



Radicado: 25000-23-36-000-2014-00450-01 (56370)  
Demandante: Sistema Universitario del Eje Cafetero (SUEJE)

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 25000-23-36-000-2014-00450-01 (56370)  
Demandante: SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO (SUEJE).  
Demandado: INSTITUTO COLOMBANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF).  
Referencia: Controversias contractuales.

**Tema 1:** Régimen de contratos de las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por entidades públicas. **Subtema 1.1.** Licitación pública o selección abreviada para la suscripción de contratos de suministro con instituciones de educación superior. **Tema 2:** Deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos cuando esté plenamente demostrada. **Tema 3:** Restituciones mutuas.

### SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de octubre de 2015, que negó las pretensiones.

#### I. SÍNTESIS

El 30 de diciembre de 2010, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero para el Desarrollo Regional Alma Mater suscribieron un *convenio interadministrativo*, con el que esta se obligaba a proveerle a aquella computadores y equipos de telecomunicación, para el cumplimiento de sus funciones. Considerando que se había presentado un incumplimiento, por la entrega de computadores con licencias de software *OEM*, en lugar de las *OLP* utilizadas generalmente en empresas y entidades, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le impuso pena pecuniaria contractual a la Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero para el Desarrollo Regional Alma Mater, la cual pretende la nulidad de los actos con los que la pena pecuniaria se hizo efectiva, así como la subsecuente declaración de no estar obligada a su pago y la liquidación del convenio.

#### II. ANTECEDENTES:

2.1. El diecinueve (19) de febrero de dos mil catorce (2014)<sup>1</sup>, el Sistema Universitario del Eje Cafetero ("SUEJE"), que anteriormente se denominada Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero para el Desarrollo Regional Alma Mater ("Red Alma Mater") presentó **demandas de controversias contractuales** contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en la que **pretende** que: (i) se declare la nulidad de la resolución núm. 9340 del 30 de noviembre de 2012 (en adelante "Resolución 9340 de 2012"), mediante la cual la demandada declaró el incumplimiento parcial del Convenio 93 de 2009, e hizo efectiva la pena pecuniaria, así como la nulidad de su confirmatoria, la resolución núm. 0476 del 4 de noviembre de 2013 (en adelante "Resolución 476 de 2013"), por falta de competencia, falsa

<sup>1</sup> Folio 47 (anverso), cuaderno 1.



motivación y desviación de poder; (iii) como consecuencia de lo anterior, pretende que se declare que el SUEJE no está obligado a cancelar suma alguna por concepto de "multas"; y que (iv) se ordene la liquidación del Convenio 93 de 2010.

2.1.1. Como asidero fáctico de sus pretensiones, la Red Alma Mater afirmó, en síntesis, que:

2.1.1.1. El 20 de noviembre de 2009, la Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero para el Desarrollo Regional Alma Mater ("Red Alma Mater") y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar suscribieron el convenio núm. 153 (en adelante, "Convenio 153 de 2009"), que fue modificado el 30 de marzo de 2010, con el objeto de que la Red Alma Mater *dotara* al ICBF de equipos de cómputo y comunicaciones.

2.1.1.2. Antes de que el anterior negocio jurídico fuera liquidado por mutuo acuerdo, el ICBF solicitó a la Red Alma Mater que presentara propuesta para "el alquiler de equipos de cómputo en el año 2011".

2.1.1.3. La Red Alma Mater presentó propuestas en octubre y diciembre de 2010, especificando en la última de ellas que los equipos de cómputo serían entregados con licenciamiento OEM; siendo esta última aceptada por el ICBF, debido a que los equipos ya estaban instalados en las dependencias de la entidad, con el software requerido por ICBF, lo que reducía los costos del alquiler y agilizaba el proceso de contratación.

2.1.1.4. El 30 de diciembre de 2010, fue suscrito el convenio núm. 93, ("Convenio 93 de 2010") mediante el cual —de acuerdo con los términos de referencia y las consideraciones del convenio— se buscó dar continuidad al servicio que venía siendo prestado en cumplimiento del Convenio 153 de 2009, sin que se especificara el tipo de licencia de software requerido para los equipos de cómputo. Por lo tanto, las especificaciones de los equipos de cómputo eran las mismas de los equipos instalados en 2009.

2.1.1.5. El 25 de abril de 2011, el literal b del párrafo de la cláusula 4ª del Convenio 93 de 2010 fue "modificada", para transferir la propiedad de los 2469 equipos de cómputo al ICBF, en las mismas condiciones físicas y de software que estaban instaladas, cuando concluyera el plazo de este negocio jurídico.

2.1.1.6. El 30 de noviembre de 2012, cuando habían transcurrido más de 11 meses desde la terminación del Convenio 93 de 2010, el ICBF profirió la Resolución 9340 de 2012, con la que impuso *multa* del 10% del precio del contrato y declaró el siniestro, al considerar que el software instalado no era el especificado en la oferta presentada en octubre de 2010.

2.1.1.7. La Resolución 9340 de 2012 fue recurrida en reposición por la Red Alma Mater y confirmada en su totalidad con la Resolución 476 de 2013

2.1.2. En el marco del anterior relato fáctico, la demandante erigió el **concepto de la violación**, que estructuró de la siguiente manera:

2.1.2.1. Violación del debido proceso, por omisión de citación a la aseguradora, decisión incongruente e inoportuna, e inicio de procesos paralelos.



2.1.2.2. Falsa motivación, porque la Red Alma Mater, al entregar los equipos con software OEM, cumplió con lo estipulado, de acuerdo con las cláusulas 2.16 y 4 del Convenio 934 de 2010, y los términos de la oferta presentada en diciembre de 2010, que —según los artículos 845 y 851 del Código de Comercio— era la única vigente y había fundamentado el negocio jurídico, conforme a lo declarado por un funcionario del ICBF en el proceso de imposición de la “multa”, lo que fue obviado en las resoluciones atacadas.

2.3. La demanda fue **admitida** mediante auto de 25 de abril de 2014<sup>2</sup>, que fue recurrido en **reposición** por el ICBF<sup>3</sup>, por carecer de una estimación razonada de la cuantía, con el correspondiente juramento estimatorio, y por omitir prueba de la existencia de Mapfre Seguros Generales S.A., que la actora había convocado como litisconsorte. La admisión fue **confirmada** a través de auto del 28 de julio de 2014<sup>4</sup>, siendo, en la misma fecha, negada la solicitud de conformación de litisconsorcio necesario con Mapfre Seguros Generales S.A.<sup>5</sup>.

2.4. El ICBF **contestó la demanda**, mediante escrito<sup>6</sup> en el que se opuso a las pretensiones.

2.5. Luego de correr el traslado de excepciones<sup>7</sup>, conforme al parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA, el Tribunal, de acuerdo con el artículo 179 del CPACA<sup>8</sup>, dictó **sentencia** en la **audiencia inicial** celebrada el **15 de octubre de 2015**<sup>9</sup>, en la que negó las pretensiones; liquidó el Convenio 093 de 2010<sup>10</sup> y condenó en costas.

2.5.1. En primer lugar, el Tribunal desestimó las pretensiones, al considerar que:

2.5.1.1. La decisión de declarar la ocurrencia del siniestro no tenía naturaleza sancionatoria, por lo que podía producirse incluso tras la liquidación del contrato.

2.5.1.2. No fue violado el debido proceso, debido a que la Red Alma Mater y la aseguradora fueron vinculadas al procedimiento administrativo, en el que fueron practicadas las pruebas por estas pedidas y escuchadas sus alegaciones, dándoles la oportunidad de presentar los recursos correspondientes.

2.5.1.3. Al resolver la reposición, el ICBF no adoptó una decisión incongruente, porque al hacer referencia al software propuesto en diciembre de 2010 no agregó un hecho nuevo.

<sup>2</sup> Folios 55 y 56, cuaderno 1.

<sup>3</sup> Folios 62 a 69, cuaderno 1.

<sup>4</sup> Folios 71 y 72, cuaderno 1.

<sup>5</sup> Folios 70 y 71, cuaderno 1.

<sup>6</sup> Folios 75 a 98, cuaderno 1.

<sup>7</sup> Auto del 27 de mayo de 2015 (folio 130, cuaderno 1).

<sup>8</sup> CPACA. “Artículo 179. [...] Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la segunda etapa y procederá a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión”.

<sup>9</sup> Folios 108 a 113, cuaderno principal.

<sup>10</sup> “PRIMERO: Se Niegan las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia. II SEGUNDO: Se LIQUIDA el convenio 093 de 30 de diciembre de 2010, el cual quedará así: la RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO PARA EL DESARROLLO REGIONAL —Red Alma Mater hoy SUEJE— le debe al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON VEINTITRÉS CENTAVOS MCTE (\$472.538.849,23) los cuales deberá pagar una vez ejecutoriada la presente providencia. Tercero: Se fijan como agencias en derecho a favor INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR la suma de DOCE MILLONES DE PESOS MCTE (\$12.000.000), los cuales deberá pagar una vez ejecutoriada la presente providencia. [...]”.



