

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25-000-23-36-000-2013-01705-01 (59.792)
Demandante: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)
Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE)
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Temas: NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – LIQUIDACIÓN JUDICIAL

Síntesis del caso: el ICBF pretende que se liquide judicialmente un convenio interadministrativo y que se incluyan sumas en favor de la entidad y a cargo de FONADE porque dejó de ejecutar algunas obligaciones contractuales; la sentencia de primera instancia declaró la nulidad absoluta del convenio porque no se permitió la participación plural de oferentes para la selección del contratista.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 30 de marzo de 2017 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR de oficio la nulidad absoluta del convenio interadministrativo No. 197063 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ‘ICBF’ y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo ‘FONADE’, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO. Sin condena en costas.” (mayúsculas fijas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 27 de septiembre de 2013 (fls. 1 - 16 cdno. 1), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) promovió demanda en ejercicio

de la acción de controversias contractuales en contra del Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

“Conforme a los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos anteriormente, el ICBF pretende lo siguiente:

1. Que se liquide el convenio interadministrativo número 197063 suscrito entre el ICBF y FONADE de la siguiente manera:

Valores adeudados por FONADE:

*a) **INFORMES FINANCIEROS** \$240.907.841,57 correspondientes a saldos no ejecutados por FONADE (sobre este punto no existe discusión entre las partes).*

*b) **REGIONAL VALLE:** \$339.559.883,93 correspondientes a 1076,94 metros lineales pendientes de intervención.*

*c) **Tablas de valoración documental:** \$777.136.755,67 este valor se obtiene luego de tomar el valor total del contrato y dividirlo entre los 3 productos que debieron entregarse (diagnóstico, TRD y TVD). Así los productos recibidos a satisfacción suman un 66% del valor del contrato; de donde el 33,33% restante, se entiende, corresponde a las TVD no entregadas (...).*

d) Que como consecuencia de lo anterior, se condene a FONADE a reintegrar al ICBF las siguientes sumas de dinero:

Col- \$240.907.841,57 correspondientes a saldos no ejecutados por FONADE (sobre este punto no existe discusión entre las partes).

Col- \$339.559.883,93 correspondientes a 1076,94 metros lineales pendientes de intervención.

Col- \$777.136.755,67 este valor se obtiene luego de tomar el valor total del contrato y dividirlo entre los 3 productos que debieron entregarse (...).

e) Que se condene a FONADE a reintegrar las sumas mencionadas en la pretensión anterior junto con los intereses de mora generados sobre dichas sumas, desde el día 1° de febrero de 2011 hasta el reintegro efectivo.

f) Que se condene al demandado al pago de las costas procesales.

g) Que se cumpla la sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).” (fls. 8 – 9 cdno. 1 – mayúsculas fijas y negrillas del original).

2. Hechos

Como fundamento de hecho de las pretensiones la parte demandante narró, en síntesis, lo siguiente:

1) El 20 de febrero de 2007, el ICBF y FONADE suscribieron el convenio interadministrativo número 197063 cuyo objeto fue aunar esfuerzos para organizar y entregar los archivos y fondos acumulados de algunas regionales, seccionales y centros zonales de la primera de ellas, por un valor total de \$7.600.000.000, con una remuneración para FONADE de \$390.000.000 y plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2008.

2) El contrato fue adicionado hasta la suma de \$9.178.000.000 y, el plazo, en varias oportunidades, hasta el 31 de enero de 2011.

3) FONADE suscribió los contratos derivados números 2082507 y 2092976 con el fin de cumplir con el convenio; el primero, para realizar la consultoría, actualización y complemento del diagnóstico de procesos archivísticos de los fondos acumulados y del ICBF nivel central; el segundo, para la intervención de los archivos del ICBF regional Valle del Cauca.

4) Al momento de liquidar el convenio surgieron discrepancias sobre los siguientes aspectos:

a) El contrato derivado número 2092976 para la intervención de los archivos de la regional Valle del Cauca del ICBF fue suscrito entre FONADE y la Unión Temporal Gestión Documental para la ejecución de 3.874 metros lineales de archivo, sin embargo, solo se ejecutaron 2.797 metros, con un faltante de 1.076,94 metros lineales; pese a ello, FONADE consideró ejecutado el ítem porque se surtieron en más de un 90% las demás actividades de clasificación, ordenación, depuración, foliación, rotulación e inventario documental.

Por lo expuesto, si bien existe consenso respecto de las cantidades de metros lineales no intervenidos, FONADE considera que deben tenerse en cuenta las demás etapas y actividades surtidas y, por su parte, el ICBF sostiene que la intervención se pactó sobre un número de metros lineales determinado y no por fases, etapas o actividades; en esas condiciones, esta última reclama devolución de lo no ejecutado por valor de \$339.559.883,93.

b) Por su parte, el contrato derivado número 2082507 suscrito entre FONADE y la sociedad Gesfor Colombia Ltda tuvo por objeto realizar la consultoría especializada para el diagnóstico de los procesos archivísticos aplicables a los fondos acumulados y archivos del nivel central del ICBF, labor que exigía: (i) diagnóstico, (ii) ajustes y elaboración de tablas de retención documental (TRD) y, (iii) elaboración de tablas de valoración documental (TVD).

