⁵¹
(subraya fuera de texto)

Como se puede observar, las partes acordaron que el supervisor tuviera un papel fundamental en cuanto a los pagos, los cuales estaban supeditados a su aprobación definitiva de los informes mensuales que dieran cuenta del cumplimiento “de la totalidad de las obligaciones, actividades, productos y reportes establecidos en el contrato”.

Por consiguiente, el supervisor en cumplimiento de sus funciones, debía revisar los informes que presentara el contratista y sujetarse a lo dispuesto en la Cláusula Vigésima Primera.

Por otra parte, encuentra el Tribunal dentro de las pruebas aportadas al proceso, un memorando interno del ICBF de fecha 28 de septiembre de 2009⁵² en el que el Jefe de la oficina Jurídica les informa a la Directora Financiera, al Director de Evaluación y al Director Técnico que han sido designados supervisores del contrato y en consecuencia les solicitan ponerse en contacto con el contratista para que en ejercicio de sus funciones (hace una relación de las funciones a pie de página) se desarrolle el objeto contractual convenido.

⁵¹ Cabe anotar que ésta cláusula fue modificada posteriormente en cuanto a la forma de pago pero no a la función del supervisor para su realización.

⁵² Cuaderno Principal No. 1 - Folios 240 CD – Carpeta 1– Folio digital 69

Frente a este tema, el señor Roberto Conde Romero quien ejerció la función de Supervisor del Contrato en calidad de jefe de la oficina de aseguramiento a la calidad manifestó en la declaración rendida lo siguiente⁵³:

“DR. HADAD: Dado que en dichos memorandos no se le atribuyen funciones para la aplicación de los descuentos por calidad y oportunidad pactados en los contratos, ¿con fundamento en qué disposición normativa en su condición de miembro del equipo supervisor asumió tal competencia?”

SR. CONDE: En la parte contractual estaban las obligaciones que yo debería atender como supervisor del contrato, una de las situaciones era hacer cumplir el objeto del contrato y las obligaciones que existían en él, y una de las obligaciones contractuales si no estoy mal, debería figurar los descuentos que se debían de hacer por oportunidad y por calidad de esos contratos”.

Teniendo en cuenta las pruebas arriba analizadas, el Tribunal concluye que, si bien en las funciones establecidas en el memorando mencionado no había una específica para la aplicación de descuentos, era el supervisor quien debía velar por la aplicación y ejecución del contrato y en consecuencia estaba plenamente facultado según las cláusulas contractuales y específicamente bajo la Cláusula Vigésima Primera para aplicar los descuentos por niveles de calidad y oportunidad. Lo anterior, con el apoyo de otras oficinas y dependencias del ICBF lo cual sucedió así, tal como se probó en el proceso como se verá más adelante.

El señor Conde en su declaración señaló igualmente lo siguiente⁵⁴:

(...)

DR. HADAD: ¿Esos descuentos los hacía la supervisión directamente?

SR. CONDE: Es decir, tasaba los descuentos de conformidad como estaba planteado contractualmente, pero efectivamente esos se llevaron en su momento al ordenador del gasto si no estoy mal, y se hicieron varios comités para identificar cuáles eran las situaciones que daban lugar para ese tipo de retenciones de conformidad a la parte contractual y a la calidad o la oportunidad en que se presentaran los informes.”

Más adelante el testigo señala lo siguiente:

⁵³ Cuaderno Testimonios – Folios 70 y 71v

⁵⁴ Cuaderno Testimonios – Folio 71

“SR. CONDE: Ahí hay un tema y es el siguiente, si yo soy el supervisor del contrato yo soy el que tengo que velar porque se cumplan, el objeto de las obligaciones contractuales del mismo, pero independientemente soy el que certifica, según dentro de la estructura contractual los descuentos o no de acuerdo a lo que yo he observado por oportunidad y calidad, y esa es la certificación que quieren que se haga, pero sí es concedora la ordenadora del gasto o el ordenador del gasto sí era conocer efectivamente de estos descuentos”.

Obra en el expediente Acta del Comité de Contratación de fecha 2 de febrero de 2011⁵⁵ en la que los miembros del Comité, entre ellos, miembros de la dirección general y de la oficina jurídica, se refieren al tema de los descuentos y analizan con el señor Roberto Conde los descuentos practicados al Consorcio Interalmimentos.

En conclusión, la función principal de un supervisor es velar por el desarrollo y ejecución del contrato, lo cual sin lugar a dudas implica aplicar las cláusulas del mismo, lo que efectivamente hizo el señor Conde, tal como ha quedado probado en el proceso.

Teniendo clara la competencia que tenía el ICBF y más específicamente el supervisor del contrato para aplicar los descuentos por calidad y oportunidad en el marco de la cláusula Vigésima Primera, considera importante el Tribunal hacer referencia a los conceptos de calidad y oportunidad pues si bien el ICBF manifiesta que dichos conceptos no requerían de especificaciones, la convocante ha argumentado que nunca quedaron claros y que dependía del funcionario de turno el determinar sus parámetros.

Con respecto a este tema el señor Alfonso Medina manifestó en su declaración lo siguiente⁵⁶ :

“se presentaron hechos donde en términos de calidad no había una norma referente para decir se cumplía con la calidad, sino caía uno en el juicio del funcionario de turno”

(...)

⁵⁵ Cuaderno Pruebas No. 1- Folio 402 a 412

⁵⁶ Folio 6v Cuaderno Testimonios

SR. MEDINA: De forma genérica sí porque no contemplaban los hechos como tal, sino simplemente la calidad era que los informes no cumplieran con la calidad y preguntaba uno, qué es calidad de un informe, en alguna ocasión que se mantuviese la estructura, la estructura está, no, cualquier circunstancia se aducía para aplicar el descuento y se dio, insisto, mucho después de haber ejecutado el contrato.”

(...)

SR. MEDINA: Oportunidad era claro unos días establecidos entre los ocho, creo que pasó después a los 10 y eso como una prerrogativa cuando la entidad se dio cuenta que realmente la estructura que definió de los informes era tan pesada que era imposible que dentro de los ocho días se pudiera entregar el informe que dentro de los ocho días se pudiera entregar el informe, entonces muy amablemente se dio dos días más y dos días cuando está hablando uno de 8 días, es un 25%, pongámoslo de descache, entonces pasamos a los 10 días, aun así en algunos casos nos excedíamos uno o dos días máximo porque no hubo demasiado tiempo, entonces el funcionario de turno decía, descuento, listo.

En calidad no hubo absolutamente ningún parámetro, ningún referente a lo largo de la ejecución lo fuimos discutiendo, lo fuimos observando, pero no se nos tuvo en cuenta, era que el funcionario decía, no, calidad no porque aquí debería decir esto y no dice esto, el informe lo hago soy yo, no usted, entonces quedamos en manos de los funcionarios de turno y el supervisor decía, mi obligación es aplicar el contrato”.

Por su parte la señora Gloria Pastora Guzmán frente al tema de calidad y oportunidad señaló lo siguiente⁵⁷:

“Nosotros presentamos los informes y el Instituto se demoró muchísimo en hacer observación y no tenía definido dentro del texto del contrato ningún elemento que permitiera saber qué era calidad o que no era calidad o que era oportunidad, oportunidad la puede medir uno en función del tiempo, si se dicen que son cinco días o que son ocho días, nosotros presentamos nuestros informes con oportunidad, el Instituto demandó más tiempo seguramente del necesario para su revisión y adujo situaciones de calidad y de oportunidad, pero que realmente no están definidas en el contrato, si a eso se refiere

(...)

⁵⁷ Cuaderno Testimonios- Folio 13

el informe debía tener calidades y tener consistencia, no sé desde el punto de vista del Instituto de qué manera no tiene el Instituto definido qué es calidad en ese sentido, para mí calidad es que contenga la información respecto a lo que está ejecutándose en cada uno de los contratos y que sea coherente la información”.

Frente a este tema el señor Conde declaró lo siguiente⁵⁸:

“SR. CONDE: Eso estaba inmerso dentro de los contratos, había unas delimitaciones de qué era por oportunidad y qué era por calidad y cuál era el valor taxativo que se aplicaba a cada una de ellas. El tema de oportunidad es el tema de las fechas en que se entregaban los informes, algunas reuniones que ellos debían de hacer en cada uno de los municipios para rendir información.

DR. BARACALDO: ¿Y el concepto de calidad?

SR. CONDE: El concepto de calidad estaba inmerso de conformidad a la estructura organizacional que se estaba presentando dentro de los informes y a las situaciones internas que estaban dentro de las visitas como las actas que no tuvieran borradores, tachaduras, enmendaduras, que efectivamente estuvieran dentro del cuerpo de la información, que fueran objetivas y que fueran de calidad de acuerdo a las visitas realizadas, que tuvieran unos tiempos, eso estaba claramente definido en los temas de oportunidad y calidad, es decir, no era a juicio o a criterio del comité de supervisión.”

Leído el contrato, el Tribunal considera que son las mismas cláusulas de éste, las que definen los conceptos de oportunidad y calidad (particularmente las que regulan las obligaciones de las partes y los descuentos). Si tomamos algunos ejemplos de descuentos aplicados encontramos que cada uno de ellos está enmarcado dentro de los escenarios descritos en la Cláusula Vigésima Primera, la cual, a su vez, al regular detalladamente las circunstancias en que podían aplicarse descuentos dentro del marco de las obligaciones estipuladas, contiene parámetros para medir niveles de calidad y oportunidad.

Tomando por ejemplo el numeral 7 de la tabla incluida en la Cláusula Vigésima Primera (2da parte: “Productos que son obligaciones”), punto frente al cual el ICBF aplicó descuentos, puede concluirse que la oportunidad se refiere al término de los primeros

⁵⁸ Cuaderno Testimonios – Folio 82 v

10 días hábiles siguientes del mes para presentar los informes y en cuanto a calidad, tiene que ver con el contenido del informe el cual debe tener en cuenta el esquema entregado por el ICBF.

Por su parte, el Anexo 11 del Contrato determina puntos específicos sobre la información que deben incluir los informes mensuales en el marco de las obligaciones contractuales (numeral 12.1.1. – No. 12), así como la matriz metodológica relacionada en el Anexo 13 del Contrato trae un instructivo específico en cuanto al registro de la información y al análisis de resultados de la misma,⁵⁹ es decir que el concepto de calidad está enmarcado en la forma de registrar la información, soportarla y analizarla según lo acordado en el contrato y sus documentos anexos.

El ICBF aplicó también descuentos por oportunidad con base en el numeral 1 de la primera parte de la tabla en estudio que se refiere a la realización de sesiones de trabajo mensuales en cada uno de los departamentos. De la lectura de este aparte se deduce que la oportunidad se determina en función a que efectivamente se haya realizado por lo menos una sesión de trabajo al mes en cada uno de los departamentos.

Frente al numeral 3 de la primera parte de la tabla el cual hace referencia a la necesidad de informar al ICBF de manera inmediata al conocimiento de los hechos las posibles irregularidades encontradas en el desarrollo de los programas, el Tribunal encuentra que el concepto de oportunidad es así mismo determinable según lo estipulado en el contrato, pues la inmediatez tiene relación directa con que el Consorcio Interalmimentos informe a tiempo al ICBF las irregularidades para poder tomar las acciones pertinentes y cumplir con el fin último del contrato al cual se le está realizando la interventoría.

También el Tribunal encuentra descuentos por oportunidad aplicados por no haber el Consorcio presentado recomendaciones y/u ordenar de manera oportuna al operador, proveedor y/o contratista, con copia al ICBF, la toma de los correctivos pertinentes (numeral 5 de la primera parte de la tabla). Nuevamente, considera el Tribunal que para estos casos la oportunidad puede ser medida desde un punto de vista objetivo pues los correctivos deben tomarse en tiempos que logren evitar otras irregularidades que afecten el desarrollo del programa.

⁵⁹ Folio 32 Cuaderno Pruebas No. 1

Otros descuentos aplicados por el ICBF por concepto de calidad tienen que ver con el diligenciamiento y consolidación de datos de acuerdo con los formatos, frecuencia, procedimientos y requisitos que se establezcan en los acuerdos de provisión de información (API). Al remitirse a la tabla de la cláusula en estudio, se observa que este descuento se encuadra en el numeral 2 el punto denominado “*Productos que son obligaciones*” y tiene relación directa con la información que debía suministrar el interventor, que tal como ya se dijo anteriormente, debe ajustarse al esquema presentado por el ICBF, a los Anexos 11 y 13 del Contrato y en general a las obligaciones que trae el contrato para que se cumpla su objeto final.

Y así, al estudiar los diversos descuentos aplicados por el ICBF, puede concluirse que todos ellos están enmarcados en los supuestos estipulados en la Cláusula Vigésima Primera y que sus niveles de calidad y oportunidad pueden ser determinados en el marco del contrato, así como en el de los documentos elaborados para su celebración y ejecución (Pliego, contrato, anexos, esquemas, manuales operativos, fichas técnicas etc.).

Es así como, los conceptos de calidad y oportunidad bajo los cuales el contrato permite realizar descuentos, no requieren de una definición específica como lo solicita la convocante pues la relación contractual fue detalladamente construida y trae criterios base para definir dichos conceptos sin que esto implicara conceptos subjetivos de los funcionarios del ICBF.

Concluye el Tribunal: Así las cosas, no prosperan las pretensiones Primera y Segunda Principales y se pasa a estudiar las primeras pretensiones subsidiarias que la convocante plantea en los siguientes términos:

“4.2.1. Primera pretensión subsidiaria a la primera pretensión principal. Que se declare que el ICBF violó el principio constitucional y legal del debido proceso al momento de realizarle al Consorcio los descuentos por calidad y oportunidad en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en la medida en que omitió, como era su deber, entre otros, (i) efectuar una audiencia presidida por el ordenador del gasto donde tanto el Contratista como su garante expusiera sus argumentos de defensa y, además, (ii) brindarles la posibilidad de presentar recurso de reposición contra la decisión adoptada.

4.2.2. Primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión principal. Que, como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF devolver los dineros descontados al Consorcio por los conceptos de calidad y oportunidad que fueron

deducidos de las facturas presentadas por el Consorcio en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en las siguientes sumas, de acuerdo con el acto de liquidación unilateral.

	<i>Contrato 430 de 2009</i>	<i>Contrato 431 de 2009</i>
<i>Descuentos por Calidad y Oportunidad</i>	<i>\$ 106.000.186</i>	<i>\$ 117.000.074</i>

"

Frente a estas pretensiones el Tribunal considera que no cabe duda respecto a que el ICBF estaba obligado a aplicar el principio constitucional del debido proceso al momento de efectuar los descuentos estipulados en la cláusula Vigésima Primera de los contratos 430 y 431 de 2009.

Sin embargo, resulta pertinente entrar a analizar este principio, el cual busca proteger ciertas garantías que se relacionan directamente con los derechos de defensa y de contradicción del contratista.

La Corte Constitucional en sentencia C-980/10 - M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, dispuso:

“En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”.

Como se puede observar, el debido proceso consiste en seguir unos pasos para que el administrado, en este caso, el contratista, pueda ser oído, exponer sus argumentos y si es del caso, manifestar su disconformidad con las decisiones que pueda tomar la administración. El debido proceso consiste en darle la oportunidad al contratista para que exprese su inconformismo y pueda ejercer su derecho de defensa y de contradicción.

Argumenta la convocante que el ICBF violó su derecho al debido proceso pues no aplicó el procedimiento regulado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007. Por su parte, el ICBF argumentó que el derecho al debido proceso fue respetado según lo estipulado en el contrato. Por su parte, el Ministerio Público en sus alegatos argumentó que es fundamental la aplicación del debido proceso, pero no con la misma rigurosidad que para los casos en que no se afectan derechos fundamentales.

Respecto a este asunto, el Tribunal considera que, de la lectura del contrato, y específicamente de la Cláusula Vigésima Primera, las partes no sólo pactaron unos descuentos determinados, sino que también acordaron un procedimiento para su aplicación, con el cual buscaban precisamente garantizar el debido proceso:

“(…) NOTA: El contratista o los contratistas deberán responder a los requerimientos que el ICBF les haga con respecto al no Cumplimiento de las actividades, descritas en el cuadro anterior, así como al cumplimiento inoportuno de las mismas y/o la falta de calidad. Con base en la argumentación o justificación presentada por el contratista o los Contratistas el INSTITUTO procederá a la aplicación o no de los descuentos por niveles de servicio.”

Del párrafo arriba transcrito se concluye que las partes en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, pactaron un mecanismo para la aplicación de los descuentos por incumplimientos con los niveles de calidad y oportunidad exigidos en dicha cláusula, el cual se ajusta a los requisitos básicos del debido proceso.