2.5.1.4. La Red Alma Mater tenía la obligación de entregar los equipos con licencias OLP, porque, si bien se buscó mantener el servicio que se venía prestando con los computadores alquilados con el Convenio 153 de 2010, este tenía un objeto diferente al del Convenio 93 de 2010, siendo así negocios independientes y autónomos, que atendieron a estudios técnicos independientes; estudios en los que —según el funcionario que los elaboró— se requirieron equipos con licencias OLP, como se mencionó en la ficha técnica, y a ello se obligó la Red Alma Mater en el parágrafo de la cláusula 1º del Convenio 93 de 2010. Aparte, la segunda propuesta no fue radicada formalmente en el ICBF, sino entregada informalmente a un funcionario, sin retractación expresa de la anterior, por lo que no constituyó la base del negocio jurídico celebrado.

2.5.1.5. Pese a que el señor Salgado dijo que el Convenio 93 de 2010 se fundó en la propuesta presentada en 2010, en la que no se especificó el tipo de software que se instalaría, se acreditó que las licencias OLP son las requeridas en empresas y entidades públicas, mientras las licencias OEM son utilizadas en hogares. Por lo tanto, la omisión de especificar el tipo de licencias del software en la última propuesta de la Red Alma Mater implicaba la entrega de licencias OLP, que son las adecuadas para el servicio, no lo contrario. Además, la Red Alma Mater, en comunicación del 1º de noviembre de 2011, no negó el ofrecimiento de software con licencias OLP, sino que afirmó que la alusión a ellas en la primera propuesta presentada se había debido a un error de digitación, siendo este un error cuyas consecuencias debe asumir.

2.5.2. Finalmente, el Tribunal liquidó el Convenio 93 de 2010, con un saldo de \$472'538.849,23 a favor del ICBF, tomando en consideración que: (i) las partes no desconocieron los antecedentes administrativos del convenio, (ii) en la modificación núm. 1 constaba que el ICBF entregó la totalidad de sus aportes económicos, (iii) en la propuesta de liquidación presentada por la *interventoría* el 4 de octubre de 2010 se menciona que la Red Alma Mater le debía \$52'158.174,23 al ICBF; y (iv) no se demostró el pago de la pena pecuniaria de \$420'353.675.

2.6. La Red Alma Mater presentó **recurso de apelación**<sup>11</sup>, con el propósito de que la sentencia fuera revocada, con base en los cargos que, en síntesis, configuró de la siguiente manera: (i) *falta de competencia funcional*, porque la imposición unilateral de la pena pecuniaria no es permitida en los convenios interadministrativos; (ii) *falsa motivación*, debido a que el Convenio 93 de 2010 fue el producto de la aceptación de la oferta presentada en diciembre de 2010 y no la de octubre del mismo año; (iii) *falta de competencia temporal*, ya que la pena fue impuesta cuando la Red Alma Mater había cumplido sus obligaciones, que no comprendían la entrega de computadores con licencias OLP; y (iv) *fallo extra petita*, porque la liquidación del contrato no conlleva el reconocimiento de saldos que no hubieran sido pedidos por las partes, sino la simple cesación del vínculo contractual y, de cualquier forma, el proyecto de liquidación en el que se basó el reconocimiento de salarios es un documento previo a la terminación del contrato, por lo que no es pertinente.

<sup>11</sup> Folios 114 a 129, cuaderno principal.



2.7. Una vez agotada la conciliación preceptiva<sup>12</sup> sin que las partes alcanzaran un acuerdo<sup>13</sup>, el recurso fue **concedido**<sup>14</sup>, **admitido**<sup>15</sup> y se corrió **traslado**<sup>16</sup> a las partes y al Ministerio Público, para que alegaran y conceptuaran, respectivamente. Esta oportunidad fue aprovechada únicamente por el ICBF<sup>17</sup>, el cual adujo que no se produjo un fallo *extra pétita*, ya que, al pretender la liquidación del contrato se busca que no queden obligaciones pendientes. El Ministerio Público guardó silencio y la actora presentó extemporáneamente sus alegaciones.

### III. PROBLEMAS JURÍDICOS Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO BAJO ANÁLISIS

3.1. De acuerdo con el artículo 328 del Código General del Proceso ("CGP"), esta Subsección, como juzgador de segunda instancia, debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. La Sala, a su vez, ha precisado que:

*«Con los contratos, los sujetos, en el ejercicio de la autonomía negocial, confluyen a regular sus relaciones intersubjetivas, estableciendo reglas de conducta con un carácter vinculante. Al ser reconocidos por el derecho, los negocios jurídicos, de los que forman parte los contratos, actúan como "instrumentos que el Derecho mismo pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación, para dar existencia y desarrollo a relaciones entre ellos"»<sup>18</sup>. Los sujetos, bien sea de derecho público o privado, participan así en la labor creadora de normas jurídicas, con lo que, si bien resulta discutible la producción de normas de derecho objetivo<sup>19</sup>, se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas intersubjetivas, con base en el artículo 1602 del CC<sup>20</sup>, el cual establece también que el contrato puede ser invalidado por causas legales.*

*La autonomía negocial, sin embargo, se encuentra limitada por las normas imperativas de superior jerarquía, de orden público e interés general, por lo que los negocios jurídicos que las contraríen y que, por tanto, sean absolutamente nulos, no deben producir efectos jurídicos<sup>21-22</sup>. Para evitarlo, en el derecho civil colombiano se*

<sup>12</sup> CPACA. "Artículo 192. [...] Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el Juez o Magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso. [...]".

<sup>13</sup> Folios 131 a 133.

<sup>14</sup> Auto de 30 de noviembre de 2015 (folio 134, cuaderno principal).

<sup>15</sup> Auto del 2 de marzo de 2016 (folio 139, cuaderno principal).

<sup>16</sup> Auto del 20 de abril de 2016 (folio 141, cuaderno principal).

<sup>17</sup> Folios 142 a 152, cuaderno principal.

<sup>18</sup> BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción de A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 43 y 44».

<sup>19</sup> Sobre esta tesis: FERRI, Luigi, *La Autonomía Privada*, Ediciones Olegnik y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019».

<sup>20</sup> "Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento muto o por causas legales».

<sup>21</sup> "Nulidad absoluta. Ésta es la sanción destinada a condenar todo cuanto se haya ejecutado contrariando el interés general. || Según esto, todo acto contrario a la ley o a su espíritu no debe producir ningún efecto jurídico; sin embargo, y a pesar de ser este el principio fundamental de la nulidad absoluta, y [...] ésta produce efectos provisionales hasta tanto no se haya pronunciado una decisión judicial". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de junio de 1997, exp. 4816».

<sup>22</sup> "Ahora, si bien puede sorprender a las partes, o a alguna de ellas, que en primera o en segunda instancia el juez declare la nulidad de un contrato o parte de él, cuando el proceso no giró alrededor de este aspecto, lo cierto es que el ordenamiento jurídico lo permite, si la encuentra probada, con el fin de hacer prevalecer en los negocios jurídicos el interés general y el orden público. De esta forma, bien puede solicitarse en la demanda la nulidad absoluta, o proponerse como excepción -por la parte interesada-, o deprecarla el ministerio público en cualquier estado del proceso, o el juez en cualquiera de las instancias. || En consecuencia, tanto en la primera como en la segunda instancia es posible declarar la nulidad absoluta del contrato, siempre y cuando los afectados hagan parte del proceso, y esté probada la causal. Y aunque es innegable que en la segunda instancia es más sorpresiva para las partes una decisión de estas, lo cierto es que la ley privilegió la protección del orden



establece el deber del juzgador de declarar oficiosamente la nulidad absoluta "cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato" (artículo 1742, CC). En los contratos estatales, la autonomía de la voluntad acusa restricciones más estrictas, en razón a los intereses que con estos se persigue<sup>23</sup>. Esto explica que, en este ámbito, no haya requerido el legislador que la constatación de una nulidad sea manifiesta, para que su declaración judicial oficiosa sea procedente<sup>24</sup>.

Cuando una norma intersubjetiva, como la nacida de un negocio jurídico, sea inválida por oponerse a normas superiores en las que el interés general se halle inmiscuido, corresponde al juzgador poner fin a la relación jurídica que nació viciada, con la declaración de su nulidad absoluta<sup>25</sup>, evitando así que continúe generando los efectos que nunca debió producir. Para esta Subsección resulta así claro que, al advertir que un contrato es nulo de nulidad absoluta, **esta debe ser declarada antes de adentrarse en el juicio de responsabilidad contractual, como el propuesto por el actor, que supone un incumplimiento de lo estipulado. Tiene así primacía, en estos asuntos, el mantenimiento del orden constitucional y legal, como lo ha determinado el legislador de antaño.** En razón a ello, esta Corporación ha procedido a declarar oficiosamente la nulidad absoluta en asuntos similares [...].

No sobra recalcar que el juicio de nulidad absoluta del contrato, o de algunos de sus elementos, que supone determinar si lo estipulado se ajusta a derecho, es un juicio de fondo, y no un mero formalismo, como el recurrente lo intenta mostrar. Tampoco cabe asimilar la nulidad que afecta el negocio jurídico con la nulidad que estropea al proceso, como lo hace el impugnante al argüir que, al haberse admitido la demanda con la manifestación de no hallarse nulidades, resultaba contradictorio declarar la nulidad del contrato» (énfasis agregado)<sup>26</sup>.