No existe consenso entre las partes respecto de la entrega de las tablas de valoración documental porque FONADE entregó un prototipo y no el producto finalizado; las TDV son el resultado del proceso de análisis de archivos y constituyen el producto final de la organización archivística de una determinada entidad, de modo que el contratista adeuda la suma de \$777.136.755,67 porque solo entregó dos (2) de los tres (3) productos entregables, de modo que solo tiene derecho a la remuneración del 66,66% y no al 100% de esta.

c) Las partes están de acuerdo en que existe saldos no ejecutados por FONADE respecto del ítem de informes financieros, por la suma de \$240.907.841,57, por lo cual debe determinarse esta suma en favor del ICBF en la liquidación judicial del contrato.

3. Contestación de la demanda

En la oportunidad legal, FONADE se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 50 – 76 cdno. 1) con fundamento en lo siguiente:

1) Los procesos de organización archivística están compuestos por una serie de actividades que individualmente consideradas tienen su propio valor y deben ser remuneradas y, así lo manifestó FONADE al ICBF en diversos oficios.

2) Las obligaciones asumidas por FONADE en virtud del convenio suscrito con el ICBF no son de resultado, tal como quedó acordado en el párrafo de la cláusula segunda.

3) La primera etapa de ejecución del convenio consistió en el levantamiento y diagnóstico de las regionales, seccionales y centros zonales definidos por el ICBF a nivel nacional y se realizó previa visita, punto a punto, por parte de

profesionales en archivo, con recolección de información, cálculo de volumetría, recolección de estructuras y funciones, como resultado de ello se entregaron los siguientes productos: (i) diagnósticos, (ii) tablas de retención documental ajustadas y, (iii) prototipos de tablas de valoración documental con base en el único inventario que entregó el ICBF correspondiente a la regional Guajira. La segunda etapa del convenio consistió en la intervención de 3 regionales y sus centros zonales, adquisición e instalación de estanterías, lo cual cumplió FONADE.

4) La elaboración de las TVD tiene un insumo principal e indispensable consistente en *“el inventario documental de los fondos acumulados en su estado natural”* pero, el ICBF *“solo puso a disposición de FONADE este tipo de inventarios correspondientes a la Regional Guajira, los cuales se encontraban en mal estado, razón por la cual se concluyó con el ICBF que en la primera etapa de ejecución del convenio, se realizaría un prototipo de tablas de valoración documental, y en la segunda etapa del convenio se desarrollaría el modelo definitivo contando con los inventarios a nivel nacional”* (fl. 56 cdno. 1 – mayúsculas fijas del original), tal como consta en el acta número 7 del comité operativo.

5) De acuerdo con lo expuesto, los TVD se elaboraron como un prototipo porque no era posible contar con la información cierta, completa y veraz del inventario físico real, lo cual se hizo con la anuencia del ICBF, quien lo aprobó mediante acta número 002-2009 y lo entregó a sus regionales con lo cual quedó cumplida la obligación por parte de FONADE; para poder elaborar las TVD definitivas era preciso entregarle al contratista la totalidad de los fondos acumulados en su estado natural y el ICBF no entregó dicho insumo, por lo cual no resulta viable dividir en tres supuestos productos el objeto contractual para considerar que uno de ellos no se ejecutó, como lo pretende indebidamente la demandante.

6) En cuanto a la ejecución de archivo lineal en la regional Valle del Cauca del ICBF debe tenerse en cuenta que en 1.035 de los 1.076 metros lineales que la demandante reclama como no ejecutados se realizaron actividades de preclasificación, limpieza, ordenación, foliación, restauración, primeros auxilios, encarpado y encajado, haciendo falta únicamente la rotulación, único ítem que

“debe estar a cargo de FONADE” (fl. 62 cdno. 1), por lo cual es claro que se ejecutó más del 90% de las actividades.

La pretensión del ICBF desconoce las actividades realizadas, las cuales fueron debidamente entregadas y que son cuantificables, por lo tanto, dejar de pagarlas implicaría una ganancia injustificada para la demandante.

7) En cuanto al saldo no ejecutado luego de la revisión financiera del convenio, las partes estuvieron de acuerdo en que existía una suma de \$240.907.841 que debía reintegrarse y así lo hizo FONADE, por lo cual quedó a paz y salvo por ese concepto.

8) Debe declararse probada la excepción de contrato no cumplido en los términos del artículo 1609 del Código Civil porque las TVD no podían entregarse si el ICBF no suministraba a su vez los fondos documentales en su estado natural.

4. La sentencia apelada

El 30 de marzo de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A declaró nulo el convenio y dispuso que no había lugar a restituciones entre las partes, con fundamento en lo siguiente (fls. 165 – 176 cdno. ppal.):

1) El convenio se suscribió previa invitación directa del ICBF a FONADE para suscribirlo, esto es, la primera siempre tuvo previsto que contrataría con la segunda, lo cual es contrario a lo ordenado en el Decreto 2170 de 2002, según el cual debía permitirse la participación plural de oferentes en condiciones de igualdad y de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, con el fin de identificar la propuesta más favorable.

2) Si bien FONADE tenía capacidad para gerenciar proyectos, no contaba con el recurso humano necesario para ejecutar el objeto del convenio, de modo que el ICBF habría podido contratar con los particulares que el fondo subcontrató; además, en el objeto social de FONADE no está prevista la implementación de procesos de gestión documental; adicionalmente, el ICBF facultó a FONADE

para realizar compras de papelería, insumos, cajas, tapas, ganchos, hojas, rótulos adhesivos y estantería fija.