Para este Tribunal, el respetar el principio del debido proceso va más allá de seguir unos formalismos exactos, pues lo importante es preservar el fin último que consiste en que el administrado pueda ser oído y tenga la oportunidad de controvertir las decisiones de la administración.

Considera el Tribunal que lo importante no es que se adelantara o no una audiencia, sino que el contratista pudiera conocer los argumentos de la administración ante la aplicación de los descuentos pactados y así tener la oportunidad de exponer sus razones, presentar pruebas y si era del caso, lograr que la administración no aplicara los respectivos descuentos.

Importante en este asunto es tener claridad en cuanto a que el ICBF estaba obligado a respetar el principio general del debido proceso, pues dicho principio debe regir toda actuación administrativa y procesal en general.

Teniendo en cuenta lo anterior, entra entonces el Tribunal a analizar los procedimientos llevados a cabo para la aplicación de los descuentos con el fin de determinar si le fue o no violado al contratista su derecho al debido proceso.

De las pruebas arrimadas al proceso encuentra el Tribunal lo siguiente:

La primera comunicación que obra como prueba en el expediente que hace relación a incumplimientos data de fecha 28 de enero de 2010⁶⁰. En esta comunicación el ICBF le pone de presente al Consorcio Interalmimentos que existen evidencias de incumplimientos en los informes de octubre y noviembre de 2009 tales como: incumplimientos respecto al esquema señalado por el ICBF para suministrar información, inconsistencia y ausencias de información, falta de soporte y entrega extemporánea de informes entre otros.

Así mismo, dentro de las pruebas aportadas con la contestación de la demanda se encuentra un memorando del ICBF de fecha 12 de marzo de 2010⁶¹ en el que la secretaria general le manifiesta a la directora de prevención y al jefe de la oficina de aseguramiento a la calidad (supervisor del contrato) que considera oportuno y pertinente el acompañamiento de la oficina jurídica en el curso del debido proceso debido a incumplimientos en las obligaciones pactadas en los contratos 430 y 431.

Por otra parte, en comunicación suscrita por el señor Roberto Conde en marzo de 2010⁶² se evidencia que en la primera parte de ejecución del contrato se realizó una audiencia con los contratistas y se procedió por parte del ICBF a analizar la información presentada en dicha audiencia para continuar con el trámite del proceso.

Así mismo, obra en el expediente comunicación del Consorcio Interalmimentos a la secretaria general del ICBF de fecha 5 de abril de 2010 en la que el contratista, en desarrollo del debido proceso, presenta observaciones y comentarios a las consideraciones puestas de presente por el ICBF.

Finalmente, en cuanto a esta primera fase de ejecución del contrato, obra en el expediente comunicación de fecha 12 de mayo de 2010⁶³ dirigida al representante

⁶⁰ Cuaderno Principal - Folio 240– CD Carpeta 3 – Folio Digital 34

⁶¹ Cuaderno Principal - Folio 240– CD Carpeta 3 – Folio Digital 49

⁶² Cuaderno Principal - Folio 240– CD Carpeta 3 – Contrato 430 Folio 60 digital

⁶³ Cuaderno Principal - Folio 240– CD Carpeta – Contrato 430 Folio 78 digital

legal del Consorcio Interalimentos en la que le informan que *“Como resultado de la Audiencia del debido Proceso del contrato de la referencia, la cual se llevó a efecto el día 5 de abril del año en curso, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el equipo de Apoyo de los Supervisores del Contrato procedió al análisis y evaluación de la argumentación y documentos suministrados por el Consorcio que usted representa, tanto en la mencionada audiencia como en la mesa de trabajo compuesta por profesionales del Consorcio y profesionales del instituto, con el fin de determinar la actuación a seguir por parte de la Administración”*

No queda duda según las pruebas analizadas de que, en la primera etapa de la relación contractual, el ICBF aplicó rigurosamente el principio del debido proceso, toda vez que siguió paso a paso un procedimiento mediante el cual garantizó que el contratista fuera oído y ejerciera su derecho de defensa, teniendo como resultado la no aplicación de los descuentos planteados inicialmente. Queda probado entonces que para esta primera etapa el ICBF frente a posibles incumplimientos con niveles de calidad y oportunidad realizó audiencia y requirió al contratista quien tuvo la oportunidad de ser oído y con base en sus argumentos, el ICBF tomó las decisiones respectivas.

En cuanto a la siguiente etapa de la ejecución contractual, el Tribunal encuentra lo siguiente:

Obra en el expediente documento de fecha 14 de octubre de 2010⁶⁴ en el que los miembros del comité de supervisión del contrato certifican lo siguiente: *“que respecto al cumplimiento de las obligaciones contractuales, la Oficina de Aseguramiento a la Calidad, elaboró un documento que detalla aquellas frente a las cuales, la firma interventora debe presentar información complementaria para ser aprobadas por parte del ICBF, una vez sean presentadas por el contratista”*.

Más adelante, certifican que el Consorcio incurrió en causal de descuentos para los meses de junio y julio y especifican los descuentos.

Posteriormente, según consta en acta del comité de contratación de fecha 2 de febrero de 2011, el tema de los descuentos por calidad y oportunidad fue puesto de presente y analizado por los miembros del comité. Es así como en dicho comité se señaló lo siguiente: *“Como quiera, que los contratistas con el fin de suscribir la liquidación*

⁶⁴ Cuaderno Principal - Folio 240– CD Carpeta – Contrato 430 Folio 166 digital

bilateral de los contratos han solicitados que se les cancele monetariamente los valores no reconocidos, se pone a consideración del Comité, la viabilidad jurídica de no hacer efectivos los descuentos o establecer qué funcionario o comité tiene la competencia para el efecto, con base en los documentos enunciados y la aprobación impartida por el Comité.

*El Comité de Contratación confirma la procedencia y viabilidad jurídica del no pago por descuentos hechos a las firmas por niveles de calidad y oportunidad siempre y cuando estén plenamente justificadas por el supervisor de los contratos (...)*⁶⁵

Según comunicaciones de fecha 10 de febrero de 2011 aportadas con la demanda⁶⁶, el Tribunal encuentra que el Consorcio Interalmimentos planteó al ICBF sus argumentos y justificaciones frente al tema de descuentos por niveles de calidad y oportunidad y dejó sentado su inconformismo, ejerciendo así su derecho de contradicción.

Así mismo quedó probado que la oficina asesora jurídica del ICBF presentó al Consorcio un borrador de acta de liquidación bilateral de mutuo acuerdo, la cual el Consorcio objetó⁶⁷. En este punto es importante hacer referencia a la comunicación enviada por el Consorcio el 12 de enero de 2012 a la secretaria general del ICBF en la que deja constancia de su inconformismo y negativa a suscribir por mutuo acuerdo el acta de liquidación del contrato⁶⁸.

Para dar respuesta a los inconformismos presentados por el Consorcio, el ICBF en comunicación de fecha 13 de abril de 2012 se refirió a cada uno de los puntos planteados en la negativa a suscribir el acta de liquidación bilateral⁶⁹.

Dado que no fue posible suscribir el acta de liquidación bilateral el ICBF procedió, según lo ordena la ley, a liquidar unilateralmente los contratos.

De las pruebas recaudadas concluye el Tribunal que, en esta segunda etapa de la ejecución del contrato, si bien no se llevaron a cabo audiencias, el tema de los descuentos fue analizado tanto por el comité de contratación como por el contratista, quien a su vez tuvo oportunidad de presentar sus razones e inconformismos frente al tema.

⁶⁵ Cuaderno Pruebas 1 - Folio 404

⁶⁶ Comunicación de fecha 10 de febrero de 2011, Comunicación de fecha 12 de enero de 2012 – Folio 423 y 593 Cuaderno de Pruebas 1

⁶⁷ Cuaderno Principal - Folio 240 - CD – Folio digital 119 - carpeta 3 Contrato 130

⁶⁸ Cuaderno Pruebas No. 1- Folio 593

⁶⁹ Cuaderno Pruebas No. 1- Folio 610

Precisa el Tribunal que todo este proceso que inició con la certificación de fecha 14 de octubre de 2010 y concluyó con la liquidación unilateral del contrato, tres años después (septiembre de 2013), constituye un debido proceso en el cual el contratista expresó sus desacuerdos y el ICBF se pronunció frente a ellos.

Es importante resaltar que la liquidación del contrato es el único acto definitivo, por lo que todo este proceso en el que las partes discutieron los descuentos hace parte del debido proceso.

Respecto de la liquidación del contrato el Consejo de Estado en sentencia de 20 de octubre de 2014 dispuso lo siguiente⁷⁰:

“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (...) liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual”.

Cabe en este punto traer a colación lo expuesto por el doctor Juan Carlos Expósito Vélez⁷¹ en cuanto a que *“la liquidación del contrato debe darse en principio como resultado del mutuo acuerdo entre las partes del mismo, fruto de un proceso de*

⁷⁰ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C- CP Bogotá D.C., del veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014)

⁷¹ Expósito, Vélez, JUAN CARLOS. -Forma y Contenido del contrato estatal- Universidad Externado de Colombia- Edición 2013. Pag. 91

negociación en el cual Estado y colaborador han conciliado en los puntos divergentes y acordado un punto neutral de entendimiento frente a lo realizado y lo debido, así como lo pagado y lo que falta por cancelar, de tal manera que el acta no necesariamente se produce una vez se haya entregado al acreedor la totalidad del valor acordado, o se hayan hecho efectivos todas las deducciones correspondientes, sino que basta con que en la misma ello quede reflejado, de tal manera que en el momento en que tales aspectos sean resueltos la liquidación se complemente con la documentación necesaria que demuestre la realización de dichas acciones. No obstante, si el acuerdo bilateral sobre la liquidación del contrato no llega a realizarse, la Administración por virtud de la ley podrá efectuar este último acto contractual de forma unilateral.”

Con fundamento en lo arriba expuesto, el Tribunal observa que el proceso que adelantó el ICBF, el cual culminó con la liquidación unilateral de los contratos 430 y 431, se ciñó a los parámetros generales del debido proceso y le otorgó la oportunidad al contratista de exponer sus razones y argumentos frente a los descuentos por oportunidad y calidad. Tan es así, que la primera opción propuesta por el ICBF fue la liquidación bilateral de mutuo acuerdo del contrato, frente a la cual el contratista sentó sus inconformismos y el ICBF respondió según dan cuenta los oficios S-2011-009209-NAC de fecha 4 de marzo de 2011 y S-2012-015457-NAC de fecha 13 de abril de 2012⁷².

Ahora bien, es preciso anotar que el Tribunal no pudo entrar a estudiar si efectivamente se dieron o no los incumplimientos frente a los niveles de calidad y oportunidad pues no hay pretensión en la demanda orientada a este fin, el Tribunal solamente puede referirse a lo solicitado por la convocante, por lo que debe limitarse a verificar si se adelantó o no un debido proceso para la aplicación de los descuentos, tal como lo ha venido haciendo a lo largo de este escrito.

De las pruebas analizadas concluye el Tribunal que si bien en la primera etapa de ejecución contractual se llevó a cabo un debido proceso más formalista en el cual se adelantó una audiencia para escuchar al contratista frente al tema de los descuentos, en la segunda fase el contratista tuvo la oportunidad de ser oído y argumentar sus inconformismos, esta vez ya no en audiencia, pero si a través de documentos que el ICBF contestó según quedó probado con las comunicaciones antes mencionadas.

Es así como el Tribunal encuentra que al contratista se le respetó su derecho al debido proceso, pues tal como se dijo anteriormente, más que seguir un procedimiento riguroso, formal y estricto, lo importante era garantizarle su derecho de contradicción y defensa.

⁷² Folio 610 - Cuaderno Pruebas 1

Así mismo reitera el Tribunal la facultad que tenían las partes, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, para acordar contractualmente procedimientos para aplicar los descuentos, siempre y cuando estos respetaran los lineamientos fundamentales del principio del debido proceso.

Tal como lo señaló el Ministerio Público en sus alegatos, es pertinente tener en cuenta la Sentencia de la Corte Constitucional C-499 de 2015 que dispone lo siguiente:

“5.2.3. La rigurosidad de las garantías varía conforme al tipo de actuación de que se trate. En efecto, este tribunal ha precisado que en actuaciones que puedan comprometer la libertad personal u otros derechos fundamentales las garantías del debido proceso deben observarse con el mayor rigor, mientras que en otras actuaciones, como aquellas que no comprometen de manera necesaria los derechos fundamentales, su aplicación puede ser menos rigurosa[36].

5.2.4. Por su finalidad, entre la actuación judicial y la actuación administrativa hay algunas diferencias. En efecto, mientras que la actuación judicial busca resolver conflictos jurídicos, o defender la supremacía de la Constitución o el principio de legalidad, la actuación administrativa busca cumplir la función administrativa, en beneficio del interés general[37]. Por ello, la actuación administrativa puede ser más ágil, rápida y flexible que la actuación judicial, “habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública”[38].”

No encuentra el Tribunal que el ICBF haya violado el principio constitucional y legal del debido proceso al momento de efectuar descuentos por calidad y oportunidad en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, pues de las pruebas analizada se concluye, que, si bien no se realizaron audiencias para todos los casos, si tuvo el contratista oportunidades de controvertir los descuentos a lo que el ICBF respondió.

Concluye el Tribunal: Con fundamento en lo anterior no prosperan la primera pretensión subsidiaria a la primera pretensión principal ni la primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión principal, y pasa a estudiar las segundas pretensiones subsidiarias planteadas así:

“4.3.1. Segunda pretensión subsidiaria a la pretensión primera principal y a la primera pretensión subsidiaria a la primera principal. Que se declare que los descuentos establecidos por el ICBF en la cláusula vigésima primera de los contratos 430 y 431 de 2009 tienen la naturaleza jurídica de sanciones y por ende debían ser impuestos previa realización de un debido proceso a través de acto administrativo y únicamente por el ordenador del gasto y que por tanto se incumplió los contratos y/o violó el principio de

legalidad y debido proceso del Consorcio, al haberle practicado el ICBF descuentos a sus facturas por los conceptos de oportunidad y calidad sin el cumplimiento y observancia de estos principios.

4.3.2. Segunda pretensión subsidiaria a la segunda principal y a la primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión principal. Que, como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF devolver los dineros descontados al Consorcio por los conceptos de calidad y oportunidad que fueron deducidos de las facturas presentadas por el Consorcio en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en las siguientes sumas de acuerdo con el acto de liquidación unilateral:

	<i>Contrato 430 de 2009</i>	<i>Contrato 431 de 2009</i>
<i>Descuentos por Calidad y Oportunidad</i>	<i>\$ 106.000.186</i>	<i>\$ 117.000.074</i>

“

El Tribunal considera que debido a que las obligaciones del contratista tienen una finalidad de importancia mayor, pues están directamente relacionadas con niños y adultos mayores, existe una justificación de los descuentos en el contexto del objeto del contrato, lo que la diferencia de las multas y la cláusula penal, cuyo procedimiento está reglado en la ley.

Los descuentos por calidad y oportunidad, tal como se analizó en la primera parte de este capítulo, fueron acordados por las partes y detalladamente descritos en el contrato por lo que su aplicación surge del cumplimiento contractual.

Para el Tribunal queda claro que las partes quisieron diferenciar los descuentos de las multas y de la cláusula penal, siendo las primeras estipulaciones contractuales acordadas previamente por las partes bajo parámetros claros y específicos. Es así, que su aplicación no requiere de la rigurosidad de la aplicación del procedimiento que trae la Ley 1150 de 2007 pero sí del respeto al principio general del debido proceso.

Es claro para el Tribunal que el ICBF no podía aplicar los descuentos sin la observancia del debido proceso, pero también es claro que el debido proceso que debía adelantarse para estos casos no consistía en la aplicación del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tal como lo quiere hacer ver la convocante.

Por lo anterior, se negarán las segundas pretensiones subsidiarias.

3. De los descuentos por Visitas.

3.1. Posición de las partes y el Ministerio Público.

Las pretensiones relativas a esta parte del diferendo se contraen a la tercera y cuarta principales declarativas y de condena y las subsidiarias de cada una, así como a la séptima de nulidad, formuladas en la demanda así:

“4.1.3. Tercera Pretensión. Que se declare que el ICBF no tenía competencia y por ende no podía fijar unilateralmente el valor unitario por cada tipo de visita realizada en el marco de la ejecución de los contratos 430 y 431 de 2009.

4.1.4. Cuarta Pretensión. Que, como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF devolver los dineros descontados al Consorcio por los conceptos de hallazgo de visitas que fueron deducidos de las facturas presentadas por este en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en las siguientes sumas según el acto de liquidación unilateral, o lo que se pruebe.⁷³

4.2.3. Primera pretensión subsidiaria a la tercera pretensión principal. Que se declare que el comité contractual o el comité supervisor o los supervisores designados por el ordenador del gasto del ICBF, no tenían competencia para fijar el valor unitario por cada tipo de visita realizada en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009.