3.2. Ahora bien, conforme a lo consignado en el certificado de existencia de la Red Alma Mater<sup>27</sup>, en concordancia con las propuestas que esta presentó para la celebración del Convenio 93 de 2010<sup>28</sup> y lo consignado en este último documento<sup>29</sup>, esta es una entidad sin ánimo de lucro, constituida como una Corporación conformada por instituciones estatales de educación superior, como lo son la Universidad Tecnológica de Pereira<sup>30</sup>, la Universidad del Quindío<sup>31</sup>, la Universidad

jurídico, de la moral y del interés general -sobre el interés de las partes-, cuando autorizó declarar la nulidad del contrato si concurrían las anteriores condiciones" (subrayado añadido). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 17555.

«<sup>23</sup> "En la contratación estatal la autonomía de la voluntad presenta serias restricciones y limitaciones, por la finalidad distinta que anima a las entidades a celebrar contratos a la de los particulares y que le son impuestas a éstos cuando se vinculan con ellas. La Administración y los particulares pueden celebrar los contratos que se estimen necesarios para la satisfacción del interés público en el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos (art. 3 Ley 80 de 1993), pero es una actividad que para que surta eficacia, esto es la plenitud de los efectos jurídicos deseados, debe respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (art. 16 y 1518 del C.C.)." CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2011, exp. 17072».

«<sup>24</sup> LEY 80 DE 1993. "Artículo 45. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación"».

«<sup>25</sup> "Dicho de otro modo, la nulidad del contrato es la respuesta del ordenamiento a conductas dispositivas irregulares y que se contraponen a él, pues hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, o la cláusula pactada cuando el vicio recae únicamente sobre alguna de las estipulaciones del contrato, es decir, aniquila, suprime y borra sus efectos jurídicos, con el fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. Los artículos 6, 1740 y 1741 del Código Civil, [...]". CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2011, exp. 17072».

<sup>26</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de octubre de 2020, exp. 48784.

<sup>27</sup> Aptado. 4.1.

<sup>28</sup> Aptados. 4.3 y 4.4.

<sup>29</sup> Aptado. 4.7.

<sup>30</sup> LEY 41 DE 1958. Artículo 1º. "Créase la Universidad Tecnológica de Pereira, en la ciudad del mismo nombre, con carácter oficial y autonomía jurídica municipal, con sujeción al régimen que prescribe el Decreto-ley número 0277 de 16 de Julio de 1958, y demás normas que dicte al respecto el Congreso Nacional o el Municipio respectivo. [...]".

<sup>31</sup> LEY 56 DE 1967. "Artículo 1º. Para todos los efectos legales y, en especial para los contenidos en el Decreto número 277 de 1958 y disposiciones que lo adicionan o reforman, reconócese la Universidad del Quindío como entidad autónoma descentralizada, con personería jurídica".



de Caldas<sup>32</sup>, la Universidad del Tolima<sup>33</sup>, y la Universidad Nacional Abierta y a Distancia<sup>34</sup>.

3.2.1. De acuerdo con el artículo 95 de la Ley 489 de 1998<sup>35</sup>, las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por entidades públicas, como la Red Alma Mater, "se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género". La exequibilidad de esta disposición fue condicionada con la sentencia C-671 de 1999, "bajo el entendido de que [...] en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias"<sup>36</sup>.

Como fundamento de esta decisión de exequibilidad condicionada, la Corte Constitucional tomó en consideración<sup>37</sup>, en primer lugar, que, al prohibir las donaciones de los órganos del Estado a sujetos de derecho privado, y permitir, simultáneamente, la celebración de contratos entre aquellos y estos, el artículo 355 de la Constitución buscó poner fin a las anomalías que se venían presentando con los denominados "auxilios parlamentarios", además de procurar garantizar el control fiscal en la asignación del capital público, y su subordinación a los planes y programas de interés público.

Sobre la situación anómala que se venía presentando con tales donaciones, la Corte Constitucional recordó lo considerado por la Asamblea Constituyente, en el siguiente tenor:

*«Es ya un hecho público y notorio que las partidas decretadas para el fomento de empresas útiles y benéficas de desarrollo regional, conocidas por el nombre genérico de "auxilios parlamentario" [...] se han convertido en una de las más importantes razones de desprestigio del Congreso Nacional, por el mal uso que un número creciente de congresistas ha hecho de ellos, a tal punto que se ha vuelto común entre los colombianos creer que los auxilios así decretados son fuente de lucro personal o recurso financiero para campañas electorales.*

<sup>32</sup> LEY 34 DE 1967. "Artículo 1º Nacionalizase la Universidad de Caldas. En consecuencia, la Nación asume el sostenimiento y régimen prestacional de dicho establecimiento público de carácter docente, mediante la apropiación anual de la partida respectiva en el Presupuesto Nacional, sin perjuicio de que la Universidad siga disfrutando de los bienes, rentas, auxilios, subvenciones y demás ingresos de que actualmente goza o que pueden asignársele en el futuro. || Artículo 2º La Universidad de Caldas continuará como persona jurídica, conforme al régimen legal y estatutario que actualmente la rige".

<sup>33</sup> UNIVERSIDAD DEL TOLIMA, Consejo Superior. Acuerdo No. 104 del 21 de diciembre de 1993. "Artículo 2. La Universidad del Tolima es un ente universitario autónomo, de carácter estatal u oficial del orden departamental, creado por la Ordenanza No. 005 de 1945, con personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, y patrimonio independiente, que elaborará y manejará su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden. En lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo, está vinculada al Ministerio de Educación Nacional". Rescatado de: <http://administrativos.ut.edu.co/normativad-ut.html>.

<sup>34</sup> LEY 396 DE 1997. Artículo 1º. "A partir de la vigencia de la presente Ley, la Unidad Universitaria del Sur de Bogotá, creada mediante Ley 52 de 1981 se denominará Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, como establecimiento público de carácter nacional con personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente, adscrita al Ministerio de Educación Nacional y con domicilio en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D. C., y podrá constituir seccionales en todo el territorio nacional, a través de las cuales podrá ofrecer sus programas en las modalidades presencial y a distancia. [...]".

<sup>35</sup> Artículo 95. "Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. || Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de sus entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal".

<sup>36</sup> Subrayado agregado.

<sup>37</sup> Sentencia C-671 de 1999.



*Esta figura de los auxilios parlamentarios, establecida con un buen juicio y mejor intención en la reforma constitucional de 1968, en sus orígenes cumplió el fin para el que fue instituida: Permitir a los miembros del Congreso encauzar unos recursos del Estado para obras de sus comunidades, en especial para aquellas que por lo atrasadas y pequeñas no merecían la atención de los planes de inversión del Estado»<sup>38</sup>.*

Después de poner de presente la ratio del artículo 355 de la Constitución, con fundamento en el cual juzgó las normas demandadas —aplicables al *sub lite*— la Corte Constitucional consideró que:

«De conformidad con el artículo 210 de la Carta se autoriza la creación de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, en virtud de una ley o por expresa autorización de ésta y, en todo caso, con acatamiento a "los principios que orientan la actividad administrativa". Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización -artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad.

En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias. [...]»<sup>39</sup> (subrayado agregado).

Por lo tanto, de acuerdo con la declaración de exequibilidad condicionada del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que se produjo con la sentencia C-671 de 2009, la Red Alma Mater se encuentra sujeta al régimen de actos y contratos propio de los entes que la conforman, que lo son las instituciones de educación superior.

3.2.2. Pasando ahora al régimen contractual de las instituciones de educación superior, la Ley 30 de 1994 estableció, en su artículo 57, que las universidades estatales u oficiales son entes autónomos con un régimen especial<sup>40</sup>, y agregó que:

“El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen

<sup>38</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional*, núm. 77, Bogotá, p. 11.

<sup>39</sup> Sentencia C-617 de 1999.

<sup>40</sup> LEY 30 DE 1992. “Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo. || Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden”.



financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente Ley<sup>41</sup> (subrayado fuera del texto original).

A continuación, en el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, se estableció que:

"Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

*Parágrafo. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan" (énfasis añadido).*

Finalmente, el artículo 94 *ejusdem* sujetó la validez de los anteriores contratos al cumplimiento de los requisitos propios de los negocios jurídicos celebrados entre particulares, salvo en lo concerniente a los requisitos presupuestales, de publicidad y el impuesto de timbre, lo cual debía ajustarse a lo exigido en el régimen público de contratación<sup>42</sup>.

La exequibilidad de las anteriores disposiciones de la Ley 30 de 1992 fue declarada con la sentencia C-547 de 1994. En esta oportunidad, la Corte Constitucional consideró, en primer lugar, que, de acuerdo con las normas referidas en precedencia, el régimen de derecho privado se aplica únicamente a las universidades estatales, pero no ocurre lo mismo con las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidad; disparidad esta con la que se configura una regla general y una excepción.

Al punto, dicha Corporación consideró que la autonomía universitaria comprende su libertad económica, por virtud de la cual las universidades pueden "arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional". Sin embargo, dicha autonomía no es absoluta, ya que —como lo prevé la misma Constitución en sus artículos 67, 68 y 69— al legislador le corresponde "dictar las disposiciones generales con arreglo a las cuales las universidades pueden darse sus directivas y regirse por sus estatutos".