3) El contrato se celebró contra expresa prohibición legal y es nulo *“por violación del principio de selección objetiva y porque la contratación directa mediante convenio interadministrativo también implica que el contratista preste el servicio directamente o que la subcontratación no reemplace la facultad de selección que en principio recae únicamente en la entidad contratante”* (fl. 173 cdno. ppal.).

4) No hay lugar a restituciones mutuas porque está probado que (i) FONADE reintegró el valor no ejecutado en el que estuvieron de acuerdo y, (ii) la devolución del valor de metros lineales no ejecutados corresponde a un asunto propio del incumplimiento y no de las restituciones mutuas, lo mismo que ocurre con (iii) el presunto valor de las tablas de valoración documental que se reclaman como no ejecutadas.

5) En aplicación del artículo 188 del CPACA la parte vencida debe asumir las costas del proceso, sin embargo, en este caso se declara la nulidad de oficio para salvaguardar un interés público, por lo cual no hay lugar a condena en costas.

5. El recurso de apelación

En el término legal (fls. 178 – 187 cdno. ppal.) el ICBF apeló la sentencia de primera instancia, con el fin de que sea revocada y, en su lugar, que se concedan las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

1) La nulidad absoluta del contrato procede cuando este se celebra contra expresa prohibición constitucional o legal y, contrario a ello, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 permite celebrar convenios en forma directa y FONADE contaba con las condiciones necesarias para ejecutarlo.

2) En todo caso, FONADE no entregó las TVD ni ejecutó la totalidad de los metros lineales contratados, por lo cual era del caso ordenar el reintegro de lo no ejecutado; la intervención parcial del archivo equivale a su no ejecución porque al no estar organizada la información no es posible ubicar rápidamente los documentos que la contienen.

6. Alegatos de conclusión

En la oportunidad para presentar alegaciones finales, el ICBF (fls. 200 - 208 cdno. ppal.) insistió en las pretensiones de la demanda y en la posibilidad legal para que se suscriban convenios entre entidades de forma directa con el fin de cooperar en el cumplimiento de las funciones, así como en la idoneidad del fondo para llevar a cabo el proyecto que el ICBF requería para dar cumplimiento a la ley.

Por su parte, FONADE (fls. 209 – 222 cdno. ppal.) insistió en los argumentos de la contestación de la demanda y se opuso a la nulidad del contrato ya que la ley permite que los convenios se suscriban en forma directa entre las entidades estatales.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: *(i)* objeto de la controversia y decisión a adoptar, *(ii)* ausencia de nulidad absoluta del convenio número 197063, *(iii)* liquidación judicial del convenio número 197063 y, *(iv)* costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El ICBF pretende la liquidación judicial del contrato con sumas de dinero en su favor y correlativamente a cargo de FONADE, por considerar que se ejecutaron incompletas algunas prestaciones y existen recursos no ejecutados pendientes de reembolso sobre los cuales no existe discusión; la demandada, por su parte, considera que solo dejó de ejecutar el ítem de rotulado de algunos documentos del archivo de la regional Valle del Cauca lo cual no justifica la suma pretendida por la demandante, que no pudo entregar los TVD por incumplimiento del ICBF que no dio acceso a fondos documentales acumulados en su estado natural y,

reintegró oportunamente la suma en discusión por lo cual no hay lugar a incluirla en la liquidación en favor de aquel.

El tribunal de primera instancia anuló el convenio, de oficio, por estimar que se contrató contra expresa prohibición legal y se violó el principio de selección objetiva por el hecho de contratar directamente con una entidad que no presta directamente los servicios y sin acudir a pluralidad de oferentes, decisión que discute la parte apelante quien, además, insiste en sus pretensiones de liquidación judicial.

La Sala revocará la sentencia apelada¹, toda vez que del texto del contrato no se advierte que este haya sido celebrado contra expresa prohibición legal, al tiempo que la violación de los principios de la contratación pública no constituye causal de nulidad absoluta de los contratos y, en todo caso, no se acreditó tal trasgresión; por su parte, las pretensiones de liquidación judicial no prosperan porque no se aportaron bases probatorias que permitan determinar que la demandada le adeuda al ICBF lo reclamado.

2. Ausencia de nulidad absoluta del convenio número 197063

1) Contrario a lo que estimó el tribunal de primera instancia, la Sala no encuentra configurada alguna causal que imponga decretar la nulidad absoluta del convenio cuya liquidación judicial se pretende ya que no existe expresa prohibición legal para suscribir este tipo de negocios; en efecto, no se advierte una norma de derecho positivo explícita que, en forma concreta y puntual, prohíba ese tipo de convenios en la forma en la que se celebró².