4.2.4. Primera pretensión subsidiaria a la cuarta pretensión principal. Que, como consecuencia de la anterior pretensión, se acoja por parte del H. Tribunal de Arbitramento la estimación contenida en el peritaje de parte aportado en la demanda en relación con el valor unitario por cada uno de los tipos de visita que no pudieron ser realizadas por causas ajenas al Consorcio u objetadas por el ICBF y la diferencia entre el resultado arrojado por el ejercicio financiero efectuado por el perito y lo descontado por el ICBF, le sea devuelto al Consorcio(..):⁷⁴

⁷³ Se cuantifica la pretensión principal:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
Descuentos por Hallazgos de Visitas	\$ 37.554.419	\$ 7.969.458
	Contrato 430 de 2009	
Bolsa de Visitas por Quejas y Reclamos No Requeridas	\$ 33.193.950	

⁷⁴ Se cuantifica la primera subsidiaria:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
Descuentos por Hallazgos de Visitas	\$ 23.051.857	\$ 1.125.781

4.3.3. *Segunda pretensión subsidiaria a la tercera principal y a la primera pretensión subsidiaria a la tercera pretensión principal. Que se declare que el ICBF modificó unilateralmente los contratos 430 y 431 de 2009 sin estar facultado para ello de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, incluyendo un valor unitario por cada tipo de visita a realizar en el marco de los mencionados contratos, violando así los derechos del Consorcio al imponerle unos valores unitarios y descontarlos de sus pagos.*

4.3.4. *Segunda pretensión subsidiaria a la cuarta principal y a la primera pretensión subsidiaria a la cuarta principal. Que como consecuencia de la anterior pretensión se acoja por parte del H. tribunal de Arbitramento la estimación contenida en el peritaje de parte aportado en relación con el valor unitario por cada uno de los tipos de visita que no pudieron ser realizadas por causas ajenas al Consorcio y la diferencia entre el resultado arrojado por el ejercicio financiero efectuado por el perito y descontado por el ICBF, le sea devuelto al Consorcio ⁷⁵.*

4.1.7. *Séptima pretensión. Que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones 4.1.1. a 4.1.6, se declare la nulidad parcial de las resoluciones 5004 y 5199 de 2013 a través de las cuales se liquidaron unilateralmente los contratos 430 de 2009 y 431 de 2009, respectivamente, así como las resoluciones 8466 y 8467 de 2013 que resolvieron los recursos de reposición que se interpusieron, en la medida que estas incluyeron descuentos por (...) visitas no realizadas” (...).*

La demanda adicionalmente solicita el pago de las sumas indicadas, debidamente actualizadas de acuerdo con el IPC, y, que se les aplique la máxima tasa de interés desde el momento en que debieron ser pagadas hasta cuando efectivamente se entreguen al Consorcio, según la declaración común a todas las pretensiones enunciados bajo el numeral 4.4 del Capítulo “Pretensiones”.

El ICBF, en la contestación de la demanda, se opone porque considera que “sí tenía competencia para fijar el valor unitario de visita en el marco de la ley y las estipulaciones de los contratos” y en consecuencia considera que “no hay lugar a devolver dinero alguno por concepto de los hallazgos de las visitas” y más específicamente, afirma que “tenía competencia para fijar el valor unitario por cada tipo de visita realizada con ocasión de los contratos aludidos”. Igualmente, y en relación

⁷⁵ Se cuantifica la segunda subsidiaria:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
Descuentos por Hallazgos de Visitas	\$ 23.051.857	\$ 1.125.781

con este grupo de pretensiones manifiesta que *“no modificó unilateralmente los contratos a que se refieren las pretensiones”*.

Afirma que *“los descuentos por este concepto no se deben a circunstancias no imputables al consorcio, por el contrario, las visitas de imposible ejecución y fallidas fueron reprogramados o pagadas si el contratista aportaba los soportes pertinentes”*; sostiene que se tuvieron en cuenta las observaciones planteadas por el contratista y aclara que *“el Consorcio no envió al ICBF los insumos requeridos para realizar el cálculo de valor por tipo de visita”*

El Ministerio Público, en cabeza de la Procuraduría 136 Judicial para Asuntos Administrativos, advirtió en sus alegatos, sobre el punto en cuestión, es decir descuentos por visitas no realizadas, lo siguiente:

“Se constata que los contratos fueron pactados a precio global, es decir no existía metodología ni mucho menos un valor unitario para cada uno de los tipos de visita contemplados; pero surgió la necesidad de fijarlos para efectos de descontar los pagos por visitas no realizadas”. Y más adelante agrega: (..) Ni en los pliegos ni en la minuta del contrato se señalaron valores unitarios; es decir que en principio el precio fue global.

El Ministerio considera que si bien el ICBF podría tener competencia para hacerlo no podía fijar el valor unitario *“(..) unilateralmente e imponer al contratista su propia metodología de cálculo, toda vez que la prueba pericial da cuenta que el cálculo incluyó costos indirectos, es decir no relacionados directamente con las visitas, lo que incrementa el valor de las mismas y por consiguiente el monto a descontar por visitas fallidas del contratista.”*

En consecuencia, solicita acceder a la tercera y cuarta pretensión principal, así como a la séptima pretensión.

3.2. Hechos Probados

El Tribunal considera relevante, acorde con las probanzas, reconstruir los hechos relacionados con este acápite para hacer claridad sobre cómo se pactó el contrato y cómo se repartieron los riesgos relacionados con las visitas fallidas y con las visitas por quejas y reclamos.

1. El 11 de julio de 2009⁷⁶ el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), publicó aviso en el SECOP en el que convocó a los interesados a participar en un concurso de méritos cuyo objeto consistía en “*Seleccionar a un proponente para realizar la interventoría de los contratos a través de los cuales se desarrollan los programas estratégicos del gobierno nacional que dirige el ICBF, así como realizar la asesoría, control y seguimiento a la ejecución del programa desayunos infantiles con amor y demás programas estratégicos que el ICBF determine*”.⁷⁷
2. Ese mismo día se publicó un proyecto de pliego de condiciones que contenía una matriz de riesgos en la que no se mencionaba específicamente el riesgo de las visitas no practicadas por causas no imputables al contratista.⁷⁸
3. El 29 de julio de 2009 se publicó un documento denominado “*Segundo Proyecto de Pliego de Condiciones*” que efectivamente contenía una matriz de riesgos que asignaba el riesgo compartido de las visitas no practicadas así:⁷⁹ (Ver tabla 1)

Tabla 1					
Matriz de Riesgos					
Clase	Tipificación del Riesgo	Asignación del Riesgo		Estimación del Riesgo	
		Contratista	ICBF	Rango	Valoración Probabilidad de ocurrencia
	Descripción				

⁷⁶ Se ha accedido a las fechas de publicación en el SECOP mediante <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-15-214607>. Este link está en la contestación de la demanda del ICBF en el Cuaderno Principal 1. Folio 244

⁷⁷ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP. 1-AVISO.

⁷⁸ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP. 2-Proyecto de Pliego de Condiciones. Hojas 13 y 14

⁷⁹ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP. 6- Segunda Versión del Proyecto de Pliego de Condiciones. Hojas 15 y 16

Operativos	<p><u>No realización de visita efectiva al punto de atención por (i) Cierre temporal no informado por el operador o agente educativo. (ii) Cierre definitivo no informado por el operador o agente educativo (iii) Acceso denegado por el operador o agente educativo. (iv) Datos errados de ubicación de los puntos de atención.</u></p> <p>* El contratista asume el riesgo cuando éste ocurra hasta en el equivalente al 5% de las visitas a punto de atención exigidas en el contrato para cada programa. EL ICBF asume el riesgo por las visitas que no queden cubiertas dentro del porcentaje de asunción del riesgo por el contratista. La ocurrencia del riesgo deberá certificarse en la forma que establezca el ICBF</p>	X	x	A l t o	80%	<p>Actualización permanente de los directorios y puntos de atención de coordinación con la dirección de cada programa, centros zonales, regionales del ICBF y los operadores o proveedores.</p> <p>La entidad Interventora podrá efectuar reprogramación de visita en otro punto de atención siempre y cuando se puedan realizar en el horario y condiciones establecidas en el contrato.</p>
	<p><u>No acceso del profesional Interventor al punto de atención o municipio por: (i) orden público alterado (ii) terremotos y/o movimientos telúricos.</u></p> <p>La ocurrencia del riesgo debe demostrarse mediante certificación de la autoridad competentes</p>	X		B a J o	20%	<p>La entidad Interventora podrá efectuar reprogramación de visita en otro punto de atención siempre y cuando se puedan realizar en el horario y condiciones establecidas en el contrato.</p>

4. El mismo día se celebró “Audiencia de Tipificación Estimación y Asignación de Riesgos Concurso de Méritos ICBF CM-003-2009” en la que se discutió la matriz publicada en el Proyecto de Pliego de Condiciones el 11 de julio de 2009, que no incluía la asignación del riesgo de las visitas que no se practicaran por hechos ajenos al contratista.⁸⁰

⁸⁰ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP. 8. Acta de Tipificación Estimación y Asignación de Riesgos.

5. El 6 de agosto de 2009 se publicó en el SECOP el Acta No. 1 de Respuesta A Las Observaciones Formuladas Al Pliego De Condiciones⁸¹ en la que se incluyó una nueva matriz de riesgos porque según la Entidad, “se consideró necesario ajustar la matriz de estimación y asignación del riesgo en este Concurso de Méritos”. La asignación del riesgo de las visitas no practicadas se mantuvo igual respecto al “Segundo Proyecto de Pliego de Condiciones”.

6. El 13 de agosto de 2009 se publicó en el SECOP el Acta No. 3 de Respuesta a las Observaciones Formuladas al Pliego de Condiciones. ASEBIOL LTDA preguntó lo siguiente:

2. Numeral 1.11. TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES INVOLUCRADOS EN LA CONTRATACIÓN:

El párrafo de inicio a la matriz de riesgos expresa textualmente:

“Corresponderá al contratista seleccionado la asunción del riesgo previsible propio de este tipo de contratación asumiendo su costo, siempre que el mismo no se encuentre expresamente a cargo del ICBF en el presente Pliego de Condiciones. Entre otros, los riesgos previsibles que deberá asumir el contratista son los siguientes:”

¿Cómo dentro de dicha matriz solo existe un riesgo compartido, las probabilidades de ocurrencia son tan solo un dato estadístico a ser tenido en cuenta en el presupuesto de la propuesta económica?

¿Si así fuera, que estudios o análisis realizó la entidad para un cambio tan abrupto entre la matriz que aparece en el acta de audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos y la de los pliegos definitivos?

A manera de ejemplo: en el acta de audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos, aparecía el riesgo operativo: Discrepancias entre contratista e interventor con una estimación valorada en el 80%, y en los pliegos definitivos paso a ser del 40%.

¿Si como pareciera el contrato es a precio global fijo?, cómo se entiende lo consignado en el Documento de Estudios previos que expresa en el literal 9, riesgos de operación, página 43:

⁸¹ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP. 10. Acta 1 Respuesta a las observaciones formuladas al proyecto de pliego de condiciones.

“Si el ICBF decide realizar un menor número de intervenciones a las previstas y por lo tanto disminuir el personal mínimo requerido, el riesgo de disminución del valor del contrato será asumido por cuenta y riesgo del oferente adjudicatario y no tendrá lugar a reclamación alguna al ICBF por este concepto.”

¿Esto indicaría un contrato a precios unitarios por visita requerida o por costo mensual de una planta de personal variable, por ello, la matriz de riesgos es inconsistente desde el punto de vista conceptual? o los riesgos que superen las probabilidades de ocurrencia serán asumidos por el Instituto?

El ICBF con base en su profundo y amplio conocimiento de los contratos anteriores enuncia riesgos con probabilidades de ocurrencia muy altas, ¿espera entonces que el contratista se auto asegure incrementando el valor de la propuesta de manera tal que pueda cubrir todos los riesgos calculados en dicha matriz?

Si así no fuera, ¿cuáles serían las compensaciones de la Entidad en caso de que la ocurrencia de los riesgos impliquen costos que excedan el precio global estipulado?, en consecuencia, si la respuesta a esta pregunta es que el ICBF no asume ningún costo adicional del precio fijo del contrato, ¿se entendería que el concurso de méritos no es abierto sino restringido para aquellas empresas que ya conocen igual o mejor que el ICBF la ejecución de este tipo de contratos, o para otras empresas que decidan jugar a la ruleta rusa.?

¿El riesgo calculado por la Entidad corresponde a la experiencia de los contratos anteriores a todo lo largo del plazo de ejecución? ¿O a los periodos críticos en donde se presentaron esos eventos? Si fuera así, ¿cuáles fueron?, por lo cual solicitamos a la Entidad dé a conocer los estudios que dieron base al cálculo de la probabilidad de ocurrencia. (..) ⁸²” (Subraya fuera de texto)

A lo anterior, el ICBF respondió: *“La matriz de riesgos será ajustada en la adenda respectiva”*. ⁸³

7. El 20 de agosto de 2009 se publicó el documento denominado Adenda 1⁸⁴, que contenía una nueva matriz de riesgos según lo anunciado por el ICBF que aclaró que se entendía como riesgo ocasional y frecuente el asumido por las partes así:

⁸² Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP. 17. Acta 3 Respuesta a las observaciones formuladas al pliego de condiciones. Pg. 17

⁸³ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP. 17. Acta 3 Respuesta a las observaciones formuladas al pliego de condiciones. Pg. 17

⁸⁴ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP. 18. Adenda 1. Pgs.1-4

“PRIMERO. Modificar el numeral 1.11 TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES INVOLUCRADOS EN LA CONTRATACIÓN del pliego de condiciones, el cual quedará de la siguiente manera:

Entiéndase por riesgo en materia contractual, la probabilidad de ocurrencia e eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con las actividades a desarrollar en la ejecución contractual.

Corresponderá al contratista seleccionado la asunción del riesgo previsible propio de este tipo de contratación asumiendo su costo, siempre que no se encuentre expresamente a cargo del ICBF en el presente pliego de condiciones.

La probabilidad de ocurrencia será medida de acuerdo con la siguiente tabla:

NIVEL	PROBABILIDAD DE OCURRENCIA	DESCRIPCIÓN
1	Remoto	El número de eventos con probabilidad de ocurrencia es menor del 1% durante la vigencia del contrato
2	Ocasional	El número de eventos con probabilidad de ocurrencia se estima entre el 1% y el 5% durante la vigencia del contrato.
3	Frecuente	El número de eventos con probabilidad de ocurrencia se estima entre 5.1% y 10% durante la vigencia del contrato.
4	Muy Frecuente	El número de eventos con probabilidad de ocurrencia se estima mayor al 10% durante la vigencia del contrato.

Entre otros, los riesgos que deberá asumir el contratista serán los siguientes:⁸⁵

Tabla 2			
Matriz de Riesgos			
	Tipificación del Riesgo	Asignación del Riesgo	Estimación del Riesgo
Clase			

⁸⁵ Hemos denominado esta la Tabla 2 y hemos incluido únicamente los riesgos asociados a las visitas no practicadas por causas ajenas al contratista. En negrilla están los apartes que se agregaron y tachadas las que estaban y se quitaron en esta versión.

	Descripción	Contratista	ICBF	Nivel de probabilidad de ocurrencia	Eliminación/ Mitigación
Operativos	No realización de visita efectiva al punto de atención por (i) Cierre temporal no informado por el operador o agente educativo. (ii) Cierre definitivo no informado por el operador o agente educativo (iii) Acceso denegado por el operador o agente educativo. (iv) Datos errados de ubicación de los puntos de atención. * El contratista asume el riesgo cuando éste ocurra hasta en el equivalente al 5% de las visitas a punto de atención exigidas en el contrato para cada programa.	x	x	3	<ul style="list-style-type: none"> •Actualización permanente de los directorios y puntos de atención de coordinación con la dirección de cada programa, centros zonales, regionales del ICBF y los operadores o proveedores. •La entidad Interventora podrá efectuar reprogramación de visita en otro punto de atención siempre y cuando se puedan realizar en el horario y condiciones establecidas en el contrato (Metas de visitas establecidas y lineamientos de cada programa.) <p>Las demás acciones que considere el contratista.</p> <p>Las visitas a puntos de atención no efectivas a partir del 5.1% de ocurrencia, serán descontadas de la meta de revisión y aprobación del ICBF.</p>
 No acceso del profesional Interventor al punto de atención o municipio por: (i) orden público alterado (ii) terremotos y/o movimientos telúricos. La ocurrencia del riesgo debe demostrarse mediante certificación de la autoridad competentes	x		2	<ul style="list-style-type: none"> •La entidad Interventora podrá efectuar reprogramación de visita en otro punto de atención siempre y cuando se puedan realizar en el horario y condiciones establecidas en el contrato. (Metas de visitas establecidas y lineamientos de cada programa.) •Las demás acciones que considere el contratista.