En este orden de ideas, la Corte Constitucional reiteró que la libertad de acción de los centros educativos, que envuelve la autonomía universitaria, puede estar sometida a limitaciones excepcionales, pero estas deben estar previstas en la ley. En razón a ello, concluyó que era exequible el sometimiento al derecho público, que, por excepción, se aplicó a los contratos de empréstito suscritos por las entidades estatales u oficiales, así como a todos los contratos celebrados por centros educativos con carácter no universitario.

3.2.3. Pues bien, una de estas excepciones fue agregada con la aprobación de la Ley 1150 de 2007, vigente al momento en el que el Convenio 93 de 2009 fue celebrado, en razón a consideraciones similares a aquellas que dieron lugar a la

<sup>41</sup> Si bien, el artículo 1 de la Ley 647 de 2001 agregó que el régimen especial de las universidades estatales u oficiales se extiende a "su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley", esta nueva disposición no tiene relevancia en el presente asunto.

<sup>42</sup> LEY 30 DE 1992. "Artículo 94. Para su validez, los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional cuando a este haya lugar".



prohibición incorporada con el artículo 355 de la Constitución, referido anteriormente, como se manifestó en su exposición de motivos:

*"[...] con el fin de acabar con la práctica de estas entidades que valiéndose de las ventajas que comporta para la selección y entrega de recursos [sic] tener el carácter de entidad estatal por vía de los llamados convenios interadministrativos y a pesar de no contar con la idoneidad y experiencia requerida para la ejecución de contratos, se han venido convirtiendo en los grandes contratistas del Estado, en especial a nivel territorial.*

*La entrega de recursos sin ningún tipo de control o auditoría para su manejo a este tipo de entes, se ha convertido en un semillero para la corrupción promovido tanto por la entidad contratante como por la respectiva asociación, lo que ha generado la desviación de importantes recursos con los costos sociales y económicos que ello implica"<sup>43</sup>.*

Con este propósito, en su artículo 2º, la Ley 1150 de 2007 previó que, en la celebración de contratos de suministro **que sean ejecutados por entidades de educación superior** (o por personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas) no se aplica la excepción general que permite su celebración mediante contratación directa cuando las obligaciones derivadas del contrato tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Tales contratos requieren, para su celebración, proceso de licitación o de selección abreviada en concurrencia con los particulares<sup>44</sup>.

De esta forma, el legislador buscó garantizar la transparencia e igualdad<sup>45</sup>, así como la libre competencia<sup>46</sup>, en la celebración de contratos de suministro, que en el ordenamiento colombiano tienen un carácter principalmente mercantil<sup>47</sup>, por ser este el ámbito en el que es regulado, atendiendo a la función económica que desempeña en el tráfico jurídico<sup>48</sup>, en un ámbito trascendente para la economía como lo es la compra pública<sup>49</sup>.

3.4. Pues bien, de acuerdo con los hechos formulados en la demanda<sup>50</sup> y lo acreditado en primera instancia<sup>51</sup>, el Convenio 93 de 2010 fue celebrado con el objeto de proveer al ICBF de equipos de cómputo, sin agotar previamente un proceso de selección abreviada ni licitación pública, lo que, en acatamiento de la

<sup>43</sup> GACETA DEL CONGRESO, año XIV, núm. 466, 2 de agosto de 2005, p. 53.

<sup>44</sup> LEY 1150 DE 2007. "Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: || 1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo [...]. || [...] 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos: || [...] c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. || Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo." [...].

<sup>45</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 4 e julio de 1997, exp. 9523; del 29 de agosto de 2007, exp. 15324; del 4 de junio de 2008, exp. 17793; del 3 de diciembre de 2008, exp. 24715; del 11 de noviembre de 2009, exp. 17366; y del 4 de febrero de 2010, exp. 16540.

<sup>46</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de enero de 2016, exp. 49847.

<sup>47</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. "Artículo 20. Son mercantiles para todos los efectos legales: [...] 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil".

<sup>48</sup> Aptado. 5.3.

<sup>49</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de abril de 2021, exp. 56307.

<sup>50</sup> Aptados. 2.1.1.1 a 2.1.1.7.

<sup>51</sup> Aptados. 2.5.1.5, 2.5.1.6 y 2.5.2.



facultad y deber que le asiste al juzgador, mueve a la Sala, como guardiana del orden jurídico, a dar respuesta al siguiente **problema jurídico**:

¿El Convenio 93 de 2010 es un contrato de suministro que, al haber sido celebrado sin agotar un proceso preceptivo de licitación pública o selección abrevia, es absolutamente nulo?

Una vez resuelto el anterior interrogante, procederá la Sala a liquidar el Convenio 93 de 2010, conforme a lo pretendido en la demanda<sup>52</sup> y lo aducido por la recurrente.<sup>53</sup>

#### IV. HECHOS PROBADOS:

Los siguientes hechos relevantes para dar respuesta al problema jurídico planteado en esta instancia fueron acreditados mediante documentos aportados en copias simples y auténticas, cuya autenticidad se presume, según el artículo 244 del Código General del Proceso ("CGP"), los cuales fueron suscritos por funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones, por lo que hacen fe de las declaraciones que en ellos se hace, de acuerdo con los artículos 243 y 257 del CGP:

4.1. Conforme al **certificado de existencia de entidades sin ánimo de lucro**, expedido por la Cámara de Comercio de Pereira<sup>54</sup>, el Sistema Universitario del Eje Cafetero ("SUEJE") obtuvo personería jurídica el 26 de septiembre de 2000, bajo la denominación Corporación Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero para el Desarrollo Regional —Alma Mater— y, mediante acta del consejo directivo del 13 del 11 de octubre de 2013 obtuvo su denominación actual. Su actividad adicional 1 consiste en la *"consultoría informática y actividades de administración e instalación de instalaciones informáticas"*, que comprende *"ejercer derechos y contraer obligaciones de conformidad con las disposiciones del Código Civil, las normas para entidades de este género en los términos que se indican en los presentes estatutos atendiendo lo estipulado [sic] en la Ley 30 de 1982 [sic] y la Ley 489 de 1998"*.

4.2. La Dirección de Informática y Tecnología del ICBF aprobó **las bases**<sup>55</sup> —sin fecha— **a un proceso de contratación directa para la suscripción de un convenio administrativo**, en el que se evaluarían las propuestas de Colsfot, Telefónica y la Red Alma Mater, cuyo objeto consistía en la *"[i]mplementación de hardware, mantenimiento y soporte técnico para 2469 equipos de cómputo, suministro de elementos de comunicación, wireless, videoconferencia, elementos de telefonía y adquisición de equipos de escritorio y portátiles [...]"*<sup>56</sup>. El presupuesto de la convocatoria ascendía a \$10.839'318.965.

4.2.1. A modo de justificación, el ICBF afirmó que: (i) contaba con 2794 equipos alquilados a la Red Alma Mater, que deberían continuar prestando servicios a nivel nacional; (ii) requeriría equipos adicionales, para atender contingencias por fallas en los equipos; (iii) al terminar el convenio suscrito con la Red Alma Mater, se hacía necesario iniciar un proceso *"para dar continuidad a la implementación del hardware, soporte técnico y mantenimiento de 2469 equipos de escritorio, portátiles y el soporte técnico a funcionarios del RUB y equipos psicosociales"*.

<sup>52</sup> Aptado. 2.1.

<sup>53</sup> Aptado. 2.6.

<sup>54</sup> Folios 48 y 49, cuaderno 2.

<sup>55</sup> Folios 72 a 79, cuaderno 2; y Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 4-11.

<sup>56</sup> Subrayado añadido.



4.2.2. Atendiendo a lo anterior, se mencionó que era "[...] necesario iniciar un nuevo Convenio Interadministrativo para atender la demanda actual de los equipos instalados, los servicios de comunicación [ilegible] módems a nivel nacional junto con el aprovisionamiento de los demás equipos de cómputo, comunicación, videoconferencia y elementos tecnológicos por valor de diez mil ochocientos treinta y nueve millones trescientos dieciocho mil novecientos sesenta y cinco pesos (\$10.839.3183965" (subrayado añadido).

4.2.3. Con respecto a la oportunidad de la contratación, se tomó en consideración: (i) que no era posible iniciar un proceso de contratación, "ya que los equipos a reemplazar deben estar instalados y operando el 29 de diciembre de 2010"; y (ii) que "Alma Mater se compromete a dar como aporte al Instituto la totalidad de los 2469 equipos en las mismas condiciones en que fueron entregados e instalados en sitio, las cuales quedarán como propiedad de este último, una vez finalizado el Convenio".

4.2.4. Como razones de conveniencia, tuvo en cuenta que: (i) "[f]rente a los precios del mercado, al valor mensual pactado con Alma Mater representa un ahorro del 16% frente al operador externo dado que la Red Alma Mater está exenta del cobro de IVA"; (ii) los equipos de la Red Alma Mater se encontraban instalados en todo el país, por lo que la prestación del servicio por otro "proveedor" tardaría 45 días aproximadamente; (iii) Alma Mater conocía la operación y los sitios en los que se encontraban instalados los equipos; y (iv) que "[l]os equipos se encuentran instalados y configurados con el software estándar del ICBF".