¹ En forma previa se verifica que no operó la caducidad de la acción toda vez que el plazo de ejecución del convenio venció el 31 de enero de 2011 fecha en la cual culminó la prórroga número 8 (fl. 9 cdno. 2); desde el día siguiente, según acordaron las partes, contaban con seis meses para liquidar el convenio bilateralmente (fl. 45 cdno. 2), vencido estos (el 1 de agosto de 2011), se debían contabilizar dos meses para la liquidación unilateral (hasta el 2 de octubre de 2011) y, luego, dos años (hasta el 3 de octubre de 2013), en los términos del artículo 136 numeral 10, literal d) del Decreto-ley 01 de 1984, de donde surge evidente que la demanda, presentada el 27 de septiembre de 2013, fue oportuna, máxime si se tiene en cuenta el término de suspensión de la caducidad producto del trámite conciliatorio prejudicial que se surtió entre el 29 de julio y el 26 de septiembre de 2013 (fl. 182 cdno. 8).

² No cualquier transgresión del ordenamiento jurídico constituye causal de nulidad de los actos, tal como lo preció el Consejo de Estado - Sección Tercera en sentencia de 22 de marzo de 2007, exp. 28.010, MP Alíer Hernández, al señalar: Se debe aclarar, a propósito del alcance de esta causal de nulidad, que ella se aplica cuando el ordenamiento jurídico haya prohibido expresamente la celebración de determinados tipos contractuales, o el pacto de ciertas cláusulas,

2) El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, según su texto vigente para la época de suscripción del convenio número 197063, dispuso que los contratos interadministrativos se pueden celebrar en forma directa:

“Artículo 24º.- Del principio de Transparencia. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

c. Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.”.

En esa perspectiva, el artículo 7º del Decreto 855 de 1994 preceptuó:

Artículo 7º.- Los contratos interadministrativos, es decir, aquellos que celebren entre sí las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, con excepción de los contratos de seguro, encargo fiduciario y fiducia pública, se celebrarán directamente. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal. (se resalta).

3) Por su parte, el Decreto 2170 de 2002 no modificó ni derogó el artículo 7 del Decreto 855 de 1994 y reguló la necesidad de establecer pliegos de condiciones en la contratación directa que se adelante por la causal de menor cuantía³, así como los convenios interadministrativos que se suscriban con cooperativas y asociaciones y estableció la necesidad de realizar una invitación pública para contratar con estas cuando exista pluralidad de oferentes, pero, nada dijo respecto de los convenios suscritos entre entidades estatales⁴, por lo cual no es

o que determinados contenidos de un contrato lícito no los pueda pactar el Estado, como proscripción general o especial; pero la causal no comprende, como lo entiende el Tribunal, cualquier violación al ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, habría que concluir que ella comprende todos los demás.”.

³ Decreto 2170 de 2002, “Artículo 1º (...) PARÁGRAFO 1o. Lo previsto en este artículo se aplicará a los casos de contratación directa a que se refiere el literal a) del numeral 1o. del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 con excepción de los procesos cuyo valor sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.”.

⁴ Ibidem, “ARTÍCULO 14. De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 2º. de la Ley 80 de 1993, los contratos que se celebren en desarrollo de los convenios interadministrativos estarán sujetos a dicha ley.

La selección de estas entidades se hará conforme a las siguientes reglas:

1. Cuando el objeto pueda desarrollarse por varias de estas entidades, la entidad demandante del bien, obra o servicio, invitará a presentar ofertas a todas aquellas que puedan ejecutar el contrato.

de recibo afirmar que el ICBF estuviera obligado a emitir un pliego de condiciones y a garantizar la pluralidad de oferentes para suscribir un convenio con otra entidad estatal; por el contrario, en los estudios de conveniencia y oportunidad previos a la suscripción del negocio quedó claro que se escogía a FONADE para gerenciar el proyecto en atención a su experiencia en la gerencia de proyectos (fl. 33 cdno. 2).

4) Así las cosas, con independencia de los móviles de la determinación de asociarse por parte de estas dos entidades, frente a los cuales nada se demostró, no es cierto que el contrato se hubiera suscrito “*contra expresa prohibición legal*”, porque tal prohibición no existía para la época de celebración del negocio; lo acreditado es que se convino que FONADE realizaría la gerencia del proyecto a cambio de una remuneración, lo cual, por sí mismo, no permite evidenciar alguna causal de nulidad contractual y, menos aún, la de contrato expresamente prohibido por la ley.

5) El convenio bajo estudio tenía como finalidad desarrollar el objeto social del FONADE mediante la administración de proyectos financiados con recursos de fuente nacional, según se analizará en el título siguiente, función de la entidad prevista expresamente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 288. FUNCIONES. En desarrollo de su objeto el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, podrá realizar las siguientes funciones: 3.1 Promover, estructurar, **gerenciar**, ejecutar y evaluar **proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.**”* (se resalta).

En efecto, FONADE desarrolló dichas labores de gerencia y contó con diversos contratistas personas para la ejecución del objeto pactado, por lo cual se descarta

2. Cuando el objeto del contrato solamente pueda ser desarrollado por una entidad, el mismo se celebrará sin necesidad de adelantar proceso de selección alguno, circunstancia que deberá ser certificada por la Superintendencia de Economía Solidaria o quien haga sus veces en el caso de cooperativas o por el Ministerio del Interior en el caso de asociaciones de entidades territoriales.

Las entidades a que se refiere el presente artículo deberán inscribirse en el RUP, en relación con los contratos a que se refiere el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 y sólo podrán celebrar contratos respecto de los cuales posean la debida y comprobada experiencia, solidez financiera, capacidad técnica, administrativa y jurídica que les permita ejecutar directamente y sin la necesidad de ningún tercero el correspondiente contrato.”

que el contrato se hubiera suscrito con el fin de desconocer las reglas de selección de contratistas.