8. El 21 de agosto de 2009, un día después, el ICBF publicó en el SECOP la Adenda 2 en la que mantuvo la tabla sobre la probabilidad de ocurrencia y modificó la matriz de riesgos en lo que respecta las visitas de la siguiente manera⁸⁶:

⁸⁶ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP. 19. Adenda 2. Pgs.1-4. Nuevamente, hemos tachado lo que se eliminó de la matriz anterior y hemos subrayado lo que se agregó.

Tabla 2					
Matriz de Riesgos					
Clase	Tipificación del Riesgo	Asignación del Riesgo		Estimación del Riesgo	
		Contratista	ICBF	Nivel de probabilidad de ocurrencia	Eliminación/ Mitigación
Operativos	No realización de visita efectiva al punto de atención por (i) Cierre temporal no informado por el operador o agente educativo. (ii) Cierre definitivo no informado por el operador o agente educativo (iii) Acceso denegado por el operador o agente educativo. (iv) Datos errados de ubicación de los puntos de atención.	x	x	3	<ul style="list-style-type: none"> •Actualización permanente de los directorios y puntos de atención de coordinación con la dirección de cada programa, centros zonales, regionales del ICBF y los operadores o proveedores. •La entidad Interventora podrá efectuar reprogramación de visita en otro punto de atención siempre y cuando se puedan realizar en el horario y condiciones establecidas en el contrato (Metas de visitas establecidas y lineamientos de cada programa.) •Las demás acciones que considere el contratista. <p>Nota: El ICBF asume el riesgo de las visitas no efectivas hasta el 5%. El contratista asume este riesgo en porcentajes superiores al 5%.</p> <p>En caso de que la visita no sea efectiva por circunstancias distintas a las aquí previstas, serán atribuibles en su totalidad al contratista.</p> <p>Las visitas a puntos de atención no efectivas hasta el 5% de las de ocurrencia, serán descontadas de la meta, previa aprobación del ICBF.</p> <p>La carga de la prueba de las casusas de las visitas no efectivas, establecidas como riesgo estará siempre a cargo del contratista.</p>

.....				
No acceso del profesional Interventor al punto de atención o municipio por: (i) orden público alterado (ii) terremotos y/o movimientos telúricos. La ocurrencia del riesgo debe demostrarse mediante certificación de la autoridad competentes	x		2	<ul style="list-style-type: none"> •La entidad Interventora podrá efectuar reprogramación de visita en otro punto de atención siempre y cuando se puedan realizar en el horario y condiciones establecidas en el contrato. (Metas de visitas establecidas y lineamientos de cada programa.) •Las demás acciones que considere el contratista.

9. El 24 de agosto de 2009 se recibieron las propuestas según consta en el Acta de Cierre de esa fecha. ⁸⁷

10. El 4 de septiembre de 2009 se celebró “Audiencia Pública de Apertura sobre Económico y Adjudicación del Concurso de Méritos” en la cual se le adjudicaron a Interlimentos la Macro Región 1 y la Macro Región 2. ⁸⁸

11. El 18 de septiembre de 2009 se firmaron los contratos 430 y 431 entre el ICBF y el Consorcio Interlimentos, cuyo objeto era:

“Realizar en la Macro Región No. Uno (1)⁸⁹ la interventoría de los contratos a través de los cuales se desarrollan los Programas Estratégicos del Gobierno Nacional que dirige el ICBF, así como realizar la asesoría, control y seguimiento de la ejecución del Programa Desayunos Infantiles con Amor y demás Programas Estratégicos que el ICBF determine.”⁹⁰

El valor de los citados contratos fue establecido a precio global, por \$1.235.626.241,00 en el caso del 430 y por \$1.264.896.132,00 en el caso del 431. Con las adiciones pactadas el 430 ascendió a la suma de \$1.829.547.332,00 y el 431 a la suma de \$1.783.191.303.

12. La matriz de riesgos en uno y otro contrato eran idénticas en lo que respecta a las visitas no practicadas por causas ajenas al contratista, a la que se publicó en la Adenda 2 que ya mencionada. En todo caso el riesgo por las visitas no realizadas superiores al 10%, originadas en las mismas circunstancias ajenas al contratista no le

⁸⁷ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP.20. Acta de Cierre.

⁸⁸ Cuaderno Principal 1. Folio 240 que contiene un CD. Documentos SECOP.35. Acta Audiencia Pública adjudicación.

⁸⁹ El contrato 431 tienen objeto idéntico pero se refiere a la Macro Región Dos (2).

⁹⁰ Folio 5 del Cuaderno de Pruebas 1.

fue asignado, en contraste con el relacionado con circunstancias distintas a las contempladas⁹¹ (Ver Tabla 2)

13. Ambos contratos contenían la siguiente nota, enseguida de las matrices de distribución de riesgo:

*“Se aclara que los anteriores riesgos están mencionados de manera enunciativa y explicativa sin que se entiendan agotados todos los riesgos inherentes y relacionados con el objeto de la presente contratación, los cuales se entienden asumidos por el contratista salvo expresa manifestación en contrario por parte del ICBF; por consiguiente es responsabilidad del contratista durante la etapa del proceso y antes del cierre, hacer las observaciones que estime pertinentes en razón de su conocimiento especializado y del servicio objeto de esta contratación. El ICBF se reserva el derecho a acoger o no las observaciones que se formulen acerca de la distribución de los riesgos previsibles a cargo del contratista. EL nivel de probabilidad de ocurrencia de los riesgos y la afectación del contrato depende de la efectividad o no de las acciones realizadas por el contratista para eliminar o mitigar según sea el caso, los riesgos que se presenten durante la ejecución del contrato”.*⁹²

Los dos contratos se prorrogaron el 28 de diciembre de 2009 hasta el 31 de octubre del 2010.

14. Durante la etapa de ejecución del contrato, el contratista no realizó algunas de las visitas previstas en el Plan, alegando “causas ajenas al contratista” o “inejecución de visitas por programación no imputable al contratista”. Otras visitas efectivamente realizadas no fueron reconocidas por el contratante por factores como “tiempos de duración, requisitos formales, firmas o soportes”⁹³.

15. El 10 de diciembre de 2010 se celebraron unas reuniones entre las partes, que quedaron plasmadas en el “Acta Reunión Sobre Cumplimiento De Planes De Visita De Los Programas Desayunos Infantiles Con Amor, Leche Para Todos Y Adulto Mayor, Señalados En El Contrato 430 De 2009” y “Acta Reunión Sobre Cumplimiento De Planes De Visita De Los Programas Desayunos Infantiles Con Amor, Leche Para Todos Y Adulto Mayor, Señalados En El Contrato 431 De 2009”⁹⁴.

⁹¹ Folios 34-39 y 79-88 del Cuaderno de Pruebas 1.

⁹² Folios 39 y 83 del Cuaderno de Pruebas 1.

⁹³ Folios 582 a 588. Cuaderno de Pruebas 1. Documento denominado Constancia de Inconformismo y negativa a suscribir por mutuo acuerdo el acta de liquidación del contrato 430 de 2009.

⁹⁴ Folios 381-390. Cuaderno de Pruebas 1.

16. En estas actas, se reconoció el porcentaje de visitas realizadas para cada una de las categorías consideradas en los contratos así:

ACTA REUNION SOBRE CUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE VISITA DE LOS PROGRAMAS DESAYUNOS INFANTILES CON AMOR, LECHE PARA TODOS Y ADULTO MAYOR, SEÑALADOS EN EL CONTRATO 430 DE 2009

PROGRAMA DESAYUNOS INFANTILES CON AMOR

PUNTOS DE DISTRIBUCION

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	2135	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	2177	102%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	0	

PLANTAS Y BODEGAS

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	61	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	41	67%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	20	33%

PROGRAMA LECHE PARA TODOS

PUNTOS DE DISTRIBUCIÓN

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	104	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	99	95%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	5	5%

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACION PARA EL ADULTO MAYOR

RACION PREPARADA

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	1117	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	1096	98%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	21	2%

RACION PARA PREPARAR

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	381	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	358	94%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	23	6%

RACION PARA PREPARAR EXCLUSIVA

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	61	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	57	93%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	4	7%

PLANTAS, BODEGAS

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	16	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación	14	88%

por tiempos.		
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	2	12%

QUEJAS Y RECLAMOS Y APERTURA Y CIERRE DE PUNTOS

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	240	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	165	69%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	75	31%

ACTA REUNION SOBRE CUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE VISITA DE LOS PROGRAMAS DESAYUNOS INFANTILES CON AMOR, LECHE PARA TODOS Y ADULTO MAYOR, SEÑALADOS EN EL CONTRATO 431 DE 2009

PROGRAMA DESAYUNOS INFANTILES CON AMOR

PUNTOS DE DISTRUBUCIÓN

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	1298	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	1387	107%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	0	

PLANTAS Y BODEGAS

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	62	100%

Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	48	77%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	14	23%

PROGRAMA LECHE PARA TODOS

PUNTOS DE DISTRIBUCIÓN

CONCEPTO	CANTIDAD	PORCENTAJE
Total visitas previstas en el Plan	172	100%
Total visitas realizadas durante la ejecución del contrato Nota: Incluye visitas de compensación por tiempos.	170	99%
Total de visitas no realizadas durante la ejecución del contrato	2	1%

17. En ambas actas quedó plasmado que no hubo acuerdo sobre los valores unitarios por visita, como sigue:

“Costos para efectos de liquidación

Pronunciamiento sobre costos asignados. El representante legal del Consorcio manifiesta: ‘Solicitamos que se adelante una evaluación para efectos de liquidación de los valores unitarios de costos definidos unilateralmente por la entidad ya que no compartimos ni el monto ni la metodología de cálculo utilizada a lo largo de la ejecución del contrato así como lo hemos manifestado previamente, teniendo en cuenta lo anterior, es preciso determinar a la mayor brevedad un escenario previo a la liquidación para pactar los costos unitarios aplicables tomando como antecedentes el estudio de costos realizados por la entidad y considerando los rubros de gastos de viaje y honorarios de personal de campo que son los afectados, así como las condiciones utilizadas para la contratación de las Interventorías entrantes (Consorcio C&R e Interventoría Social). En aplicación del principio de equidad.’”⁹⁵(Subrayado fuera del texto)

18. El 2 de febrero de 2011 se reunió el Comité de Contratación del ICBF según consta el acta respectiva⁹⁶ que reza:

....

⁹⁵ Folios 384-385 y 390. Cuaderno de Pruebas 1.

⁹⁶ Folios 391-401 . Cuaderno de Pruebas 1.

“Por lo anterior, el Comité de Contratación para su época aprobó que no fueran reconocidas monetariamente las visitas que no cumplieran con los estándares técnicos exigidos por el ICBF y se aplicara para el efecto el valor de las visitas de fácil y difícil acceso para Adulto Mayor, Día y Leche para Todos según los cálculos establecidos por la Dirección de Planeación con base en el estudio de costos del CM-003 de 2009 y que estos valores se reconocieran una vez se dieran las aclaraciones y se presentaran los soportes correspondientes previa aceptación del supervisor de los contratos. Esto con el fin de permitir un flujo de efectivo para los contratistas

...

[Se hace un listado de costos por Macroregión y Programa]

Se informa al Comité que por solicitud de los contratistas, los profesionales de la Dirección de Planeación y Control de Gestión, Dirección Logística y de abastecimiento estratégico y la Oficina de Aseguramiento a la Calidad del ICBF, revisaron los cálculos que se tuvieron en cuenta en el estudio de costos del Concurso de Méritos No 003 de 2009, estimándose unos nuevos valores a partir del análisis sobre la dedicación de los profesionales administrativos y técnicos de la interventoría, por lo que se solicita la aprobación del Comité, para la aplicación de los nuevos valores por concepto de visitas para el no reconocimiento monetario de las mismas por incumplimiento de los estándares técnicos y/o para el reconocimiento de los mayores valores retenidos de visitas justificadas por las firmas contratista.

...

[Se hace un listado por Macroregión y Programa]

Con base en el acta de los funcionarios que revisaron el estudio de costos y en la información suministrada por la Oficina de Aseguramiento a la Calidad, el Comité aprueba la modificación de los valores de las visitas de los contratos 430,431 y 432 de 2009 y su aplicación en los casos de no reconocimiento monetario de las mismas y/o para el reconocimiento de los mayores valores retenidos de visitas justificadas por las firmas contratistas.

Decisión: Aprobó: X ”⁹⁷
(Subrayado fuera del texto)

19. El 11 de febrero de 2011, el Consorcio Inter alimentos radicó en el ICBF una comunicación dirigida a Roberto Conde Romero en la que resalta su inconformidad con los cálculos relacionados con las visitas y solicita una copia del proyecto de acta de liquidación de los contratos 430 y 431 “en virtud a los pasos y plazos pertinentes para

⁹⁷ Folios 393-398. Cuaderno de Pruebas 1.

*la liquidación bilateral contenidos en las referencias citadas en desarrollo de lo prescrito en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007*⁹⁸.

Dice más adelante:

(...)

“Los valores retenidos, que fueron calculados unilateralmente por la entidad, se apartan de los contenidos en nuestra oferta económica pues parten de presupuesto de costos unitarios que no guarda consistencia con los conceptos y valores presentados en nuestra oferta realizada a la entidad con la propuesta presentada y aceptada para la adjudicación del contrato.

De igual manera, evidencian que fueron calculados desconociendo la realidad de la ejecución al tratar de cargar costos fijos incurridos al contratista como son los de personal directivo, administrativo y operativo que no realizan visitas de campo y cuya injerencia no tiene una relación lineal con el número de visitas realizadas como así se pretende costear.

Por lo anterior, el balance de valores unitarios propuesto por esa Oficina para la liquidación no pretende desconocer el valor de servicios no recibidos, sino además sancionar al contratista al suponer que las visitas no validadas deben penalizar costos que no guardan relación directa con esta (..)”

20. El 11 de febrero de 2011, el Consorcio Interalmimentos radicó una solicitud dirigida a Elvira Forero Hernández, directora del ICBF, cuyo asunto era *Liquidación de contratos 430 y 431* y que contenía idénticas consideraciones sobre el monto al que se le habían descontado las visitas.⁹⁹

21. EL 4 de marzo de 2011, el ICBF le dio respuesta al Consorcio Interalmimentos justificando el valor unitario de las visitas descontadas así:

“Respecto a los saldos pendientes por concepto de diferencias originadas en el reajuste de valores unitarios de visitas, la supervisión del contrato reportó que a partir de los cálculos iniciales efectuados por el área de apoyo a la supervisión y compartidas en su oportunidad con la empresa contratista, el valor a reconocer es la suma de \$ 23.596.683 para la macro región uno y \$ 4.056.926 para la macro región tres, para un total de \$27.653.609 tal y como se registró en la reunión con la firma y esta supervisión el día 23 de febrero de 2011.”

⁹⁸ Folio 422. Cuaderno de Pruebas 1.

⁹⁹ Folio 435. Cuaderno de Pruebas 1.

...
*Se debe deducir la suma de \$ 28.356.517,30 la cual se le reconocerá al contratista por concepto de reajuste en el valor de las visitas y restar la suma de \$ 33.795.994,22 que corresponde al valor de visitas por quejas y reclamos del programa PNAMM (macro región 1) que el ICBF no demandó durante la vigencia del contrato...”*¹⁰⁰

22. El 10 de mayo de 2011, Gustavo García Bate, Director de Planeación y Control Gestión de la Entidad le mandó un memorando a Roberto Conde, Jefe de la Oficina de Aseguramiento de calidad en el que le comunica que

*“En razón a que no fue posible obtener los requerimientos cuantificados de parte del Consorcio Interalimentos, el ICBF se ratifica en el cálculo ajustado sobre el costo unitario de visitas.”*¹⁰¹

23. El 12 de enero de 2012 Rosa María Navarro Ordóñez, secretaria general del ICBF, suscribió las actas de liquidación unilateral de los contratos 430 y 431 de 2009 sin la firma del representante legal del Consorcio Interalimentos.¹⁰²

En dichas actas se incluyeron dos cuadros de liquidación de los contratos así:

Para el 430¹⁰³

VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$ 1.235.626.241,00
VALOR ADICIÓN NO. 1	\$593.921.091,00
VALOR TOTAL DEL CONTRATO	\$ 1.829.547.332,00
VALOR EJECUTADO Y PAGADO AL ICBF	\$ 1.652.798.775,41
PAGO NO EFECTUADO POR CONCEPTO DE HALLAZGO DE VISITAS	\$ 37.554.419,69
BOLSA DE VISITAS DE QUEJAS Y RECLAMOS NO REQUERIDAS	\$ 33.193.950,00
DESCUENTOS POR CALIDAD Y OPORTUNIDAD	\$ 106.000.186,90
VALOR A LIBERAR A FAVOR DEL ICBF	\$ 176.748.556,59

¹⁰⁰ Folio 433. Cuaderno de Pruebas 1

¹⁰¹ Folio 402. Cuaderno de Pruebas 1.