4.2.5. En las especificaciones técnicas esenciales de los equipos de escritorio, se mencionó que los equipos debían contar con: (i) un sistema operativo "Windows XP profesional, español, último service pack / debidamente licenciados"; y (ii) que el software de productividad sería el "Office 2010 estándar última versión vigente debidamente licenciado".

4.2.5. Las **obligaciones del contratista** consistían en:

4.2.5.1. Entregar al ICBF el inventario actualizado de los equipos que ya habían sido instalados.

4.2.5.2. Entregar los equipos restantes en las sedes del ICBF, "de acuerdo a la demanda presentada por la Subdirección de Recursos Tecnológicos".

4.2.5.3. "Entregar en perfecto estado de funcionamiento los elementos de comunicación y equipos de acuerdo con las características definidas en la ficha técnica y de la propuesta que hacen parte integral del contrato, [...] software de configuración (drivers) en medio magnético originales, para cada uno de los componentes de los equipos que garanticen su pleno funcionamiento".

4.2.5.4. "Atender y dar solución a los casos escaldados en la Mesa de Servicios, por trámite de garantía a través de la herramienta de Gestión del ICBF".

4.2.5.5. "Reemplazar el o los producto(s) defectuosos con partes iguales o de superiores características, durante el tiempo de vigencia de contrato, sin costo alguno para el ICBF".

4.2.5.6. Realizar mantenimiento preventivo de los equipos que ya habían sido instalados.



4.2.5.7. Presentar certificación del fabricante que lo acredite como "distribuidor autorizado" y representante de la marca por un mínimo de tres (3) años.

4.2.5.8. "Garantizar que los equipos instalados cuenten con el sistema operativo y el software de productividad establecidos por ICBF, de acuerdo con la ficha técnica".

4.2.5.9. Acordar con el ICBF el procedimiento, los formatos y los sitios de entrega de los equipos.

4.2.5.10. Asumir los costos de transporte de los equipos.

4.2.5.11. Mantener los precios ofertados.

4.2.5.12. "Al finalizar el convenio los equipos de cómputo, quedan como propiedad del ICBF, en las mismas condiciones físicas y de software en que fueron instalados".

4.2.5.13. Suscribir el acta de liquidación del contrato.

4.2.5.14. Cumplir con las garantías de calidad, cumplimiento, salarios, "restricciones sociales" e indemnizaciones.

4.2.5.15. "Instalar los equipos ofertados con el sistema operativo y el software de productividad antes de su distribución, de acuerdo con la ficha técnica".

4.2.5.16. Realizar el "mantenimiento correctivo derivado de las garantías" en las instalaciones del ICBF.

4.2.6. La modalidad de selección especificada fue la de convenio interadministrativo, con un estudio de mercado en el que habían evaluado ofertas Colsof, Telefónica y Alma Mater, concluyendo que la última era la "más favorable en su parte económica y logística".

4.3. De acuerdo con la **propuesta de la Red Alma Mater**, para prestar apoyo logístico y/o proyectos relacionados con las tecnologías de información para el ICBF, fechada en **octubre de 2010**<sup>57</sup>:

"La Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero para el Desarrollo Regional, Red Alma Mater, que se constituyó mediante Acta 004 del 26 de septiembre de 2000, e inscrita en la Cámara de Comercio de Pereira el 31 de octubre de 2000, bajo el número 00003680 libro I de las entidades sin ánimo de lucro, es entonces conforme a la autonomía universitaria contemplada en la Constitución, una entidad de carácter estatal, conforme a lo previsto en el Artículo 2 de la Ley 80 de 1993, con personería jurídica, sin ánimo de lucro, concebida como Sub Sistema del Sistema de Universidades del Estado (SUE), que agrupa a varias instituciones de Educación Superior Estatales<sup>58</sup>; **para la contratación se rige por el derecho privado de acuerdo a lo establecido en las disposiciones del Código Civil, en especial el Acuerdo 01 del Consejo de Rectores**, las normas para las entidades de este género y sus estatutos; goza de autonomía presupuestal y **no está sujeta**

<sup>57</sup> Folios 80 a 87, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 19-26.

<sup>58</sup> **Socios fundadores:** Universidades Tecnológica de Pereira, Universidad del Quindío, Universidad de Caldas, Universidad del Tolima y Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD. || **Invitados Permanentes:** ESAP, Universidad Nacional Sede Manizales, Colegio Integrado Nacional de Oriente de Caldas, Universidad del Valle Sede Cartago y Universidad Central del Valle» (negrilla del texto original).



a las normas del estatuto orgánico de presupuesto, administrativa y financiera, y está vinculada a las instituciones de educación superior que la conforman y sujeta a ellas mediante la tutela administrativa" (énfasis propio).

4.3.1. Dentro de las fortalezas jurídicas, se mencionó que la Red Alma Mater era una "[e]ntidad sin ánimo de lucro, de carácter estatal, que posibilita la firma de convenios interadministrativos para la Gerencia de Proyectos, de manera directa y ágil, según lo establecido en el Artículo 78 del Decreto 2474 de julio 7 de 2008, que reglamenta la Ley 1150 de 2007".

4.3.2. Como obligaciones del convenio, se indicaron: (i) "la instalación del software requerido por el ICBF para el manejo de las aplicaciones en un área destinado por el ICBF para el manejo de las aplicaciones en un área destinada por el ICBF para estas configuraciones, así como la instalación de los drivers, componentes y demás aplicaciones requeridas para el acceso a la red del ICBF"; (ii) el soporte técnico de los equipos en todo el país, con el reemplazo de los computadores que funcionaran mal; (iii) el mantenimiento correctivo de los equipos; (iv) un ingeniero de planta para atender las solicitudes de los funcionarios; (v) la disponibilidad de un sistema para atender solicitudes de servicios; y (vi) respaldo con póliza de seguros por robo y daño de equipos.

4.3.3. Según esta propuesta, la Red Alma Mater le alquilaría al ICBF 2469 equipos de cómputo que con un precio de \$3.720'542.026.

4.3.4. En los requisitos técnicos mínimos de la propuesta, relacionó: (i) un sistema operativo "Windows XP Professional, Español, último Service Pack / Debidamente licenciados", y (ii) un software de productividad "Office estándar OLP 2007 / Debidamente licenciado".

4.3.5. Como propuesta económica, fue formulada la siguiente:

|                                        |                 |
|----------------------------------------|-----------------|
| Cantidad de equipos                    | 2.469           |
| Valore [sic] equipo mensual por equipp | \$117.360       |
| Valor mensual                          | \$289.761.840   |
| Administración mensual                 | \$20.283.329    |
| Valor total mensual                    | \$310.045.163   |
| Tiempo de alquiler en meses            | 12              |
| Valor total convenio a 12 meses        | \$3.720.542.026 |

4.4. En la propuesta de la Red Alma Mater para prestar apoyo logístico y/o proyectos relacionados con las tecnologías de información para el ICBF, fechada en **diciembre de 2010**<sup>59</sup>, fueron retiradas la descripción de la entidad y sus fortalezas, pero las obligaciones del convenio se ajustaron a las descritas en las bases del proceso definidas por el ICBF (aptados. 4.2.5 a 4.2.5.16); y la **propuesta económica** fue reformulada de la siguiente manera:

"El valor de las siguiente propuesta por alquiler de equipos es de: Tres mil setecientos sesenta y ocho millones quinientos treinta mil setecientos cincuenta y cinco pesos (\$3.765.530.755.00) mcte incluidos todos los impuestos, tasas y contribuciones. Una vez terminado el convenio los equipos serán entregados en calidad de donación al ICBF:

| CONCEPTO        | PRESUPUESTO | NORMALES | ESPECIALES |
|-----------------|-------------|----------|------------|
| Cantidad equipo | 2.469       | 2398     | 71         |

<sup>59</sup> Folios 89 a 100, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 176-187.



|                     |                  |               |               |
|---------------------|------------------|---------------|---------------|
| Vr equipo           | 117.360          | 117.360       | 170.000       |
| Vr Mes              | 289.761.840      | 289.761.840   | 12.070.000    |
| Admón               | 20.283.329       | 19.700.050    | 844.900       |
| Total               | 310.045.169      | 301.129.330   | 12.914.900    |
| Vr equipo           | 125.575.20       | 125.575,20    | 181.900       |
| Valor total         | 3.720.542.026,20 | 3.613.551.955 | 154.978.800   |
| Total rubro equipos |                  |               | 3.768.530.755 |

#### MÓDEMS:

Valor de la propuesta para el suministro de 485 módems de comunicación inalámbrica con un plan de datos por la suma de: trescientos cuarenta y nueve millones doscientos mil (\$349.200.000) pesos.

| CONCEPTO           | PRESUPUESTO     |
|--------------------|-----------------|
| Vr Módems          | 60.000          |
| Módems             | 458.000         |
| Valor total        | 349.2000.000,00 |
| Total rubro módems | 349.200.000,00  |

Valor de la propuesta para equipos de videoconferencia y elementos de comunicaciones según relación que suministra el ICBF: seis mil setecientos veintiún millones quinientos ochenta y ocho mil doscientos diez pesos (\$6.721.588.210)".

4.4.1. Dentro de las obligaciones del convenio que la Red Alma Mater asumiría, mencionó, además, que "[al] finalizar el convenio de los equipos de cómputo, queda como propiedad del ICBF, en calidad de donación, en las mismas condiciones físicas y de software en que fueron instaladas. Estos activos se reportan por un valor de \$360.350.000 pesos".