6) En cuanto a la presunta violación del principio de selección objetiva, la Sala reitera⁵ que la transgresión de los principios de la contratación estatal no está prevista en la ley como causal de nulidad absoluta de los contratos y la validez de estos no puede estar determinada por el alcance que, *a posteriori*, otorgue el juez a estos principios; en este caso, el texto del convenio por sí mismo no da cuenta de una finalidad desviada de las partes contratantes, razón por la cual se revocará la decisión de anularlo.

3. Liquidación judicial del convenio número 197063

Las súplicas de liquidación judicial no prosperan por cuanto el ICBF no acreditó las presuntas sumas de dinero que, según considera, le adeuda FONADE como cruce final de cuentas del convenio número 197063, tal como se explica a continuación:

1) El negocio suscrito entre las partes tuvo por objeto *“aunar esfuerzos entre el ICBF y el FONADE para organizar y entregar archivos de gestión central, histórico y de fondos acumulados, ubicados en algunas regionales, seccionales y centros zonales del ICBF”* (fl. 40 cdno. 2) en desarrollo de cual FONADE estaba obligado a fungir como gerente de proyecto, realizar los actos necesarios para la ejecución del proyecto, adelantar los procesos de selección y suscribir los contratos necesarios para ejecutar el proyecto y utilizar los recursos entregados para los únicos fines de la ejecución del proyecto, con unos recursos iniciales de \$7.600.000.000 (fl. 42 cdno. 2), adicionados luego hasta la suma de \$9.178.000.000, a cambio de lo cual FONADE recibiría una remuneración como gerente del proyecto.

2) De acuerdo con lo expuesto, correspondía a FONADE gerenciar el proyecto con las siguientes obligaciones:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 11 de octubre de 2021, CP Martín Bermúdez Muñoz, exp. 63117.

“CLÁUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES DE FONADE.- FONADE en ejecución del presente convenio tendrá a su cargo el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) prestar los servicios gerenciales, técnicos, jurídicos y administrativos necesarios para gerenciar el proyecto a que se refiere la cláusula primera del presente convenio; b) estructurar, coordinar y realizar los actos necesarios para la ejecución del objeto del presente convenio; c) adelantar los procesos de selección de las personas naturales y jurídicas que se requieran para el desarrollo de las actividades de ejecución el presente convenio, de conformidad con los procedimientos de selección establecidos en su manual interno de contratación y en las demás normas que lo modifiquen o adicionen; d) celebrar las contrataciones necesarias para la ejecución de los proyectos objeto del presente convenio, incluidos los contratos de interventoría o supervisión que se requieran; e) tramitar oportunamente los desembolsos con cargo al convenio; f) elaborar las reglas de participación con sus respectivos criterios de calificación y evaluación, para los procesos de selección y contratación que requieran el o los proyectos a desarrollar, de acuerdo con las especificaciones y presupuesto realizados por FONADE de conformidad con la información técnica previamente entregada por el ICBF; g) designar un representante al Comité Operativo, participar en el mismo y firmar sus actas; h) suscribir junto con el ICBF las actas de iniciación y liquidación del convenio; i) elaborar y revisar con el ICBF el plan operativo de acuerdo con el formato diseñado por FONADE para tal fin; j) **no utilizar en ningún caso los recursos transferidos por el ICBF para otros fines diferentes a los proyectos y al objeto del presente convenio; k) presentar trimestre vencido, informes de gestión sobre el avance de ejecución del convenio con sus respectivos soportes. El informe de gestión incluye aspectos administrativos, legales, técnicos y de ejecución presupuestal, el cual será elaborado de acuerdo con el modelo de informe diseñado por FONADE para tal fin, y será entregado dentro de los quince (15) primeros días hábiles contados a partir del vencimiento de cada trimestre calendario. l) informar y dar a conocer al ICBF los procesos, procedimientos y formatos que se utilizan actualmente en FONADE los cuales forman parte del Proceso de Gestión de calidad. **PARÁGRAFO. La obligación que asume FONADE en el presente convenio se limita, a lo que técnicamente sea viable ejecutar dentro del plazo pactado y hasta el monto de los recursos entregados para la ejecución de los proyectos, es decir la cobertura del proyecto está limitada por esas dos variables,** en el evento de presentarse durante la ejecución o con ocasión de la misma circunstancias que impliquen el reconocimiento y/o pago de sumas de dinero superiores a las entregadas a FONADE en virtud del presente convenio el ICBF, se compromete a adelantar las gestiones necesarias para la consecución de los recursos faltantes.” (fl. 42 cdno. 2 – mayúsculas fijas originales, negrillas adicionales).**

Como se aprecia, en virtud del convenio FONADE fungió como gerente de proyecto y, en tal virtud, le correspondía administrar los recursos entregados y aplicarlos a la ejecución de este.