¹⁰² Folios 375-380. Cuaderno de Pruebas 1.

¹⁰³ Folios 376-377. Cuaderno de Pruebas 1.

Para el 431¹⁰⁴

VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$ 1.264.896.132,00
VALOR ADICIÓN NO. 1	\$ 518.295.170,00
VALOR TOTAL DEL CONTRATO	\$ 1.783.191.303,00
VALOR EJECUTADO Y PAGADO AL ICBF	\$ 1.658.221.769,92
PAGO NO EFECTUADO POR CONCEPTO DE HALLAZGO DE VISITAS	\$ 7.969.458,98
DESCUENTOS POR CALIDAD Y OPORTUNIDAD	\$ 117.000.074,10
VALOR A LIBERAR A FAVOR DEL ICBF	\$ 124.969.533,08

En las dos actas de liquidación se deja constancia de lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

1. *Que La presente acta de liquidación se suscribe de acuerdo con la información reportada y certificación suscrita por los supervisores, el 29 de abril de 2011 quien da fe de la ejecución idónea y de la inexistencia de incumplimientos o requerimientos causados por el contratista, para constancia suscribe el acta”*

24. El 12 de enero de 2012 el Consorcio Interalmimentos radicó en el ICBF una comunicación de “inconformismo y negativa a suscribir las actas de liquidación” del acta de liquidación del Contrato 430 que en el punto 4 decía:

“No son coherentes, justos ni consistentes los valores unitarios y cantidades totales utilizados para determinar el valor por inejecución de visitas ante programación no imputable al contratista y por Bolsa de Visitas por Quejas y Reclamos no requeridas” y más adelante expresa “ La necesidad de concertar bilateralmente valores unitarios y objeciones a los esquemas planteados se sustenta en el hecho de que se está induciendo una reducción del valor del contrato en el cual se toman supuestos costos fijos en que incurrimos como contratistas los cuales no guardaban relación lineal con los productos no entregados por causas ajenas a nuestra gestión” .¹⁰⁵

25. El 2 de julio de 2013 Adriana María González Maxcyclak, subdirectora del ICBF expidió la resolución 5004 y 5199 del 2 de julio de 2013 mediante las cuales liquidó unilateralmente los Contratos de Interventoría No. 430 y 431 de 2009.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Folio 379 y 380. Cuaderno de Pruebas 1.

¹⁰⁵ Folio 583. Cuaderno de Pruebas 1

¹⁰⁶ Folios 322-333. Cuaderno de Pruebas 1.

En las dos resoluciones se liquidan los contratos utilizando las mismas tablas que hacen parte del hecho 22.

26. El contratista interpuso recurso de reposición y el 25 de septiembre de 2013 Adriana María González Maxyclack expidió las resoluciones 8466 y 8467 mediante las cuales confirmó las resoluciones 5004 y 5199 del 2013.¹⁰⁷

27. En cuanto a las causas de la falta de ejecución el Consorcio adujo a lo largo del proceso que se trata de las fallidas o de imposible realización por errores en las direcciones, acceso denegado, y causas de orden público Así se colige del testimonio de Francisco José Medina Barragán.

“DR. HADAD: ¿Dígale al Tribunal cuáles fueron las razones por las cuales ciertas visitas programadas en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009 no se pudieron llevar a cabo, si ello fue informado al ICBF y si por este motivo se inició un proceso sancionatorio contra el Consorcio Interalimentos?”

SR. MEDINA: Las razones por las que no se ejecutaron visitas principalmente fueron situaciones ajenas a nosotros relacionadas con los directorios que nos entregaba la entidad, nosotros teníamos que cumplir con una meta y frente a la meta que teníamos que cumplir, teníamos que presentar un plan de visitas que la entidad revisaba y aprobaba periódicamente y eso correspondía a unos puntos de funcionamiento de unos programas, al programa Nacional de Alimentación del Adulto mayor, el programa de Desayunos Infantiles con Amor y un programa que se denomina Leche Para Todos.”

De esos programas teníamos que cumplir (que) unas metas y las situaciones de la ejecución que mes a mes se presentaban llevaban a que podía existir respecto un promedio mensual de esas metas y se hiciera una inejecución, en cuyo caso lo que se procuraba era, en los períodos posteriores completarla y en cada uno de los informes que presentábamos a la entidad se le iba informando, entonces para la segunda pregunta la respuesta es sí, la entidad estaba en conocimiento de que había una menor ejecución y no tuvimos nosotros algún proceso sancionatorio asociado con esa menor ejecución de visitas, de hecho la entidad era consiente de esa situación.

“DR. HADAD: ¿Alguna de las visitas que no se realizaron fueron por causas imputables exclusivamente al Consorcio?”

“SR. MEDINA: Ninguna.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Folios 334-374 del Cuaderno de Pruebas 1.

28. El ICBF en la contestación de la demanda aduce que las visitas fueron reprogramadas o pagadas al contratista.

“Hecho décimo séptimo de la demanda:

“Décimo Séptimo.- Debido a circunstancias no imputables al Consorcio fue imposible la realización de la totalidad de las visitas que estaban programadas para ambos contratos, tal como se puede evidenciar en las actas suscritas por las partes el 10 de diciembre de 2010 denominadas “Acta Reunión Sobre Cumplimiento de los Planes de Visita de los Programas Desayunos Infantiles con Amor –DIA-, Leche para Todos –LPT- y Adulto Mayor” para los contratos 430 y 431, en la cual se consignó tanto la meta prevista como el número de vistas realizadas.”¹⁰⁹

Contestación del ICBF:

*El “décimo séptimo” es parcialmente cierto, porque los descuentos por este concepto no se deben a circunstancias no imputables al Consorcio; por el contrario, las visitas de imposible ejecución y fallidas fueron reprogramadas o pagadas si el contratista aportaba los soportes pertinentes.*¹¹⁰

29. Las partes no tienen desavenencias sobre las causas que imposibilitaron la realización de ciertas visitas, pero mantienen desacuerdo sobre la posibilidad y metodología de descontarlas del precio del contrato, como se hizo al tiempo de liquidación del contrato.

3.3. Consideraciones del Tribunal

Del análisis probatorio surge que el problema jurídico real consiste en determinar los efectos monetarios de la matriz de riesgos por visitas no ejecutadas no imputables al contratista, que se consideraron **riesgos previsible del contrato** y se asignaron a las partes desde la etapa precontractual. Como el precio se pactó por valor global, no se hizo distinción alguna por valor unitario de las visitas por programas y mucho menos por la ubicación geográfica o accesibilidad del lugar a visitar.

Nótese que se asumió como previsible el riesgo de no poder ejecutar las visitas planeadas, de tal forma que el ICBF admitió hacerse cargo del riesgo de visitas fallidas hasta el 5% de la meta, entendiendo que las causas podrían ser, sin limitarse a ellas,

¹⁰⁸ Folio 15 vuelto del Cuaderno de Testimonios.

¹⁰⁹ Folios 14 y 15 Cuaderno Principal 1.

¹¹⁰ Folio 245 Cuaderno Principal 1

cierre temporal o permanente del punto de atención, denegación de acceso, o falta de ubicación por datos errados. De allí que la probabilidad de ocurrencia de este riesgo se estimó en el rango 3, “*de frecuente ocurrencia*” y la acción que se impuso para mitigar el riesgo y su consecuencia económica fue la reprogramación de la visita por el Supervisor, en concurso con el contratante, en caso de que fuere posible, como lo indica la matriz de riesgo. Esa atribución de riesgo al ICBF le impide resarcirse monetariamente de la ocurrencia del evento asumido.

El contratista, por su parte, aceptó hacerse cargo del costo de las visitas fallidas superiores a 5,1% y hasta el 10%, como riesgo compartido, por el mismo tipo de eventualidades y aceptó como carga económica y operativa la reprogramación y sobrecostos de la visita fallida. Parecería suficiente carga financiera para el contratista costear la planeación y administración de esas tareas fallidas y además asumir el costo de las reprogramadas, considerando que el contratante le advirtió que la contingencia de la ocurrencia del riesgo era tan frecuente que podía alcanzar al 10%. Finalmente, cada uno quedó asumiendo un riesgo cercano al 5% (5% el ICBF y el 4,9% el contratista) lo que no permite reclamar tampoco al contratista el desequilibrio económico ni solicitar mayores costos por la ejecución del contrato.

No sobra advertir que las visitas no efectivas por circunstancias distintas a las previstas en la matriz de riesgo, serían atribuibles en su totalidad al contratista.

Ninguna de las visitas por metas no realizadas objeto de este proceso se atribuyó en el curso del proceso arbitral a circunstancias de incumplimiento del contratista; es más, en consonancia con el acta de 10 de diciembre de 2010 se reconoce que las causas corresponden a hechos ajenos a la voluntad del contratista, según clasificación que sigue de cerca la misma terminología empleada en la matriz de riesgo. En los dos casos en los que se superó el porcentaje del riesgo previsible, el costo se asignó completamente al contratista quien sostuvo, en las constancias que dejó en la misma reunión, que se trató de las mismas circunstancias impeditivas, ajenas a su voluntad y en algunos casos a circunstancias formales en el diligenciamiento de las actas.

Por extraño que parezca, las visitas no realizadas por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito (orden público, terremoto, etc.) fueron asumidas contractualmente por el contratista hasta el 5%, como hechos ocasionales que no afectarían el equilibrio del contrato, según aparece en las adendas 1 y 2. En el acuerdo de voluntades se puede apreciar un estimado de 240 en el contrato 430 y 275 en el 431. En la ejecución se realizaron 165, con cargo al primer contrato y 336 con relación al segundo, cuando se presentaron quejas o reclamos por parte de los beneficiarios, la ciudadanía las veedurías o las instituciones. Como se trataba de una obligación condicional incluida en el contrato -en caso de presentarse- no se estipuló que la

modalidad de remuneración adicional de esas visitas, sino que quedaban retribuidas como parte del precio global. Nótese que, si se presentaran quejas en un número superior a las previstas, lo que a su vez conllevará un mayor número de visitas no se pactó que se ajustaría el precio del negocio jurídico; precisamente eso fue lo que realmente ocurrió en el contrato 431, en el que se certificó una sobre ejecución de visitas. Por simetría, tampoco se pactó disminuir el precio en caso de que las visitas por quejas y reclamos fuesen inferiores a la estimación del riesgo contractual.

En ninguna de las estipulaciones del contrato ni en la etapa precontractual se estableció un precio unitario para las visitas a las plantas de almacenamiento y conservación de alimentos, puntos de distribución, ni a los lugares de preparación y mucho menos se estableció un valor o método para valorar el costo de las visitas contingentes por quejas y reclamos.

Lo cierto es que ni el contrato ni la matriz de riesgo permiten llegar a admitir un descuento del precio por una eventualidad prevista y calculada como posible y por ello tampoco existe metodología alguna para fijarlo. Lo que sí se contempla es un **descuento de la meta**, es decir, del resultado exigible al contratista, con el fin de justificar el cumplimiento adecuado.

Naturalmente, prevista la asignación de riesgo y materializado éste, no hay incumplimiento contractual. La resolución 8466 por la cual se resuelve el recurso de reposición afirma que *“por el bajo porcentaje que estas visitas representaban con respecto a la ejecución total del contrato, la supervisión consideró que **no se estaba frente a un incumplimiento de las obligaciones y mucho menos frente al incumplimiento del objeto contractual** (...) “ En términos generales **el contrato se cumplió y las visitas no efectuadas o efectuadas de manera incorrecta se descontaron de los pagos**, ya que como anteriormente se explicó esta opción estaba prevista en las cláusulas del contrato”.*

La resolución 8467 de 2013 afirma que el comité de contratación de 2 de junio de 2010 distinguió los eventos fallidos, para aclarar que si se probaba que el contratista se había desplazado durante la reprogramación y no había podido ejecutar la visita en esa segunda instancia se hacía el pago; al contrario, si la visita no podía practicarse por ausencia de quejas, se practicaba el descuento.

“En desarrollo de contrato se presentaban visitas de imposible ejecución y visitas fallidas. Las primeras consistían en visitas programadas que no era posible realizar por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, no imputables al interventor. Si las visitas no eran realizadas por estas causas, la coordinación del Programa procedía a reprogramarlas en los meses siguientes. Si el

desplazamiento se había realizado sin poder efectuarse la visita, el ICBF procedía a solicitarle al contratista una certificación expedida por autoridad competente sobre la circunstancia presentada y con esta prueba, la supervisión procedía a viabilizar el respectivo pago”

*“De otra parte y en lo que respecta a visita no reconocidas pertenecientes a la bolsa de quejas y reclamos, es pertinente señalar que el contrato celebrado con la empresa interventora, preveía la realización de visitas de quejas y reclamos que eventualmente formularan los beneficiarios de los programas, la ciudadanía, veedurías o instituciones. **Dichas visitas se hacían exigibles para el contratista solo en el evento en que se presentara la queja. Si no se presentaba, sencillamente no se le solicitaba a la interventoría efectuar la visita y no se causaba el derecho a cobrarlas.**” (Subrayado y negrillas hacen parte del texto)*

Pese a no haberse pactado, está probado que en la liquidación del contrato se descontaron las visitas según precios unitarios no convenidos, establecidos por el Comité del ICBF valorando cada visita fallida con una metodología que atiende la zona geográfica y accesibilidad del sitio a visitar, que tampoco se acomoda a los valores de la propuesta. El consorcio contratista nunca manifestó su acuerdo y propuso como alternativa de solución, descontar únicamente los costos directos de las visitas presupuestadas sin que su propuesta hubiese sido atendida. En efecto, la Resolución 5004 de 2 de julio de 2013 liquida unilateralmente el contrato 430 descontando las sumas de \$37.554.419,69 en razón de “hallazgos de visitas y la suma de \$33.193.950 por Bolsa de visitas por quejas y reclamos no requeridas. A su vez, la Resolución 5109 de 5 de julio de 2013 por la cual se liquida el contrato 431 descuenta la suma de \$7.969.458,98 por concepto de “hallazgos de visitas”.

En este punto el Tribunal está en capacidad de responder al problema jurídico por temas así:

3.4. Modificación unilateral.

El Tribunal advierte, en primer lugar que la entidad debía sujetarse a la planeación del contrato que ella misma dirigió en la etapa precontractual y al acuerdo final alcanzado en el contrato, de manera que no podía sustraerse al procedimiento y reparto del riesgo compartido, según lo establecido para calificar las visitas que resultaren fallidas de acuerdo al volumen real y mucho menos imputar unas consecuencias no advertidas al contratista cuando se presentaran visitas de imposible cumplimiento o fallidas, por causas ajenas al propio contratista, como ocurrió en este caso.

Tampoco podía modificar el contrato según sus propios intereses, ni siquiera por circunstancias que pudieran considerarse de interés general, sin acordar con el contratista un pacto adicional consensuado sobre los valores en disputa, especialmente cuando el contratista había entendido que el costo directo podría serle sustraído del precio global y así lo admitía, según aparece documentado.¹¹¹

Ese acuerdo de voluntades podría, legítimamente, haberse llevado a una estipulación contractual que avalara el descuento y consecuente pago de un menor precio global, en armonía con el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, sin afectar el equilibrio del contrato. Como esa misma norma advierte, si “las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”. Eso no fue lo que ocurrió puesto que, como se encuentra probado, fue el Supervisor y luego el Comité Financiero quienes modificaron el precio suprimiendo los trabajos que por distintas razones no se ejecutaron pese a encajar dentro del margen del riesgo asumido por las partes.

El Tribunal admitiría la modificación contractual si hubiera mediado el consentimiento de las partes con ciertas limitaciones, pero en este caso no se produjo. Para reafirmar esta idea basta con citar a la Corte Constitucional (Sentencia C-300/12) así:

“Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.¹¹² Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros.

La misma providencia con apoyo en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil afirma:

.. el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, (...) que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes”.

¹¹¹ Ver las Actas de Reunión Sobre Cumplimiento a folios 381-405 del Cuaderno de Pruebas 1, específicamente las declaraciones finales del Contratista a folios 384-385 y 405.

¹¹² Sobre la naturaleza instrumental del contrato para alcanzar los fines propios del estado social de derecho, ver la sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En cualquier caso, como la misma Corte enseña y este Tribunal comparte la tesis, **“la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico**, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato.¹¹³ En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales.^{114”}

Así, mal podría trastocarse un contrato a precios globales en uno de precios unitarios y tampoco es viable mudar la naturaleza de una obligación condicional como las visitas para comprobar quejas y reclamos de tal forma que se convierta en una obligación por demanda efectiva, cuando esa no fue la filosofía del contrato tal como fue concebido.