4.4.2. En las especificaciones técnicas esenciales de este documento se menciona que los equipos de escritorio incluirían: (i) un sistema operativo "Windows XP Profesional, Español, Último Service Pack / Debidamente licenciados"; y (ii) un software de productividad "Office 2010 Estándar Última Versión Vigente Debidamente Licenciado".

4.4.3. En el anverso de la última página del documento se encuentra una firma ininteligible con la nota "Rec Dic 2010".

4.5. En memorando del 28 de diciembre de 2010<sup>60</sup>, el director de información y tecnología del ICBF, Francisco Javier Pulido Fajardo, le comunicó al jefe de la oficina jurídica de la entidad que el convenio administrativo que se suscribiría con la Red Alma Mater "[...] tiene por objeto la implementación de hardware, mantenimiento y soporte técnico para 2469 equipos de cómputo y suministro de elementos de comunicación para sedes sin conectividad en el ICBF, cubriendo de igual manera las contingencias donde se presentan fallas en las mismas" (subrayado añadido).

4.6. Mediante resolución núm. 5992 del 29 de diciembre de 2010 (en adelante, "Resolución 5992 de 2010")<sup>61</sup>, la secretaria general del ICBF resolvió que se justificaba la contratación directa de un convenio interadministrativo de cooperación entre la entidad y la Red Alma Mater, tomando en consideración: (i) que el artículo 2.4.c) de la Ley 1150 de 2007 permitía esta modalidad de selección en contratos

<sup>60</sup> Folio 93, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, p. 3.

<sup>61</sup> Folio 93, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 35-37.



interadministrativos; (ii) que el ICBF "cuenta con 2.794 equipos en modalidad de alquiler instalados a nivel nacional, suministrados por la Red de Universidades Públicas Alma Mater"<sup>62</sup>; (iii) que, además del "componente técnico" se requería soporte administrativo y operativo; (iv) que el próximo año se requerirían equipos adicionales, para cubrir contingencias por fallas en los equipos; (v) que era necesario "dar continuidad a la implementación de hardware, soporte técnico y mantenimiento de 2469 equipos de cómputo durante un año en el Instituto, abarcando el suministro de elementos de comunicación, wireless, videoconferencia, elementos de telefonía, adquisición de equipos de escritorio, portátiles y el soporte técnico a funcionarios del RUB y equipos psicosociales"; y que (vi) "Alma Mater se compromete a dar como aporte al Instituto la totalidad de los equipos en las mismas condiciones en que fueron entregados e instalados en sitio, los cuales quedarán como propiedad de este último, una vez finalizado el Convenio".

4.7. El 30 de diciembre de 2010, el ICBF y la Red Alma Mater suscribieron el **convenio interadministrativo de cooperación y aporte núm. 093 ("Convenio 93 de 2010")**<sup>63</sup> en el que, dentro de sus consideraciones fueron consignados las razones de justificación, oportunidad y conveniencia en las bases del proceso de selección referidas previamente (aptados. 4.2.1 a 4.2.4); en las que se reiteró que los "equipos se encuentran instalados y configurados con el software estándar del ICBF", y agregó: (i) que "teniendo en cuenta lo establecido en el literal c del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 78 del Decreto 2474 de 2008, la modalidad de contratación es directa, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de [...] Alma Mater, como entidad descentralizada indirecta con personería jurídica, sin ánimo de lucro, de naturaleza pública y de carácter académico, con autonomía presupuestal, administrativa y financiera que agrupa a instituciones de educación superior estatales, que por su naturaleza jurídica y funciones se rige por las disposiciones del Código Civil y las demás normas aplicables para las entidades de este género"; y que (ii) "Alma Mater presentó a consideración del ICBF la propuesta de servicios para el objeto pretendido, la cual se entiende aceptada con la firma del presente Convenio".

4.7.1. Como objeto del convenio, se acordó "aunar esfuerzos para la implementación de hardware, mantenimiento y soporte técnico para 2469 equipos de cómputo, suministro de elementos de comunicación, wireless, videoconferencia, elementos de telefonía y adquisición de equipos de escritorio y portátiles de acuerdo con la relación suministrada por la Dirección de Informática y Tecnología del ICBF"<sup>64</sup>.

4.7.2. La Red Alma Mater asumió, en la cláusula 2ª del Convenio 93 de 2010, las obligaciones definidas en las bases del proceso de selección directa que elaboró el ICBF (aptados. 4.2.5 a 4.2.5.16), dentro de las que se mencionó expresamente, que "[a]l finalizar el convenio los equipos de cómputo, quedan como propiedad del ICBF, en las mismas condiciones físicas y de software en que fueron instalados. Estos activos se reportan por un valor de \$370.350.000", lo que fue calificado como una "aporte" de la Red Alma Mater.

4.7.3. El ICBF, por su parte, se obligó a: (i) "[e]ntregar a Alma Mater toda la información necesaria para la ejecución del convenio", (ii) dar a conocer los sitios en los que los equipos serían entregados, (iii) definir el procedimiento para la entrega de los equipos; (iv) adelantar la liquidación del convenio, (v) informar sobre

<sup>62</sup> Subrayado fuera del texto original.

<sup>63</sup> Folios 101 a 110, cuaderno 2; folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 43-52.

<sup>64</sup> Subrayado agregado.



las irregularidades en la ejecución del convenio, (vi) y “[r]ealizar los desembolsos de sus aportes [de] acuerdo a lo pactado”. La entrega de estos últimos aportes, avaluados en \$10.839.318.965, se realizaría “[...] previa expedición del certificado de cumplimiento de las obligaciones a satisfacción suscrito por el supervisor del convenio y constancia de de [sic] encontrarse a paz y salvo en parafiscales y/ seguridad social integral”. La supervisión del convenio le fue asignada al director de información y tecnología “o quien haga sus veces”.

4.7.4. Como sanciones al incumplimiento del convenio por Alma Mater, se acordó la imposición de multas y cláusula penal pecuniaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007

4.8. El 30 de diciembre de 2010 —día en el que fue suscrito el Convenio 93 de 2010— el director de información y tecnología, y el gestor de proyectos de la Red Alma Mater suscribieron un documento<sup>65</sup> en el que hicieron constar:

| "RELACIÓN DE ELEMENTOS A ADQUIRIR – CONVENIO ALMAMATER [sic]" |                                                                                                                                 |          |                                                                                                                                                   |
|---------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ítem                                                          | Cantidad [sic]                                                                                                                  | Unidades | Justificación                                                                                                                                     |
| 1                                                             | Implementación de hardware, mantenimiento y soporte técnico para equipos de escritorio.                                         | 2398     | Para dar continuidad a la operación de 2398 funcionarios del Instituto, quienes estaban siendo beneficiados a través de alquiler de computadores. |
| 2                                                             | Implementación de hardware, mantenimiento y soporte técnico para equipos de escritorio.                                         | 71       | Para dar continuidad a la Operación de 71 funcionarios del Instituto, quienes estaban siendo beneficiados a través de alquiler de computadores”.  |
| 3                                                             | 385 Modem [sic] para el uso de los funcionarios del ICBF a nivel nacional.                                                      | 385      | Garantizar la conectividad de los funcionarios recolectores de información del RUB y del personal cuya conectividad es limitada.                  |
| 4                                                             | 100 módems para el SIFF Nación II para las 33 regionales a partir del 1 de enero de 2011 por un año.                            | 100      | Garantizar la operación de funcionarios del ICBF en ciertas zonas para el uso del sistema de información SIFF nación II.                          |
| 5                                                             | Solución de video conferencia.                                                                                                  | 1        | Con el fin de adecuar las instalaciones que permiten ofrecer el servicio de video conferencia a las 33 regionales del ICBF.                       |
| 6                                                             | Solución de comunicaciones de Telefonía IP (incluidas licencias, instalación, implementación y soporte del servicio por 1 año). | 5120     | Proveer servicios de telefonía a través de la red de comunicaciones a 5500 funcionarios del ICBF.                                                 |
| 7                                                             | Hardware para soportar 2469 equipos (servidores y kits de memoria).                                                             | 2 y 8    | Para virtualizar los sistemas operacionales y aumentar la capacidad de procesamiento de los servidores centrales.                                 |

4.9. El 30 de diciembre de 2010, el director de información y tecnología del ICBF, en su condición de supervisor del Convenio 93 de 2010, suscribió **autorización del pago**<sup>66</sup> por **\$5.084.941.789**, en cumplimiento del referido convenio.

4.10. El 31 de diciembre de 2010, el supervisor del ICBF y un representante de la Red Alma Mater firmaron el **acta de inicio**<sup>67</sup> del Convenio 93 de 2010, en la que manifestaron que el plazo del contrato se cumpliría el 31 de diciembre de 2011.

<sup>65</sup> Folio 111, cuaderno 2; Ffolio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, p. 56.

<sup>66</sup> Folio 112, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, p. 290.

<sup>67</sup> Folio 112, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 73-74.