3) Aunque hipotéticamente podría pensarse que el convenio tenía como única finalidad la administración de los recursos, la propuesta de contrato presentada por FONADE permite verificar que sus obligaciones estaban directamente relacionadas con la ejecución material del proyecto contratado, frente a lo cual asumió una obligación de resultado, tal como lo presentó el referido fondo al instituto contratante en los siguientes inequívocos términos:

“FONADE como agente del ciclo de proyectos, no intermedia recursos sino que ejecuta las obligaciones contractuales originadas en el negocio jurídico, recibiendo una contraprestación a sus servicios. En este orden de ideas, FONADE acomete un proyecto de desarrollo o parte de él, asumiendo obligaciones de resultado para con quien lo contrata, dando valor agregado de orden técnico, financiero, jurídico y de control al proyecto, y como consecuencia ejecutando el objeto de las apropiaciones presupuestales.” (fl. 28 cdno. 2- se destaca).

4) No se probó en el proceso, puntual y específicamente, cuáles fueron las sumas de dinero que supuestamente dejó de ejecutar FONADE o aquellas que presuntamente ejecutó de manera incompleta, irregular o no a satisfacción del ICBF, esto es, no hay evidencia del valor concreto que resultaría a deber la contratista por los faltantes alegados por la contratante.

5) En relación con los referidos metros lineales de archivo en la regional Valle del Cauca, por los cuales FONADE reclama la suma de \$339.559.883,93 correspondientes a 1076,94 metros lineales de archivo que dejaron de ejecutarse, se probó que FONADE suscribió el contrato derivado número 2092976 con la Unión Temporal Gestión Documental ICBF (fl. 20 cdno. 9) cuyo objeto fue *“contratar la aplicación de procesos de organización archivística para los archivos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF en la Regional Valle del Cauca”* por una suma de \$1.350.000.000, incluidos los impuestos, materiales y mano de obra, cuyo pago se pactó así:

“FORMA DE PAGO. FONADE cancelará al contratista la suma pactada en la cláusula segunda, así: FONADE cancelará al contratista el valor adjudicado por el sistema de precio unitario por metro lineal intervenido y recibido a satisfacción por la Interventoría así: 1) Un primer pago correspondiente a un treinta por ciento (30%) al recibo a satisfacción del avance de 1216 metros lineales totales intervenidos. 3) (sic) un segundo pago correspondiente a un treinta por ciento (30%) al recibo a satisfacción del avance de 1329 metros lineales, adicionales, totales intervenidos. 4) Un tercer pago correspondiente al treinta por ciento (30%) al recibo a satisfacción del avance de 1329

metros lineales, adicionales, totales intervenidos. 5) Un último pago: correspondiente al 10% (10%) del valor total adjudicado, a la liquidación del contrato y la certificación por parte del interventor designado por FONADE para el cumplimiento del mismo.” (fl. 21 cdno. 9 – mayúsculas fijas originales).

6) El ICBF entregó a FONADE las especificaciones técnicas que se debían cumplir en materia de archivo y, puntualmente, precisó lo siguientes respecto de los metros lineales de archivo documental:

“ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

El contratista seleccionado deberá cumplir con las siguientes obligaciones, en cada uno de los archivos a intervenir:

Para los archivos de gestión:

(...).

Organizar las cantidades de metros lineales de documentos en cada una de las dependencias de las Regionales y Agencias de El ICBF que hace parte integral de este contrato. En todo caso, se aplicará la Tabla de Retención Documental y se dejarán organizados la totalidad de los archivos a la fecha actual a la cual sean intervenidos. (fl. 19 cdno. 2).

7) Se probó que el 11 de octubre de 2011, el contrato derivado número 2092976 fue liquidado bilateralmente entre FONADE y la Unión Temporal Gestión Documental ICBF (fl. 193 cdno. 7) y el cruce de cuentas fue el siguiente:

Concepto	Valores
Valor inicial del contrato	\$1.350.000.000
Valor adición no. 1	\$561.271.777
Valor adición no. 2	\$113.000.000
Valor total del contrato	\$2.024.271.777
Vr. Ejecutado por el contratista	\$1.256.250.910
Vr. Desembolsado al contratista por FONADE	\$1.187.726.795
Vr. A desembolsar por FONADE al contratista	\$78.524.115

Vr. A descontar por FONADE al contratista ⁶	\$20.270.000
Vr. Reintegrado al convenio por ajuste a la amortización del anticipo ⁷	\$35.452.185
Saldo no ejecutado reintegrado al convenio 197063⁸	\$730.000.000
Valor pendiente por reintegrar al convenio 197063	\$63.473.053

8) Según lo antes expuesto, aunque FONADE no discute que quedaron metros lineales de archivo sin ejecutar, no es menos cierto que, de acuerdo con la referida acta de liquidación, el contratista encargado de su ejecución solo devengó parcialmente los recursos y los restantes fueron reintegrados al convenio 197063, aún en suma superior a lo reclamado por el ICBF como saldo en su favor por ese concepto.

9) En el documento denominado “*matriz de contratación derivada convenio N° 197063 suscrito entre FONADE y el ICBF*” la contratista precisó los valores ejecutados con cargo al convenio y, frente al contrato número 197063 determinó que el valor ejecutado correspondió a la suma de \$1.221.474.725 (fl. 129 cdno. 3) y que los demás valores contratados fueron reintegrados al convenio número 197063.

10) En las referidas condiciones, aunque FONADE acepta que no se ejecutaron la totalidad de metros lineales de archivo requeridos en la regional Valle del

⁶ “Valor a descontar de la suma pendiente por desembolsar al contratista, por aplicación de la cláusula penal pecuniaria, en cuantía de VEINTE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL PESOS M/CTE (\$20.270.000), por concepto de incumplimiento parcial del contrato NO. 2092976.”.