3.5. Sobre el reparto de los riesgos previsibles.

Bajo el criterio de la reciprocidad de los contratos bilaterales las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes o sinalagmáticos.

La Ley 1150 de 2007 fue muy clara al reconocer el equilibrio económico- financiero del contrato, y por ello, con el propósito de evitar diferendos por desequilibrios obligó a las entidades estatales contratantes a incluir y distribuir los riesgos previamente, junto con los proponentes.

“Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las

¹¹³ Varios doctrinantes resaltan este punto. Por ejemplo, Dávila Vinueza define la modificación del contrato estatal así: “Cuando se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa”. Cfr. DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2001, p. 387.

¹¹⁴ Esta disposición señala: “ARTICULO 1501. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

Luego esos riesgos detectados, que se pueden presentar a lo largo del contrato, se convierten en previsibles y asumidos por una de ellas en la medida en que se identifiquen, se cuantifiquen y se atribuyan en el pacto a una de las partes contractuales que mayor aptitud tenga para afrontarlos. Obviamente, se excluyen de la teoría de la imprevisión de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Otra consecuencia natural del pacto del riesgo es que la pérdida cuantificable, como la diferencia económica entre el resultado obtenido y el esperado idealmente, es asumida por quien aceptó ese riesgo que finalmente se materializó. Puede ser menor si se logró mitigar el riesgo y su sobre costo. Como dice con razón a doctrina: *“Al conjunto de obligaciones y derechos de cada una de las partes, surgidas de la definición contractual de las prestaciones del contrato, se agregan las cargas de los riesgos que asumen como propios. La materialización de uno de estos riesgos generará la obligación de soportar sus consecuencias para quien lo haya asumido, sin derecho a reclamar a la otra parte indemnización alguna”*¹¹⁵

En este caso, las prestaciones de hacer del Consorcio se remuneran con un valor global que se consideró equivalente al valor de lo recibido como intervención en los programas estratégicos del ICBF. Los riesgos, que según el ICBF no serían mayores al 10%. Aunque en las visitas programadas en los casos de las plantas alcanzaron cifras superiores, pero por lo general se mantuvieron controlados por debajo del 5% y 10%.

Tales riesgos, que efectivamente se materializaron, no se pueden confundir con los incumplimientos contractuales que son amparados por las garantías y pueden descontarse del precio, y en caso extremo merecen la caducidad. Los primeros evitan tener que fijar la responsabilidad por el daño puesto que se deben realizar acciones de mitigación y si no bastan para contrarrestarlo en todo caso quien asumió el riesgo asume la carga de sobre costos o gastos sin reparación contractual distinta de la pactada. Los riesgos de bajo impacto y ocurrencia poco frecuente no afectarán en mayor medida el equilibrio del contrato y por ello se señala el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato sin tener que enfrentar una controversia judicial o extrajudicial.

Los pactos sobre obligaciones condicionadas a la realización de un evento futuro e incierto, como las de la Bolsa de quejas y reclamos que se presentaran, por la

¹¹⁵ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, BENAVIDES, José Luís, (compiladores). Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007. Editorial: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 459

contingencia que comportan no afectan el precio, de manera que no se da en ellos la figura del desequilibrio de la ecuación contractual, concebida por la ley 80 de 1993 como “*la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar*”, según el caso. En ese caso las prestaciones remuneratorias fijas tal como fueron pactadas no pueden disminuirse porque el riesgo amparado ocurrió y fue asumido por el contratista siempre que tuvo la certeza de la queja.

Por contraste, cuando cualquiera de las partes deje de atender las cláusulas del contrato, esto es, no cumpla sus obligaciones, o las ejecute imperfectamente se predica incumplimiento contractual. Ahora ese incumplimiento generó un daño o perjuicio, que fue consecuencia del incumplimiento del deudor por inobservancia del principio de reciprocidad. La carga de probar el daño efectivamente padecido, así como su extensión y valor, recae sobre el acreedor demandante, pues a falta de toda prueba del perjuicio demandado no procede indemnización alguna¹¹⁶. En este caso las actas de liquidación unilateral de los contratos, del 12 de enero de 2012, dan cuenta del pago no efectuado por concepto de hallazgo de visitas y bolsa de quejas, así como su cuantificación.

Se concluye que se presentó un incumplimiento del contrato por el ICBF puesto que no pagó el precio convenido globalmente por los servicios recibidos y pactados, pese a haber asumido el riesgo contractual de menor ejecución hasta un 5% y haber trasladado el riesgo del 5,1% hasta el 10% al contratista para que asumiera con su propio personal los costos directos e indirectos de esa porción bajo circunstancias previsibles. El ICBF no podía descontar valor alguno del precio del contrato a la luz de las estipulaciones contractuales.

Concluye el Tribunal:

Así las cosas, prosperan las pretensiones principales Tercera y Cuarta, porque el ICBF no tenía competencia para modificar el precio y el riesgo contractual y por ende no podía fijar unilateralmente el valor unitario por cada tipo de visita realizada en el marco de la ejecución de los contratos 430 y 431 de 2009 a menos que hubiera fracasado la negociación y hubiera justificado suficientemente la necesidad de la modificación.

Como consecuencia, se ordena al ICBF devolver los dineros descontados al Consorcio por los conceptos de hallazgo de visitas que fueron deducidos de las facturas

¹¹⁶ MORELLO, Augusto. *Indemnización del Daño Contractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 388 y 537.

presentadas por este en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009, en las siguientes sumas históricas.

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
Descuentos por Hallazgos de Visitas	\$ 37.554.419	\$ 7.969.458
	Contrato 430 de 2009	
Bolsa de Visitas por Quejas y Reclamos No Requeridas	\$ 33.193.950	

Habida cuenta de la prosperidad de las pretensiones principales tercera y cuarta, no hay lugar a pronunciamiento alguno en relación con sus subsidiarias; primera y segunda pretensiones subsidiarias de la tercera pretensión principal y primera y segunda pretensiones subsidiarias a la cuarta pretensión principal, numerales 4.2.3, 4.2.4, 4.3.3 y 4.3.4 del Capítulo "Pretensiones".

Sobre la séptima pretensión, se resolverá en el punto 4.3 de este laudo.

4. Actividades de archivo no remuneradas

4.1. Posición de las partes y del Ministerio Público

Frente a las actividades de archivo no remuneradas, la parte Convocante demanda las siguientes Pretensiones Principales:

4.1.5. Quinta Pretensión. Que se declare que el ICBF no fijó ni en los estudios previos ni en los contratos, el volumen de información que se requería organizar, manejar y archivar, violando con ello el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, limitándose simplemente a señalar el personal y la dedicación para acometer dicha labor.

4.1.6. Sexta Pretensión. Que, como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al ICBF el reconocimiento y pago de los mayores costos en que incurrió el Consorcio en la ejecución de las labores de organización, manejo y archivo de la documentación de los contratos 430 y 431 de 2009, en los valores indicados en el peritaje de parte aportado con la demanda, así:

	Contrato 430 de 2009	Contrato 431 de 2009
Labores de Organización, Manejo y Archivo de Documentación	\$ 48.257.695,05	\$ 48.257.695,05

4.1.7. Séptima Pretensión. Que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones 4.1.1 a 4.1.6., se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 5004 y 5199 de 2013 a través de las cuales se liquidaron unilateralmente los contratos 430 de 2009 y 431 de 2009, respectivamente, así como las Resoluciones 8466 y 8467 de 2013 que resolvieron los recursos de reposición que se interpusieron, en la medida que estas incluyeron descuentos por calidad y oportunidad, descuentos por visitas no realizadas y no reconocieron los mayores costos en que incurrió el Consorcio derivados de la organización, manejo y archivo de los documentos generados.

Funda estas pretensiones la parte Convocante, en el hecho que el ICBF, al no establecer en los estudios previos y en el pliego de condiciones, el volumen de información que debería organizar y archivar el contratista, violó el principio de la transparencia establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Esta violación, en consideración del convocante, obligó en general a todos los proponentes a estimar su oferta económica¹¹⁷ solo con lo establecido en el pliego de condiciones,¹¹⁸ es decir, con base en el personal estimado y el tiempo de asignado para dicha labor.

Según la parte convocante, los pliegos fijaron que el perfil del personal a contratar relacionado con las actividades del manejo del archivo, fuera de un auxiliar, bachiller, con dedicación del 100%, estos criterios fueron utilizados por el convocante para presentar la oferta económica.

El volumen de documentación entregado al final del contrato al ICBF, en apreciación de la parte Convocante – Contratista excedió todas las estimaciones posibles, en buena parte por la exigencia en incluir el formato “control de entrega de raciones preparadas y para preparar y bienestarina de los beneficiarios” con el cual se aumentó en más de 7 veces el volumen de los documentos, razón por la cual se solicitó formalmente el 10 de febrero de 2011, un ajuste al valor del contrato por el desequilibrio económico causado, petición que fue rechazada por el ICBF, en comunicación de 4 de marzo de 2011 cuando manifestó el Instituto, que el volumen de

¹¹⁷ Folios 695 y 694 página 725 del Cuaderno de Pruebas

¹¹⁸ Página pliego 152 de 154 y 142 de 154 del Cuaderno de Pruebas

los archivos no se incrementaron a lo largo del contrato en forma intempestiva¹¹⁹, ni fue una circunstancia sobreviniente.

Sin embargo, al respecto el Ministerio Público consideró, que la introducción de un nuevo elemento, como lo fue el formato exigido por la Contraloría General de la Republica, una vez cerrado el concurso, hizo imposible para el contratista modificar su oferta, y el resultado fue un incremento significativo en las condiciones del contrato específicamente en lo relativo a la preparación y archivo de los soportes.

De otra parte, el Convocante considera que también se rompió el equilibrio contractual cuando el ICBF exigió al contratista, en forma unilateral que la información recogida fuera entregada en forma digital, lo cual hizo más costoso el proceso, por cuanto se requería de personal especializado para realizar dicha labor.

La respuesta del ICBF, fue de la siguiente forma “... de acuerdo con la minuta contractual, es obligación del contratista entregar copia de estas actas (se refiere a las de visita) obligación que se reitera en el esquema del informe mensual exigido por el ICBF. Tomando en consideración que el contrato no mencionó en que medio se debía entregar, estas copias, la supervisión del contrato optó por el medio más económico, ecológico y práctico como es la digitalización del documento. De esta manera no es aceptable la afirmación del peticionario en el sentido que el envío digitalizado de las actas de visita haya generado un desequilibrio contractual.”

El Ministerio Publico, en este aspecto considera que, independientemente si el medio digital era un medio más económico, ecológico y práctico, que no se pudo probar dentro del proceso, si implicó una nueva labor para el contratista, que no estaba acordada en el contrato y la cual requiere, según se explicó en el dictamen pericial, personal idóneo y calificado al igual que equipos e insumos especializados, que debieron ser asumidos por el contratista.

Por último, en lo que corresponde a este capítulo de actividades de archivo no remuneradas, resalta el convocante que el ICBF no recibió en forma oportuna el

¹¹⁹ “La contraloría General de la Republica, quien en una visita de auditoría advirtió que el control de asistencia de los usuarios, se debía llevar a través de planillas individuales y con registro diario de la huella digital o firma del adulto mayor. Para el mes de septiembre fecha en la cual se suscribieron los contratos 430 y 431 de 2009 estos formatos ya existían y se deben aplicar en las visitas programadas para la interventoría.

De esta manera queda en claro que el empleo de los formatos de control de asistencia para el programa Adulto Mayor, no fue una imposición sin fundamento, ni posterior a la firma de los contratos, razón por la cual, el abogado de la firma interventora no puede argumentar que estos registros incrementaron intempestivamente el volumen de sus archivos”.

archivo físico debidamente archivado, foliado y empacado de acuerdo con las exigencias contractuales, sin una explicación razonable lo que llevo a la convocante a incurrir en costos adicionales de bodegaje que no hubieran ocurrido de haberseles recibido en tiempo los archivos, estos costos adicionales también corresponden a un desequilibrio económico del contrato.

4.2. Hechos probados y Consideraciones del Tribunal

Partiendo del mismo marco legal aplicable a los contratos estatales expresado por este Tribunal, en aparte anterior, donde el principio rector es la autonomía de la voluntad, entendiéndolo por esta, la libertad de las partes para pactar las cláusulas más pertinentes que se adecuen al objeto del contrato, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios de la buena administración, es necesario al momento de resolver el conflicto o las diferencias surgidas entre las partes, considerar la totalidad de los documentos en forma integral que conforman el proceso de contratación, como son: los pliegos de condiciones, las observaciones y objeciones a estos, las respuestas de la Administración, la oferta del contratista favorecido, los contratos, sus modificaciones y adiciones.

En el caso de las actividades de archivo no remuneradas, procederemos a examinar tres aspectos:

A. Cantidad de documental superior a la estimada.

En los contratos 430 y 431 se estableció, por parte del ICBF, como una de las obligaciones del contratista, la señalada en el numeral 8 del literal a) de la cláusula segunda, *“Organizar el archivo de los Programas y la totalidad de los documentos que soportan la ejecución del presente contrato, remitidos por los CONTRATISTAS, operadores y/o proveedores de los contratos objeto de interventoría y/o supervisión y control y hacer entrega de los mismos al ICBF al finalizar el contrato, en forma organizada, de conformidad con la normatividad archivística “Ley General de Archivos” vigente en Colombia y los lineamientos que al respecto ha emitido el ICBF para la organización de los archivos; los cuales pueden ser consultados en el Anexo No.8.”*

El anexo 8 contiene la forma y dimensiones de cómo se debe manejar el archivo sin precisar la cantidad del material que deberá manejar el contratista a lo largo del contrato, ni tampoco se encontró en la información complementaria o indicios de los cuales se pudiera inferir cual era la cantidad de archivo que debía organizar el contratista.

Del testimonio de la señora Diana Carolina Pardo, experta y debidamente calificada en la actividad de archivo documental, quien participó en la recepción de los archivos correspondientes a los contratos 430 y 431, nos aclaró que, el ICBF efectivamente no determinó en el pliego de condiciones, ni en las audiencias de aclaración o en los contratos, que cantidad de archivo debía organizar el contratista favorecido.¹²⁰

“DRA. BARRIOS: ¿Para este tipo de contratos se puede hacer una proyección de cuánta documentación va a salir desde antes en la etapa precontractual?”

SRA. PARDO: Yo considero que sí, pero esa proyección no se hizo, cómo hubiese podido haber sido, el área técnica ellos ya tenían unas planillas predefinidas y unos cortes de la documentación, entonces necesitamos que cada 3 meses nos informe esto, necesitamos que cada 6 meses nos pase informes de ellos, entonces ellos vislumbraban eso y esa proyección también pudo haber sido teniendo en cuenta la población que iba a ser beneficiada, entonces si yo sé que voy a hacer una actividad lúdica y están 50 adultos mayores en tal regional y tengo que a cada uno diligenciarle una ficha pues yo proyecto que va a ser tanto, pero eso no se consideró por eso el volumen.

DRA. BARRIOS: ¿En este contrato o en general el ICBF no hace ese trabajo antes de los contratos?”

SRA. PARDO: En general no se hace ese trabajo”

Ahora bien, el origen del problema se ha centrado en el hecho de que, vencida la etapa de cierre del concurso y ya presentadas las ofertas se introdujo un formato diferente al formato del control de asistencia que se encontraba en los pliegos, pero que por tratarse por una exigencia de la Contraloría General de la Republica, ese nuevo formato era el que debía utilizarse en desarrollo del contrato, el cual, en opinión de peritos expertos¹²¹ multiplico por 7 la operación del manejo del archivo.

“SR. SÁNCHEZ: Sí señora, y el otro es de las 2 que este finalmente es el que se implementó, para hacer una cuenta así matemática poco ortodoxa, la producción de documentos si hubiese sido basada únicamente en formato primero, el que aparece en los términos, hubiese sido de aproximadamente 3 mil folios, si hubieses sido solamente estos formularios, aclaro, si hubiesen sido estos pues habríamos tenido el 1.500.000 folio, es decir la diferencia es de 7 a 1”.

¹²⁰ Folios 47 y 48 Cuaderno de Testimonios No.1

¹²¹ Folio 96 de Cuaderno de Testimonios No.1

El testimonio rendido por los expertos en el manejo de archivo, consideró que el volumen de documentos manejado en los contratos 430 y 431 solo habría sido posible con un número superior a 8 personas, más un personal calificado en el manejo de retención documental, cantidad de personas que difiere en forma importante al número de personas estimadas en la oferta del Convocante¹²².