4.11. Con **oficio del 15 de febrero de 2011**<sup>68</sup>, el director de información y tecnología del ICBF comunicó a la Red Alma Mater que, en el marco del Convenio 93 de 2010, que comprendía la adquisición de herramientas de cómputo, se requerían ocho (8) kits de memorias RAM *Hewlett Packard* de 16 gigas y dos (2) servidores con *Hewlett Packard Blade*, con unas especificaciones y precios de mercado que son relacionados en el documento.

4.12. El 24 de febrero de 2011 se celebró el **comité operativo núm. 2** del Convenio 93 de 2010, de la cual se dejó constancia en acta firmada por representantes da la Red Alma Mater y del ICBF<sup>69</sup> —dentro de quienes se encontraba el supervisor del convenio— en la que se mencionó que el convenio se dividiría en “dos procesos”, a saber: (i) el “suministro y/o exigencias informáticas con las cuales se cubrirán las necesidades” de “[i]mplementación de hardware, mantenimiento y soporte técnico equipos de cómputo y suministros de elementos informáticos”, así como “[s]uministros de equipos módems, los cuales serán despachados según la solicitud de distribución del Instituto”; y (ii) “adquisición, entrenamiento, instalación, configuración y puesta en funcionamiento de una solución de comunicación de voz (Telefonía IP)”<sup>70</sup>.

4.13. En **escrito de 28 de febrero de 2011**<sup>71</sup>, la Red Alma Mater remitió cotización de los kits memoria RAM y servidores, que habían sido solicitados por el director de información y tecnología del ICBF.

4.14. En **informe de ejecución del Convenio 93 de 2010**, suscrito por el director de información y tecnología del ICBF el **31 de marzo de 2011**<sup>72</sup> se mencionó que habían sido cancelados \$5.084'941.789 y se encontraba pendiente el pago de \$5.754'377.176.

4.15. El 13 de abril de 2011 se celebró el **comité operativo núm. 4** del Convenio 93 de 2010, de la cual se dejó constancia en acta firmada por representantes da la Red Alma Mater y del ICBF<sup>73</sup> —dentro de quienes se encontraba el supervisor del convenio— en la que se mencionó que de los 2469 equipos que comprendía el convenio habían sido entregados 2433, quedando así pendiente la entrega de 36 equipos.

4.16. El 25 de abril de 2011, representantes del ICBF y de la Red Alma Mater suscribieron la **aclaración núm. 1 al Convenio 93 de 2010**<sup>74</sup> (en adelante “**Aclaración 1**”), en la que convinieron:

“**ACLARAR** de conformidad con la propuesta presentada por Alma Mater y el objeto del CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE COOPÉRACIÓN Y APOORTE No. 093 de 2010 el literal B del párrafo primero de la cláusula: POR PARTE DE ALMA MATER: Una vez culminado el plazo de ejecución del Convenio transferirá la propiedad de 2.469 equipos de cómputo instalados en el ICBF en las mismas condiciones físicas y software que fueron instalados”.

<sup>68</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 103-104.

<sup>69</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 266-268.

<sup>70</sup> Subrayado añadido.

<sup>71</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, p. 108.

<sup>72</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 118-120.

<sup>73</sup> Folios 127 y 128, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 257-259.

<sup>74</sup> Folio 116, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, p. 123.



4.17. El 13 de mayo de 2011, el director de información y tecnología del ICBF, en su condición de supervisor del Convenio 93 de 2010, autorizó<sup>75</sup> el pago del \$3.000.000.000, en cumplimiento del dicho convenio.

4.18. En **informe de ejecución del Convenio 93 de 2010**, suscrito por el director de información y tecnología del ICBF el **31 de mayo de 2011**<sup>76</sup>, consta que habían sido cancelados \$8.084'941.789 y se encontraba pendiente el pago de \$2.754.377.176.

4.19. A través de **memorando del 19 de julio de 2011**<sup>77</sup>, el subdirector de recursos tecnológicos del ICBF comunicó a la jefe de la oficina jurídica, que de los \$8.084'941.789 pagados a la Red Alma Mater en cumplimiento del Convenio 93 de 2010 habían sido ejecutados \$2.450'299.597, con corte al 15 de julio de 2011, proyectándose la ejecución de \$4.155'548.025 de la siguiente manera:

| Cantidad                                                                                  | Unidades | Costo Hasta     | Valor Ejecutado Junio 30-2011 | Valor proyectado |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----------|-----------------|-------------------------------|------------------|
| Equipos de cómputo                                                                        | 2469     | \$3.720.542.026 | \$2.015.293.597               | \$1.705.248.428  |
| Computadores MID RANGE para soportar equipos de cómputo                                   | 2        | \$54.000.000    | \$57.070.000                  | \$0              |
| Kits de memoria para servidores de virtualización, sistemas de administración red         | 8        | \$26.000.000    | \$22.736.000                  | \$0              |
| 385 módems para el uso de los funcionarios del ICBF a nivel nacional                      | 485      | \$349.200.000   | \$349.200.000                 | \$0              |
| Equipo de comunicación para videoconferencia MCY                                          | 1        |                 |                               |                  |
| Cámaras de video en red de comunicaciones regional                                        | 11       |                 |                               |                  |
| Proyector integrado (Video Beam)                                                          | 6        |                 |                               |                  |
| Profesional para el diagnóstico de comunicación aplicada al sistema financiero por un mes | 1        | \$6.000.000     | \$6.000.000                   | \$0              |
|                                                                                           |          |                 | \$2.450.299.597               | \$1.705.248.428  |

Además, consta en este documento que el cronograma de mantenimiento preventivo de los 2469 equipos instalados había avanzado en un 52%, encontrándose pendiente además la entrega del inventario actualizado de los equipos instalados y actas de entrega de usuario final, por parte de la Red Alma Mater.

<sup>75</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, p. 296.

<sup>76</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 125-128.

<sup>77</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 140-142.



4.20. Mediante **memorando del 19 de julio de 2011**<sup>78</sup>, la directora financiera del ICBF relacionó los siguientes pagos realizados, con corte al 15 de julio de 2011, en cumplimiento del Convenio 93 de 2010:

| PRESUPUESTO UTILIZADO CORTE 15 JULIO 2011                              |                   |                    |
|------------------------------------------------------------------------|-------------------|--------------------|
| Concepto                                                               | Valor             | Rubro presupuestal |
| 1. Valor inicial convenio aporte ICBF discriminado as:                 | 10.839.318.968,00 | c2210300000103     |
| a. Vigencia 2010 registros presupuestales nros. 4764, 4766, 4767, 4768 | 5.048.941.789,00  | c2210300000103     |
| b. Vigencia futura 2011 registros presupuestales 23, 46                | 5.754.377.176,00  | c2210300000103     |
| 2. Pagos efectuados                                                    |                   |                    |
| 2.1. Un primer pago anticipado con recursos 2010 de fecha 11/02/2011   |                   | c2210300000103     |
| 2.2. Un segundo pago con recursos vigencias 2011                       | 3.000.000.000,00  | c2210300000103     |
| 3. Saldo actual por cancelar vigencia 2011                             | 2.754.377.176,00  | c2210300000103     |

4.20.1. Al este memorando fue adjuntado el **estado de cuenta** del Convenio 93 de 2010<sup>79</sup>, suscrito por el coordinador del grupo financiero del ICBF, en el que se constatan los pagos relacionados en el anterior cuadro.

4.20.2. En el expediente obran los **certificados de registro presupuestal** núm. 4764, 4768, 4767, 4766, 23 y 46, referidos en el anterior cuadro<sup>80</sup>, en los que puede corroborarse los datos allí consignados.

4.21. En **memorando del 19 de julio de 2011**<sup>81</sup>, el subdirector de recursos tecnológicos del ICBF, además de reiterar lo dicho en memorando de la misma fecha referido anteriormente (apdo. 4.19), especificó que “[c]on ocasión de la ejecución de dicho convenio [93 de 2010], se han entregado 2469 equipos de cómputo, 2 servidores de rango medio y 8 kits de memoria que permiten implementar dichos computadores, así como la entrega de 485 módems”.

4.22. El 22 de julio de 2011, el ICBF y la Red Alma Mater firmaron una **modificación al Convenio 93 de 2010**<sup>82</sup>, en la que convinieron que los aportes económicos del ICBF se reducirían a \$6.635'782.210, por lo que la Red Alma Mater le devolvería a aquel \$3.881'405.034.

4.23. El 8 de agosto de 2011, el director de información y tecnología del ICBF suscribió sendas certificaciones<sup>83</sup>, en las que hizo constar que:

4.23.1. En cumplimiento del Convenio 93 de 2010, durante mayo de 2011 la Red Alma Mater había prestado el servicio de “**alquiler mensual**” de los siguientes equipos:

<sup>78</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 143-144.

<sup>79</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, p. 145.

<sup>80</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 274, 276, 278, 280, 281 y 284.

<sup>81</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 147-149.

<sup>82</sup> Folios 119 a 12, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 152-154.