⁷ “Valor reintegrado como ajuste a la amortización del desembolso No. 22 el día (11) de febrero de 2011 según solicitud elevara por la gerencia del convenio.”.

⁸ “Valor total reintegrado al convenio 197063 correspondiente a los reintegros de saldo no ejecutado realizados en fechas cuatro (04) de agosto de 2010, quince (15) de septiembre de 2010, tres (03) de noviembre de 2010 y seis (06) de diciembre de 2010.”.

Cauca, con las pruebas presentadas no resulta posible establecer que existen saldos que deban ser liquidados en favor del ICBF por tal concepto en el convenio 197063, pues, es claro que tampoco pagó a su contratista la totalidad pactada para tal fin; según se desprende del contenido del contrato y del acta de liquidación se contrataron 3.874 metros lineales de archivo por un valor de \$2.024.271.777, de los cuales solo se ejecutaron \$1.256.250.910 (62,05%) y solo esto último le fue pagado al contratista, al tiempo que lo demás se reintegró al convenio principal suscrito entre las partes de este proceso. En ese estado de cosas, no resulta posible establecer si quedaron saldos en favor del ICBF producto de esa ejecución inferior a la prevista, porque, se insiste, los saldos no ejecutados en el contrato derivado número 2092976 se reintegraron al convenio.

11) Para la prosperidad de las pretensiones no le bastaba al ICBF con acreditar que dejaron de ejecutarse metros lineales de archivo en la regional Valle del Cauca, debía demostrar además que en su conjunto dejaron de ejecutarse los recursos globales del convenio cuya liquidación se pretende o que se imputaron a la ejecución de estos recursos algunos trabajos no recibidos a satisfacción por aquella y su cuantía, lo cual no ocurrió; contrario a ello, FONADE discute que ejecutó actividades de archivo que debían ser remuneradas y no logró establecerse su valor e impacto en la ejecución global de los recursos del convenio para así poder determinar si quedaba a deber al ICBF alguna suma por ese concepto.

12) Por su parte, en lo atinente a las tablas de valoración documental del nivel central del ICBF se demostró que FONADE suscribió el contrato derivado número 2082507 con la sociedad Gesfor Colombia Ltda (fl. 106 cdno. 16) con el objeto de *“realizar una consultoría especializada para la actualización y complemento del diagnóstico de los procesos archivísticos aplicables a los fondos acumulados y archivos de gestión del ICBF a nivel nacional”*, por una suma global de \$2.331.410.267,15, incluido el IVA, sin fórmula de reajuste.

13) El referido contrato derivado número 2082507 fue liquidado por las partes de común acuerdo el 21 de julio de 2010 (fl. 226 cdno. 7) y se pagó el 100% de lo pactado, previo descuento de \$33.000.000 como cláusula penal pecuniaria que aplicó FONADE por el incumplimiento de su contratista.

14) Resulta llamativo que en el acta de liquidación se reconoce que la ejecución contractual fue parcial e incompleta y, pese a ello, se pagaron el 100% de los recursos comprometidos, menos el valor de la cláusula penal que fue impuesta por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de Gesfor Colombia Ltda.

15) La prueba testimonial recaudada en la audiencia de pruebas (fl. 139 cdno. 1) resulta especialmente ilustrativa acerca de que el ICBF no obtuvo en su totalidad las tablas de valoración documental que requería respecto de los fondos acumulados y que se entregó únicamente un prototipo de estas⁹, al tiempo que está probado que ello hacía parte de las especificaciones técnicas exigidas por el ICBF, en los siguientes términos:

“PARA LOS ARCHIVOS DE LOS FONDOS ACUMULADOS

(...).

- 1. Construir T.V.D. con la metodología del AGN*
- 2. Someter a consideración del Comité de Archivo del ICBF la T.V.D.*
- 3. Aplicar la T.V.D. aprobada por el Comité de Archivo del ICBF.*

(...).

12. Elaborar las Tablas de Valoración Documental y el cuadro de clasificación documental sobre el cual debe basarse el inventario. Reflejando la estructura orgánica de EL ICBF, y debe contener la agrupación jerárquica de las secciones, subsecciones, las series o asuntos documentales, e identificando las unidades productoras y los documentos producidos por cada una de ellas en razón a sus funciones.

(...).

16. Trasladar a carpetas debidamente rotuladas en la parte superior derecha, todo material documental que se encuentre archivado en AZ u otro tipo de soporte, y un máximo 180 folios por expediente la cual deberá contener lo establecido por el AGN.

(...).

20. Organizar los documentos de conformidad con las series o asuntos documentales registrados en la Tabla de Valoración Documental y que por disposición final de la misma ameritan su conservación en el

⁹ Puntualmente se recibieron las declaraciones de (i) Gloria Esperanza Cubides Pachón, administradora de empresas y especialista en archivística quien trabajó para el ICBF como coordinadora del banco de gestión documental durante 18 años; (ii) Dercy Janeth Sánchez Torres, auxiliar administrativa del ICBF, (iii) Diana Rocío Castiblanco Villate quien fungía como gerente del convenio materia de la litis por parte de FONADE y (iv) Sandra Herrera Hernández quien prestaba apoyo técnico a la gerencia del convenio de FONADE.

archivo central y/o histórico de las Regionales (incluidos los Centros Zonales adscritos) y las Seccionales de EL ICBF.