Como lo hemos reseñado en varios apartes de este laudo el equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes firman el negocio jurídico. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, el contratista ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los pliegos de condiciones, las observaciones las respuestas de la administración, los estudios y las proyecciones que realizó para determinar el costo de ejecución la utilidad que pretende obtener.

Sin embargo, al convertirse el contrato en ley para las partes se vuelve de obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, (art. 1602, C.C.), pero no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes o imputables a una actuación legal de la contratante, puedan alterar la ecuación financiera del mismo, de allí surge el deber de restablecer ese equilibrio económico, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5o, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes.¹²³

La falta de precisión y análisis inicial por parte de la entidad contratante que no permitió determinar al contratista el volumen documental a organizar y archivar, sumado al hecho de que la introducción del nuevo formato que incrementó en más de 7 veces el volumen teórico esperado, constituye una falta grave por parte de la entidad contratante que no pudo prever la firma contratista y evaluar correctamente su propuesta llevándola a incurrir en costos adicionales a los previstos que escapan al control del contratista violando con ello el principio de la transparencia establecido en el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80.

¹²² Folio 694 y 695 del cuaderno de pruebas No. 1, Formato de propuesta económica Consorcio Interalimentos

¹²³ Notas de la relatoría del Consejo de Estado con ocasión de la sentencia 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912) del 27 de marzo de 2014

B. Decisión unilateral del ICBF mediante la cual se ordena la digitalización del archivo.

En los contratos 430 y 431 no se estableció, ni se pudo demostrar la obligación para el contratista de digitalizar los archivos obtenidos en desarrollo del contrato; si bien en los pliegos de condiciones se estableció que “El inventario debe realizarse en formato único de inventario documental por programa (desayunos infantiles, adulto mayor, raciones de emergencia, recuperación nutricional) en una hoja de cálculo de Excel (versión 2007), en medio físico y **magnético** debidamente identificado.” (negrilla fuera de texto) ¹²⁴ Este concepto de medio magnético difiere radicalmente del concepto de digitalización, el cual, explicado en palabras de un experto en el tema, el Sr. Sánchez¹²⁵, profesional en ciencias de la información y la documentación, bibliotecología y archivística, así:

¿Usted nos podría explicar un poco qué es digitalización?

“SR. SÁNCHEZ: Claro, la digitalización es un proceso técnico que involucra 2 actividades gruesas, la primera de ellas es convertir las imágenes o documentos análogos, sin importar su soporte, incluso grabaciones, películas de video, documentos en físico, todo tipo de documentos que estén en soporte análogo pasarlos a un medio electrónico, digital, es decir que sea reconocido por un computador, esa es la primera parte, la parte operativa de coger el documento, escanearlo para ponerlo en lenguaje más coloquial.

La segunda parte para que sea digitalización es, a partir de todos los instrumentos archivísticos, tablas de retención, cuadros de clasificación y en la aplicación de las normas técnicas NTC 4095 de descripción de archivos y otros documentos adicionales, que son bastante, esquemas de metadatos y toda esta cuestión, me permite colocarle índices a cada una de esas imágenes para poder asociarlas a un expediente, el expediente a una sub serie, la sub serie a una serie y esa sub serie o serie, según sea el caso, a una unidad administrativa y esa unidad administrativa a una entidad”¹²⁶.

Y en respuesta anterior había afirmado:

“Para el proceso de digitalización se hubiese necesitado algunas cosas adicionales, equipos de cómputo, escáneres, un software de digitalización, un

¹²⁴ Pliego de condiciones, folio 410 del cuaderno de pruebas No.1

¹²⁵ Profesional en ciencias de la información y la documentación, bibliotecología y archivística de la Universidad del Quindío, con especialización en sistemas de información y gerencia de documentos, gerencia de proyectos y gerencia educativa con estudios de maestría en gestión documental en la Universidad Carlos Tercero de España.

¹²⁶ Folio 94 de Cuaderno de Testimonios No.1

software de descripción, una estructura de metadatos para poder subir esas imágenes para poder subir esas imágenes para hacer una digitalización real, esa es la respuesta”.

En adición el Ministerio Publico, para dar mayor claridad al termino digitalización citó el sitio de internet de Telecom que al respecto señala:

“El proceso de digitalización de documentos son los pasos mediante los cuales los registros físicos, como texto e imágenes se convierten en formatos digitales. En el caso específico de digitalizar los documentos con origen en formato papel el proceso que tiene realizar:

- *Capturar con escáner del documento físico.*
- *Indexado de la información extraída del documento.*
- *Almacenamiento del documento y la información asociada para una posterior búsqueda.”¹²⁷*

De igual manera, la testigo experta en archivística y quien trabajó para el ICBF en la oficina de gestión documental, declaró ante los interrogantes del Tribunal:

“DR. DE FRANCISCO: ¿Yo tengo una inquietud adicional ya que está documentación que son los medios digitales y el tema de microfilmación, ese proceso yo me imagino que también lo adelantó el contratista o sólo era el archivo físico del papel?

SRA. PARDO: Nosotros solamente dimos lineamientos para el archivo físico de papel.

DR. DE FRANCISCO: ¿No para un proceso electrónico que pudiera digitar?

SRA. PARDO: No para un proceso electrónico, no, ese es un proceso que se llama digitalización certificada que se deben añadir ciertos atributos a la imagen digitalizada para que el tiempo tenga un valor, en este momento y legalmente el microfilm es el único medio que nos asegura una conservación de unos 100 años, pero con la digitalización certificada pues ya es a lo que poco a poco va entrando más y con ceticámaras y demás se van apoyando.”¹²⁸ (subrayado fuera de texto)

Esta **nueva labor** como la denominó el Ministerio Publico en su escrito, rompe el equilibrio contractual, cuando en forma unilateral obliga al contratista a realizar

¹²⁷ Internet <http://www.tbs-telecom.es/que-es-digitalizar-un-documento-proceso-digitalizacion-documentos>

¹²⁸ Folio 49 Cuaderno de Testimonios No.1

actividades que no fueron inicialmente convenidas, esta circunstancia viola el igualmente el principio de la transparencia establecido en el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 y le da derecho al contratista para exigirle al ICBF que le restablezca su derecho y reembolse los costos y gastos adicionales que debió sufragar para el cumplimiento de esta actividad, la cual, es importante advertir, fue entregada y recibida a satisfacción del ICBF.¹²⁹

C. La no recepción oportuna del archivo originó gastos adicionales de bodegaje.

La entidad contratante, tampoco estaba preparada para recibir tal volumen de archivo, que como lo veremos más adelante tardó más de 4 meses en recibir la totalidad del archivo, por cuanto el ICBF no contaba con locales físicos de las dimensiones necesarias para albergar ese volumen de documentos.

Durante el proceso se estableció vía testimonial que el ICBF por diferentes razones de orden logístico y presupuestal no pudo recibir oportunamente el archivo físico que le ofreciera entregar el contratista con ocasión de los contratos 430 y 431. Esta circunstancia llevó a que el Convocante incurriera en costos adicionales a los inicialmente previstos en la oferta, considerando que estas circunstancias no fueron objetadas, ni cuestionadas por el ICBF, estos valores deben ser reconocidas a la parte convocante quien no está obligada a soportar una carga adicional por mora del contratante en la recepción del archivo.

“DR. HADAD: ¿Contaba el ICBF, para la época de los hechos, con el espacio suficiente y técnicamente adecuado para almacenar el archivo que entregó el Consorcio Interalmimentos, si la respuesta llegare a ser negativa por favor dígame al Tribunal si ello conllevó a que el ICBF demorara el recibo del archivo a cargo del Consorcio Interalmimentos?”

SRA. PARDO: Sí, la recepción final de las cajas y el traslado se demoró porque el ICBF no contaba con el espacio adecuado para la recepción de esos archivos, sumado a, en ese momento, como tal la oficina tenía sus propios contratos de intervención de documentación, entonces era un volumen que no se había previsto y es más la documentación y las visitas que nosotros hicimos a los inmuebles del Instituto para lograr que se hiciera el traslado lo más pronto posible pues no fue favorable porque pues no contaban con todas las condiciones para la conservación de esa documentación.

¹²⁹ En contexto cita del Ministerio público sobre sentencia del H. Consejo de Estado Radicación No. 13001-23-31-000-1996-01233-01.

Fue entonces cuando después tal vez de, no sé, 3, 4 meses se logró hablar con la regional Cundinamarca, ellos tenían un espacio y la regional Cundinamarca fue la que prestó ese espacio para hacer la recepción de los archivos; cómo estaba la organización, cada sede tenía su depósito de archivo, entonces en este caso el grupo de gestión documental hace parte de la sede nacional y el espacio que tenían disponible dentro de la sede era limitado comparado con el volumen que se estaba recibiendo por otros contratos y por la proyección y la producción anual del Instituto.

Entonces por eso se tuvo que solicitar a la regional Cundinamarca su apoyo para poder conservar esa documentación y sí, el proceso se demoró.”¹³⁰

“DRA. DE QUIÑONES: ¿Yo quiero saber si ustedes como grupo de gestión documental el día que recibieron las 1.500 cajas estaban sorprendidos ante la cantidad de información o esperaban ya tener esas 1.500 cajas?

SRA. PARDO: Pues por las visitas que nosotros hicimos y previo a la aprobación nosotros ya esperábamos tener esa cantidad, por eso mismo empezamos por otro lado a hacer la búsqueda del inmueble para prever que se lograra el espacio, estos son los inmuebles que dan por donación al Instituto pero como son inmuebles que no están en las mejores condiciones y es una carga fija de documentación en una placa, entonces eso, a nivel estructural, genera ciertas deficiencias y por eso no se podía o no se debe almacenar en cualquier lugar, sino debe ser una bodega con las condiciones específicas y esa bodega pues se consiguió tiempo después.

DRA. DE QUIÑONES: ¿Entonces si ustedes ya tenían, durante la ejecución del contrato, una cierta idea de que los documentos iban a ser muchísimos, yo quisiera saber quién le transmitía al supervisor del contrato o al jefe, a quién le contaban que eso se iba a presentar?

SRA. PARDO: En ese caso se le comentó al jefe de aseguramiento que en ese momento era el señor Roberto Conde y por eso se empezó a hacer el proceso de visita de los inmuebles, no es que cuando ya nosotros recibimos las cajas pues ahí empezamos a mirar dónde las guardamos, no, sino que se empezó a hacer cualquier visita, o sea hicimos como unas 30 visitas a 30 inmuebles diferentes pero no cumplían con los requisitos, con los requisitos mínimos, no se cumplían

¹³⁰ Folios 44 y 45 Cuaderno de Testimonios No.1

*con los requisitos y a nivel presupuestal la oficina de archivo no había proyectado eso*¹³¹.

El ICBF, durante el proceso no pudo explicar las razones por las cuales demoró la recepción del material de archivo, actitud que generó erogaciones no previstas para el contratista.

Finalmente, el archivo fue recibido a satisfacción del ICBF, pero no hubo justificación razonable por parte del Instituto para recibir en forma tardía.

Considerando que se generaron sobre costos y gastos adicionales por parte de la convocante sin que existiera justificación alguna por parte del Instituto donde la carga adicional en la cantidad de documentos que debía ser manejada por el contratista, la imposición unilateral de digitalizar la información y los sobre costos de no recibir oportunamente los documentos físicos por parte del Instituto, son sobre costos del contratista que no fueron previstos en los contratos 430 y 431 y alteraron el equilibrio económico de los mencionados contratos de tal manera que deben ser pagados por el ICBF al contratista.

Concluye el Tribunal:

En consecuencia, de lo anterior este Tribunal accede a la quinta pretensión principal y como consecuencia de haber prosperado dicha pretensión principal, prospera la sexta pretensión principal en los términos aquí indicados que fueron probados en concordancia con lo solicitado por la convocante.

Obran a folios 628 a 632 las facturas de venta y las notas de contabilidad correspondientes a los sobre costos en digitalización, manejo de archivos, arrendamiento de bodegas, igualmente en el peritaje financiero consta a folio 703 que se encuentra registrado en la contabilidad debidamente los soportes contables antes mencionados los cuales no fueron objetados por el ICBF.

No se consideraron por este Tribunal las notas contables de transporte por cuanto la entrega del material de archivo - en todo caso- debía verificarse en la sede del ICBF a cargo del contratista.

Por lo anterior con fundamento en lo solicitado en esta pretensión se reconoce para los contratos 430 y 431 la suma de \$95.216. 880.00 con base en las siguientes tablas, que obran a folio 730 del Cuaderno de Pruebas No.1

¹³¹ Folio 48 Cuaderno de Testimonios No.1

Organización archivista derivada del desarrollo de los contratos No.430 y 431/09

Desarrollo	FECHA	Proveedor	SUBTOTAL	IVA	RETENCION	VALOR TOTAL
FV-00179	24/11/2010	Soluciones integrales de copiado	\$ 40.000.000	\$ 6.400.000	\$ 1.600.000	\$ 44.800.000
FV-00180	17/12/2010	Soluciones integrales de copiado	\$ 40.000.000	\$ 6.400.000	\$ 1.600.000	\$ 44.800.000
			\$ 80.000.000			\$ 89.600.000

Arrendamiento bienes inmuebles

FV-00207	09/02/2011	Soluciones integrales de copiado	\$ 600.000	\$ 60.000	\$ -	\$ 660.000
FV-00208	17/12/2011	Soluciones integrales de copiado	\$ 600.000	\$ 60.000	\$ -	\$ 660.000
FV-00235	17/05/2011	Soluciones integrales de copiado	\$ 3.836.500	\$ 613.840	\$ 153.460	\$ 4.296.0880
			\$ 5.036.500			\$ 5.616.880

Habida cuenta de la prosperidad de las pretensiones principales quinta y sexta, no hay lugar a pronunciamiento alguno en relación con sus subsidiarias: 4.2.5, 4.2.6, 4.3.5 y 4.3.6 del Capítulo "Pretensiones"

4.3. Nulidad Parcial de las Resoluciones números 5004 y 5199, 8466 y 8467 de 2013 a través de las cuales se liquidaron unilateralmente los contratos 430 de 2009 y 431 de 2009

Pasa el Tribunal a resolver la Pretensión Séptima Principal que se transcribe a continuación.

4.1.7. Séptima Pretensión. Que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones 4.1.1 a 4.1.6., se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 5004 y 5199 de 2013 a través de las cuales se liquidaron unilateralmente los contratos 430 de 2009 y 431 de 2009, respectivamente, así como las Resoluciones 8466 y 8467 de 2013 que resolvieron los recursos de reposición que se interpusieron, en la medida que estas incluyeron descuentos por calidad y oportunidad, descuentos por visitas no realizadas y no reconocieron los mayores costos en que incurrió el Consorcio derivados de la organización, manejo y archivo de los documentos generados.

Por lo explicado a lo largo del presente laudo, el Tribunal procede a declarar la Nulidad parcial de las Resoluciones 5004 y 5119, 8466 y 8467 de 2013, en la medida que prosperan los reclamos por descuentos por visitas no practicadas – como ya se expuso- así como los reconocimientos por mayores costos en que incurrió la convocante derivados de la organización, manejo y archivo de los documentos generados.

Habiendo prosperado parcialmente la pretensión séptima principal, no hay lugar a encargarse de la primera y segunda pretensiones subsidiarias de la séptima pretensión principal numerales 4.2.7 y 4.3.7 del Capítulo “Pretensiones”.

4.4. A continuación, procede el Tribunal a pronunciarse sobre las Declaraciones Comunes a todas las pretensiones tanto principales como subsidiarias:

Sobre la declaración común a todas las pretensiones prósperas solicitadas bajo el numeral 4.4 del Capítulo “Pretensiones” referida a las sumas ordenadas debidamente actualizadas con el IPC y la liquidación de interés, el Tribunal considera que la actualización debe concederse puesto que la suma debida, cifrada en el signo monetario colombiano, sufriría una erosión en su valor con ocasión de la simple inflación disminuyéndose así el capital de la deuda. Para mantener el valor de la deuda se calculará por la variación del IPC, desde la fecha de la ejecutoria de la liquidación del contrato, el 8 de octubre de 2013, hasta la fecha del presente Laudo.

Adicionalmente, y considerando que los intereses son una prestación accesoria a la obligación principal de restituir un dinero debido, hay lugar al reconocimiento de intereses remuneratorios por la desposesión de un dinero que debió pagarse junto con las sumas recibidas en la liquidación del contrato hasta la fecha del laudo.

El Tribunal accede a la pretensión 4.4.1. para la actualización de las sumas decretadas anteriormente al IPC y el reconocimiento de los intereses correspondientes de acuerdo con los siguientes cuadros:

Contrato 430. Visitas no efectuadas.