(...).

23. Aplicar las tablas de valoración documental, incluyendo el plan de transferencias.

24. Ejecutar el plan de transferencias con base en la Tabla de Valoración Documental para lo cual debe elaborar el inventario de la documentación inactiva administrativamente que permita establecer la conservación total, parcial, o la eliminación, así como de aquella resultado del proceso de selección.” (fl. 23 cdno. 2).

16) Sin embargo, el ICBF no demostró cuál habría de ser el saldo a su favor derivado del incumplimiento de esa especificación por parte de FONADE y su contratista, pues, solo se conoce el valor global del contrato y el hecho consiste en que este fue pagado en un 100% pero, las evidencias aportadas no permiten conocer el valor de esa prestación no ejecutada y que FONADE debería reintegrarle.

17) El ICBF pretende que se cuantifique el valor no ejecutado en una tercera parte del precio pactado en el contrato derivado número 2082507, sobre la consideración de que este incluía tres actividades principales y, que una de ellas, las TVD, no fue ejecutada; sin embargo, tal como lo alegó FONADE, en el Acta de Comité de Archivo No. 002–2009 se decidió lo siguiente:

“Decisión: Aprobar las TRD y la TVD, elaboradas y aplicadas en la organización de los archivos durante el año 2008, informando a las citadas regionales y seccionales sobre su aprobación; adicionalmente se les debe informar sobre el ajuste o nueva versión de TRD elaborada, de tal forma que la puedan utilizar como complemento en la organización y mantenimiento de la administración de los archivos”. (fl. 38 cdno. 9).

18) Lo anterior coincide con la versión de las testigos respecto de que se entregó un prototipo para superar la imposibilidad de entregarlas terminadas ya que el ICBF no contaba con inventarios de los fondos acumulados que, para FONADE, era un insumo fundamental para elaborarlas en su totalidad.

19) En las referidas condiciones, lo que aparece acreditado es un diferendo entre las partes respecto de la elaboración de las TVD y, ninguna certeza, respecto de las posibles sumas que quedaría a deber FONADE por tal concepto al ICBF.

20) No se presentaron pruebas que permitan concluir idónea y válidamente que FONADE adeuda al ICBF una suma equivalente a 1/3 del valor total del contrato derivado número 2082507, toda vez que las pruebas presentadas no son suficientes para cuantificar el alcance en relación con las demás prestaciones del contrato ni el valor de la obligación incumplida, por tal razón, no es posible acceder a la pretensión de liquidación judicial del contrato; para obtener lo pretendido el ICBF debía aportar información que permita al juez determinar, sin asomo de duda, determinar el cruce de cuentas definitivo entre las partes, esto es, quién debe a quién y cuánto, lo cual no es posible de establecer con las bases probatorias allegadas que, se insiste, solo revelan un conflicto respecto del cumplimiento del convenio y no la realidad económica de su ejecución.

21) Finalmente, las partes no discuten y, por el contrario, reconocieron a lo largo del proceso que el saldo sin ejecutar del convenio y que debía ser reintegrado por FONADE (excluidos los dos puntos de inconformidad antes analizados) era de \$240.907.841; no obstante, FONADE alegó y probó haber reintegrado esos recursos mediante el comprobante de egreso número 36350 (fl. 270 cdno. 17) de 25 de octubre de 2013, en el cual consta el abono en cuenta número 5151554660 de la suma de \$239.948.049,34 en favor del ICBF por el concepto “reintegro de recursos no ejecutados del CV-197063”. La diferencia entre ambas sumas corresponde, tal como lo alegó FONADE, al 4x1000 de la suma (\$959.792,20), esto es, al gravamen sobre el movimiento financiero.

22) En conclusión, las pretensiones de liquidación judicial del contrato no pueden prosperar porque no se entregaron bases probatorias suficientes para determinar el cruce de cuentas definitivo entre las partes y si este puede incluir las sumas reclamadas por el ICBF; por su parte, la suma sobre la que existía acuerdo fue reintegrada por FONADE razón por la cual no podría ordenarse nuevamente su reintegro.

En mérito de lo expuesto, se niegan las súplicas de la demanda.

4. Costas

En los términos del artículo 188 del CPACA se condena en costas de la instancia a la parte vencida Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, en favor del

Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, las cuales se liquidarán en forma concentrada en la primera instancia. Se fijan agencias en derecho de la instancia en cuantía equivalente a veinticuatro millones de pesos (\$24.000.000) en los términos del artículo Acuerdo PSAA1887-2003. Las agencias en derecho de primera instancia las fijará el tribunal correspondiente.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1°) Revócase la sentencia de 30 de marzo de 2017 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A declaró la nulidad absoluta del contrato. En su lugar se dispone:

PRIMERO. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Costas a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y en favor del FONADE.

2°) Costas de la instancia a cargo de la demandante, las cuales se liquidarán en forma concentrada en el tribunal de primera instancia. Se fijan agencias en derecho de la instancia en cuantía equivalente a VEINTICUATRO MILLONES DE PESOS (\$24.000.000) a cargo del ICBF y en favor de FONADE.

3°) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen previas las desanotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado (salva el voto)
(firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 del CPACA.