Contrato 430				A. Visitas no efectuadas		
Oct-13	Feb-17	Oct-13	Feb-17			
IPC inicial	IPC FINAL	Valor Pendiente	Valor Ajustado x IPC	Tasa i	Valor Intereses	Valor Reconocido en el Laudo
113,93	133,4	\$ 37.554.419	\$ 43.972.259	6%	\$ 8.933.697	\$ 52.905.957

Contrato 431. Visitas no efectuadas.

Contrato 431				A. Visitas no efectuadas		
Oct-13	Feb-17	Oct-13	Feb-17			
IPC inicial	IPC FINAL	Valor Pendiente	Valor Ajustado x IPC	Tasa i	Valor Intereses	Valor Reconocido en el Laudo
113,93	133,4	\$ 7.969.458	\$ 9.331.394	6%	\$ 1.895.828	\$ 11.227.222

Contrato 430. Bolsa de quejas y reclamos

Contrato 430				B. Bolsa de quejas y Reclamos		
Oct-13	Feb-17	Oct-13	Feb-17			
IPC inicial	IPC FINAL	Valor Pendiente	Valor Ajustado x IPC	Tasa i	Valor Intereses	Valor Reconocido en el Laudo
113,93	133,4	\$ 33.193.950	\$ 38.866.610	6%	\$ 7.896.400	\$ 46.763.010

Contrato 430 y 431. Mayores gastos por archivo

Contrato 430 y 431				C. Mayores gastos por archivos		
Oct-13	Feb-17	Oct-13	Feb-17			
IPC inicial	IPC FINAL	Valor Pendiente	Valor Ajustado x IPC	Tasa i	Valor Intereses	Valor Reconocido en el Laudo
113,93	133,4	\$ 95.216.880	\$ 111.488.912	6%	\$ 22.650.831	\$ 134.139.743

5. Excepciones.

Este Tribunal pasa a examinar las excepciones de fondo propuestas por la parte Convocada, a saber:

5.1. Legalidad de las actuaciones del ICBF.

Esta excepción planteada por la Convocada, hace especial énfasis en los descuentos relacionados por la calidad y oportunidad y al no reconocimiento de las visitas no realizadas, argumentando que el ICBF, se sujetó a la Ley y a las estipulaciones del contrato.

Sostiene además en su argumentación, la convocada, que los descuentos realizados no se trató sanción, sino de la simple aplicación del contrato (cláusula 21ª), en ejercicio del principio de Legalidad.

En relación con los descuentos por las visitas no realizadas, dice el ICBF, que le correspondía al Convocante demostrar cuales fueron las circunstancias de diverso

orden en las que no tuvo responsabilidad el Consocio las cuales impidieron realizar las visitas y que por lo tanto la carga de la prueba le corresponde al Consorcio.

En cuanto a esta excepción el Tribunal encuentra que esta debe prosperar, en relación con los descuentos por calidad y oportunidad, toda vez que como ya se ha argumentado a lo largo de este capítulo, los Contratos 430 y 431 de 2009 y específicamente la cláusula Vigésima Primera fueron pactados de mutuo acuerdo, en el marco de la Ley 80 de 1993 y en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, sin que pueda decirse, en este caso, que el ICBF actuó de manera abusiva o en violación al debido proceso, pues se trataba de un descuento acordado entre las partes y no de imponer una sanción.

Ahora bien, en relación con los descuentos por las visitas no realizadas el Tribunal encuentra que esta excepción no debe prosperar, pues los contratos analizados 430 y 431, fueron pactados a precio global y no a precios unitarios, como se ha explicado en este laudo.

Quedó demostrado a lo largo del proceso, que el ICBF aceptó, como no imputables al contratista las visitas no realizadas y dando su conformidad a entera satisfacción del cumplimiento del contrato con la firma del acta de terminación.

Si el ICBF consideraba que hubo culpa del contratista en las visitas no realizadas debió haber dado inicio a otro procedimiento por incumplimiento de contrato, acción que no ejerció y tampoco probó en este proceso, en consecuencia, para este caso la excepción no debe prosperar.

En resumen, la excepción de “Legalidad de las actuaciones del ICBF”, en relación con los descuentos por calidad y oportunidad prospera, pero con respecto a los descuentos en las visitas no realizadas, el Tribunal encuentra que no debe prosperar.

5.2. Mala fe del demandante.

El fundamento constitucional del principio de la buena fe se encuentra en el artículo 83 de la Constitución Política:

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

En relación a la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, es oportuno destacar que a partir del fundamento

constitucional al que se ha hecho mención, el mismo aparece expresamente contenido en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley 80 de 1993, que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone:

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

De esta manera, el régimen de contratación del Estado, sostuvo la Corte en sentencia C-892 de 2001 *“no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.”*

En relación específicamente al principio de la buena fe en el régimen de contratación pública, la sentencia citada adujo:

“En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

“La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

“En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes.

“El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios”.

La excepción propuesta por la Convocada, hace referencia a las pretensiones de la parte convocante por los descuentos relacionados con los niveles de calidad y oportunidad, por las visitas no realizadas y respecto de los mayores valores pretendidos.

Sostiene en su argumentación el ICBF que el contratista presentó tardíamente su reclamación y en consecuencia ese actuar se considera de mala fe y para ello cita y fundamenta su en una sentencia del Consejo de Estado de fecha 15 de octubre de 2015.

Para el Tribunal es claro que quien pretenda desvirtuar el principio de la Buena Fe, deberá presentar las pruebas suficientes con el fin de que no quede duda alguna sobre la actuación irregular y de mala fe de la parte que violó este principio fundamental. La mala fe es un acto intencionado con el ánimo de causar un daño y debe ser demostrado. No basta, pues con hacer meras conjeturas y suposiciones, se necesitan hechos concretos y probados para desvirtuar la Buena Fe.

Este principio constitucional citado con anterioridad, es uno de los más importantes en nuestro estado de derecho, porque es donde se funda la confianza de las relaciones de los particulares entre si y de estos con el Estado, que como se indicó al principio nuestra constitución lo establece en el artículo 83.

En relación al principio de la buena fe en el régimen de contratación pública, la sentencia de la Corte constitucional C-892 de 2001 señaló: (Sentencia referida por la convocada para formular la excepción)

“En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

“La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

“En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se

convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes.

“El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios”.

Dicho lo anterior, el Tribunal una vez revisada la sentencia referida por el ICBF, que sirvió de fundamento jurídico a su apoderado para incoar esta excepción, advierte que la esta se refiere a un caso, donde las partes de común acuerdo modificaron el contrato y realizaron reajustes a la cantidad de obra contratada, frente a las condiciones inicialmente pactadas, posteriormente, el contratista no satisfecho

consideró insuficiente el reajuste pactado y demandó un mayor valor. Este caso difiere sustancialmente con el caso que nos ocupa.

Difieren los hechos sustento de la sentencia del 15 de octubre de 2015, de los hechos de este asunto, en que las partes no convinieron reajustes a los contratos 430 y 431 por entregas que no cumplían con requisitos de calidad y oportunidad, ni por las visitas no realizadas y mucho menos respecto de los servicios adicionales no contratados; pretender afirmar que hay mala fe por reclamar lo que corresponde a un claro desequilibrio económico contractual, que no fue reajustado, ni convenido por las partes, es subestimar el principio constitucional que protege a todos los ciudadanos y entidades públicas y privadas, al considerar que sus gestiones son de Buena fe.

En este caso los reajustes solicitados por la Convocante en la demanda con respecto a las visitas no realizadas y a las actividades de archivo no remuneradas, no fueron convenidos y aceptados por el contratista antes de la liquidación del contrato.

Advierte el Tribunal que el principio constitucional de la Buena Fe requiere prueba y no debe, ni puede llegarse respecto de la misma a conclusiones presurosas, así como tampoco sustentarse en meras suposiciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, no prospera la excepción formulada por la convocada de “Mala fe del demandante” por las reclamaciones con ocasión de los contratos 430 y 431, no prospera.

5.3. No se presentó enriquecimiento sin causa.

Al referirse a esta excepción, considera el Tribunal oportuno hacer mención a la Sentencia de la Corte Suprema del 11 de Junio de 2001, donde sobre la necesidad de estudiar las excepciones se dijo:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido 'y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen.'"¹³²

Teniendo en cuenta que la pretensión quinta prosperó y por consiguiente el Tribunal no entró a analizar su primera pretensión subsidiaria que era la referente al enriquecimiento sin causa, no procede estudiar la pretensión en cuestión.

5.4. La Excepción Genérica

En lo que tiene relación con esta manifestación de la Convocada, el Tribunal no ha encontrado demostrados hechos que constituyan una excepción y que impongan darle aplicación a lo dispuesto por el artículo 208 del Código General del Proceso en el sentido de reconocerla de oficio.

IV. Objeción al Juramento Estimatorio.

La figura del juramento estimatorio, sus consecuencias y sus sanciones, se previó desde la ley 1395 del 2010, posteriormente en el artículo 206 del Código General del Proceso, y fue reformada, finalmente, por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014. El texto legal aplicable en la actualidad es el siguiente:

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

¹³² *Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886 - 2006*, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 406.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014: Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014: También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

Entiende el Tribunal que la sanción prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso no opera de manera automática, esto es, por la simple constatación de la diferencia numérica, sino que es necesario indagar el motivo de la diferencia entre lo estimado y lo probado y verificar, de esta manera, si ella obedeció a una estimación exagerada de la parte Convocante, producto de la negligencia o la

temeridad con la que realizó la estimación, caso en el cual, debe aplicarse la referida sanción, o si, por el contrario, el origen de la diferencia entre lo estimado y lo probado se encuentra en las particularidades del proceso y no en el comportamiento censurable de quien realiza la estimación incorporada en la demanda.

En el presente caso, no se observa que la demandante haya actuado en forma descuidada o temeraria respecto de las solicitudes que elevó al Tribunal, puesto que no hay una carencia absoluta de razones fácticas o de fundamentos jurídicos en sus peticiones. El hecho de que se produzcan condenas a favor de la Convocante en un monto inferior al solicitado no obedece a ninguna de las causas referidas, sino a las particularidades fácticas y jurídicas de la controversia decidida en este proceso.

Por estas razones, no se impondrá sanción alguna a la parte Convocante por este concepto.

V. Control de legalidad

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42, numeral 12 del Código General del Proceso y en ejercicio del control oficioso de legalidad que el artículo 132 del citado código le concede al Tribunal, éste ejerció control de legalidad para sanear cualquier presunto vicio que genere nulidad de lo acta durante el trámite arbitral concluyendo dicho control en el Acta No.13, Auto No.19 del 19 de octubre de 2016, mediante la cual se señaló la primera fecha para proferir el fallo, la cual fue modificada en dos oportunidades más, mediante Autos No.20 y 21. (Folios 111 y 117 respectivamente, del Cuaderno Principal No.2).

VI. Costas

Las costas están constituidas tanto por las expensas, consideradas como las erogaciones en que incurren las partes en la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *“los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso”*.¹³³ A tal efecto, tanto la parte convocante como la convocada solicitaron la condena en costas de la respectiva contraparte.

El Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida; que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia; que tal condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad; y, adicionalmente, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

¹³³ Artículo 2º del Acuerdo de 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

Por su parte, el numeral 5°. del artículo 365 del C.G.P. establece que “[e]n caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

Efectuada la evaluación de las pretensiones y defensas de las Partes, el Tribunal no condenará en costas por haber prosperado parcialmente algunas de las pretensiones de la demanda, así como por el éxito parcial de una de las excepciones propuestas por la parte Convocada.

En lo relativo a los costos de gastos y honorarios del Tribunal éste toma en cuenta que fueron suministrados en su totalidad por la Convocante en la cantidad de SESENTA MILLONES DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$60.225. 035) de los cuales a la parte Convocada ICBF le corresponde restituir a la parte Convocante la cantidad de TREINTA MILLONES CIENTO DOCE MIL QUINIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS M/CTE (\$ 30.112. 517). En el evento de que ya los hubiere pagado -situación que no le consta al Tribunal- ésta previsión carecería de aplicabilidad como también en el evento de que medie ejecución judicial, situación igualmente ignorada por el Tribunal.

VII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para resolver en derecho las controversias surgidas entre **CONSORCIO INTERALIMENTOS CONFORMADO POR LAS SOCIEDADES C&M CONSULTORES S.A., ATI INTERNACIONAL S.A.S. E INTERVENTORÍA SOCIAL S.A.** (Demandante) y **EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** (Demandada) habilitado por las Partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que prospera parcialmente la excepción “*Legalidad de las actuaciones del ICBF*” en cuanto al tema de descuentos por calidad y oportunidad y que no prosperan las demás excepciones.

SEGUNDO: Declarar que el ICBF no tenía competencia y por ende no podía fijar unilateralmente el valor unitario por cada tipo de visita no realizada o no requerida de la Bolsa de Visitas, en el marco de la ejecución de los contratos 430 y 431 de 2009, según lo expuesto en la parte motiva del Laudo.

TERCERO: En consecuencia, se ordena al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** pagar al **CONSORCIO INTERALIMENTOS CONFORMADO POR LAS SOCIEDADES C&M CONSULTORES S.A., ATI INTERNACIONAL S.A.S. E INTERVENTORÍA SOCIAL S.A.** la suma de la suma de SETENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS DIEZ Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE. (\$78.717.827.00), que debidamente actualizada a la fecha, por el IPC equivale a NOVENTA Y DOS MILLONES CIENTO SETENTA MIL DOSCIENTOS SESENTAY CUATRO PESOS M/CTE (\$92.170.264.00) y cuyos intereses corresponden a DIEZ Y OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS VEINTI CINCO PESOS M/CTE (\$18.725.925.00), para un total a pagar, liquidado al día de hoy, de **CIENTO DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$110.896.189.00)** que corresponde a los descuentos efectuados por concepto de visitas no efectuada o no requeridas de la Bolsa de Visitas, en el marco de los contratos 430 y 431 de 2009.

CUARTO: Declarar que el ICBF no fijó ni en los estudios previos, ni en los contratos, el volumen de información que se requería organizar, manejar y archivar.

QUINTO: Condenar al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** a pagar al **CONSORCIO INTERALIMENTOS conformado por las sociedades C&M CONSULTORES S.A., ATI INTERNACIONAL S.A.S. E INTERVENTORÍA SOCIAL S.A.** la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE. (\$95.216.880.00), que debidamente actualizada a la fecha, por el IPC equivale a CIENTO ONCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS M/CTE (\$111.488.912.00) y cuyos intereses corresponden a VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/CTE (\$22.650.831), para un total a pagar de **CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$134.139.743.00)** liquidado al día de hoy, por concepto de mayores costos incurridos en la ejecución de las labores de organización, manejo y archivo de la documentación de los contratos 430 y 431 de 2009.

SEXTO: Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 5004 y 5199 de 2013 a través de las cuales se liquidaron unilateralmente los contratos 430 de 2009 y 431 de 2009, en el marco de lo dispuesto en la parte motiva de este Laudo.

SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda según lo expuesto en la parte motiva del Laudo.

OCTAVO: No imponer sanción alguna por concepto de juramento estimatorio.

NOVENO: Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo Arbitral, se ordena en cuanto a los gastos y costos para el funcionamiento del Tribunal Arbitral tener en cuenta que fueron suministrados en su totalidad por **CONSORCIO INTERALIMENTOS** conformado por las sociedades **C&M CONSULTORES S.A., ATI INTERNACIONAL S.A.S. E INTERVENTORÍA SOCIAL** en la cantidad de SESENTA MILLONES DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE. (\$60.225.035.00) de los cuales al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILAR** le corresponde restituir a la parte Convocante la cantidad de TREINTA MILLONES CIENTO DOCE MIL QUINIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS M/CTE (\$30.112.517.00). En el evento que ya los hubiere pagado -situación que no le consta al Tribunal- ésta previsión carecería de aplicabilidad como también en el evento de que medie ejecución judicial, situación igualmente desconocida por el Tribunal.

DÉCIMO: En caso de mora en el pago de las sumas correspondientes a las condenas derivadas de este Laudo Arbitral, se causarán intereses de mora a la máxima tasa autorizada por la Superintendencia Financiera, a partir de la fecha de ejecutoria del presente Laudo.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar causado el saldo de los honorarios a favor de los árbitros y de la secretaria del Tribunal.

DÉCIMO SEGUNDO: Ordenar que la Presidente del Tribunal proceda a rendir cuentas de las sumas entregadas por las partes para cubrir los gastos de funcionamiento del Tribunal.

DÉCIMO TERCERO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Notifíquese y Cúmplase.

ERNESTO DE FRANCISCO LLOREDA
Presidente

LUCY CRUZ DE QUIÑONES
Árbitro

LAURA BARRIOS MORALES
Árbitro

PATRICIA ZULETA GARCIA
53Secretaria