<sup>83</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 10-12.



| Descripción                          | Cantidad |
|--------------------------------------|----------|
| Equipos de cómputo                   | 2395     |
| Portátiles                           | 4        |
| Equipos de cómputo memoria adicional | 31       |
| TOTAL                                | 2433     |

4.23.2. En cumplimiento del Convenio 93 de 2010, en el lapso comprendido entre 11 y el 20 de junio de 2011 la Red Alma Mater había prestado el servicio de “alquiler mensual” de los siguientes equipos:

| Descripción                          | Cantidad |
|--------------------------------------|----------|
| Equipos de cómputo                   | 2398     |
| Portátiles                           | 4        |
| Equipos de cómputo memoria adicional | 31       |
| TOTAL                                | 2433     |

4.23.3. En cumplimiento del Convenio 93 de 2010, en el período que transcurrió entre el 21 y el 30 de junio de 2011, la Red Alma Mater había prestado el servicio de “alquiler mensual” de los siguientes equipos:

| Descripción                          | Cantidad |
|--------------------------------------|----------|
| Equipos de cómputo                   | 2434     |
| Portátiles                           | 4        |
| Equipos de cómputo memoria adicional | 31       |
| TOTAL                                | 2469     |

4.23.4. En cumplimiento del Convenio 93 de 2010, en julio de 2011, la Red Alma Mater había prestado el servicio de “alquiler mensual” de los siguientes equipos:

| Descripción                          | Cantidad |
|--------------------------------------|----------|
| Equipos de cómputo                   | 2434     |
| Portátiles                           | 4        |
| Equipos de cómputo memoria adicional | 31       |
| TOTAL                                | 2469     |

4.24. El 30 de agosto de 2011 se celebró el **comité operativo núm. 7** del Convenio 93 de 2010, de la cual se dejó constancia en acta firmada por representantes de la Red Alma Mater y del ICBF<sup>84</sup> —dentro de quienes se encontraba el supervisor del convenio— en la que dejaron constancia de que “los montos equivalentes a los 160 días por la no instalación de los 36 equipos de cómputo desde el inicio del convenio, serán conciliados en la liquidación”.

<sup>84</sup> Folios 127 y 128, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 257-259.



4.25. El 8 de septiembre de 2011, fue suscrita la **aclaración núm. 1 a la modificación núm. 1 al Convenio 93 de 2010**<sup>85</sup>, en la que el ICBF y la Red Alma Mater estipularon que

*"el valor a reducir al Convenio será de por la suma de \$5.754.377.176 pesos m/cte [...], por lo cual el valor del Convenio es por [sic] la suma de \$5.455.291.789 pesos m/cte, compuesto tanto por los aportes correspondiente al ICBF por valor de \$5.084.3941.789 pesos m/cte [...], como por los aportes correspondientes a ALMA MATER por valor de \$370.350.000. Con respecto a los aportes correspondientes al ICBF por valor de \$5.084.941.789 pesos m/cte [...], Alma Mater reintegró el 25 de julio del año 2011 la suma de \$881.405.034 pesos m/cte. Por lo tanto el valor neto aportado por parte del ICBF al Convenio una vez descontado el reintegro referido por valor de \$881.405.034 pesos m/cte [...], es por la suma de \$4.203.536.455 pesos m/cte".*

4.26. Mediante **oficio del 12 de septiembre de 2011**<sup>86</sup>, el **supervisor del Convenio 93 de 2010** solicitó a la Red Alma Mater el cambio del tipo de licencias del programa Office a OLP, de acuerdo con su obligación *"[e]ntregar en perfecto estado de funcionamiento los elementos de comunicación y equipos de acuerdo con las características definidas en la ficha técnica y la propuesta que han [sic] parte integral del contrato"*.

4.27. El 4 de octubre de 2011 se celebró el **comité operativo núm. 8** del Convenio 93 de 2010, de la cual se dejó constancia en acta firmada por representantes da la Red Alma Mater y del ICBF<sup>87</sup> —dentro de quienes se encontraba el supervisor del convenio— en la que se mencionó que *"[...] con respecto al tema del trámite para la donación, [...] se informa que la RAM [Red Alma Mater] entrega remisión al ICBF de los equipos en calidad de donación con el anexo del inventario y con ese documento el ICBF certifica dicha donación"*. Aparte, se acordó que la Red Alma Mater enviaría un comunicado exponiendo las razones por las que la licencias OIM no podrían cambiarse por OLP, *"toda vez que se debe a un error en la elaboración de la documentación para la elaboración de la minuta"*.

4.28. Con escrito del 1 de noviembre de 2011<sup>88</sup>, la **Red Alma Mater** respondió al anterior oficio del ICBF, afirmando que su ofrecimiento de licencias OLP respondió a un *"error de digitación"*, que había sido *"aceptado"* por el ICBF en el comité operativo celebrado el 4 de octubre de 2011, y agregó que ello se ajustaba a las bases así como al texto del Convenio 93 de 2010, en los que era claro que se buscaba dar continuidad al servicio que venía prestándose con el Convenio 153 de 2009.

4.29. El 4 de octubre de 2011 se celebró el **comité operativo núm. 9** del Convenio 93 de 2010, de la cual se dejó constancia en acta firmada por representantes da la Red Alma Mater y del ICBF<sup>89</sup> —dentro de quienes se encontraba el supervisor del convenio— en la que se dejó constancia de que *"[la] Red Alma Mater informa al ICBF que se hará entrega de una certificación de donación y el inventario de las 2469 máquinas, el 5 de enero de 2011 al finalizar el convenio, se solicita verificar al interior del ICBF el procedimiento pero se comenta que con este documento se diligencia los formatos del ICBF para donaciones"*.

<sup>85</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 1, pp. 169-171.

<sup>86</sup> Folio 138, cuaderno 2.

<sup>87</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 269-270.

<sup>88</sup> Folios 139 a 141, cuaderno 2.

<sup>89</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 271-272.



4.30. Luego de que, en noviembre y diciembre de 2011, el ICBF remitiera un oficio y un memorando<sup>90</sup> a través de los cuales requirió a la Red Alma Mater la instalación de licencias OLP, en cumplimiento de lo pactado, el **13 de junio de 2012**, el director de contratación del ICBF le comunicó<sup>91</sup> el **inicio de un procedimiento sancionatorio**, por incumplimiento de la obligación de entregar los equipos de acuerdo con lo estipulado y citó a la Red Alma Mater a audiencia de descargos. En último oficio, el ICBF refirió lo siguiente:

| COMPARATIVO TIPO LICENCIAMIENTO OEM VS OLP                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LICENCIAMIENTO OEM                                                                                                                                                                                                  | LICENCIAMIENTO OLP                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Son consideradas licencias para el hogar, estudiantes y en algunas casos empresas.                                                                                                                                  | Son consideradas licencias corporativas, se utilizan en empresas, entidades gubernamentales y en el sector educación.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| El software OEM está vinculado a la máquina original es decir se licencia con el sistema del equipo en el que se instaló.                                                                                           | Se pueden adquirir por volumen (solo para el caso de grandes corporaciones que tienen infinidad de puestos de trabajo).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| Se caracterizan porque las mismas tienen un sticker con hologramas que está pegado a la CPU. En el caso de hacer modificaciones, la misma carece de valor legal. Y si el equipo se da de baja, la licencia también. | Su principal característica es que las mismas no vencen o caducan. Son 'para toda la vida de la empresa'. Las mismas nos [sic] perpetuas, la empresa que la adquiera podrá contar con la licencia hasta el día de cierre de la misma, no se endosan [sic] al equipo; esto quiere decir que la empresa no tiene la necesidad de controlar que cada licencia corresponda a un equipo determinado (ideal para grandes grupos de trabajo). La misma es un simple papel que deja claro que tal compañía cuenta con X cantidad de licencias. |
| La licencia no puede ser compartida, ni transferida, ni usar simultáneamente en diferentes equipos, incluso, si la máquina original ya no está en uso o se daña, la licencia no puede ser utilizada.                | Se puede transferir de una máquina a otra, en los casos en que la máquina se de, [sic] de baja.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| La misma no permite efectuar actualizaciones (up grades) como tampoco tener instalado versiones inferiores a la misma (down grades).                                                                                | Se pueden hacer down grades (tener instalado versiones inferiores) y up grades (actualizaciones) siempre y cuando se compren con el Software Assurance, el cual permite tener la última versión disponible durante dos años.                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|                                                                                                                                                                                                                     | Las OLP se dividen en tres grandes grupos, OLP NL (empresas), OLP NL GOV (entidades gubernamentales) y OLP NL AE (sector educación). Las mismas con precios diferenciales (30% de descuento para gobierno y 79% para educación). Por otra parte las mismas se pueden adquirir con Software Assurance, pagando adicionalmente, casi un 60% más. Su ventaja es que permite tener la última versión                                                                                                                                       |

<sup>90</sup> Folios 142 a 147, cuaderno 2.

<sup>91</sup> Folios 147 a 152, cuaderno 2.



|  |                                                                                                                                                                                                                     |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | disponible, durante los dos próximos años, de adquirida la licencia.                                                                                                                                                |
|  | LA LICENCIAS OLP TIENE ASISTENCIA TÉCNICA Y COMERCIAL (NO ASÍ LAS EOM) Y EN CASO DE ALGUNOS PRODUCTOS COMO el Office, permiten tener licenciada una versión en el hogar y cursos gratuitos se adquieren con el S.A. |

Considerando que [A]lma Mater en su propuesta de octubre de 2010, ofrece Office 2007 y Microsoft no comercializa versiones anteriores de ninguno de los productos, el análisis de diferencia de costos se realizará con la versión vigente del Office que responde a 2010.

| TIPO DE LICENCIAMIENTO            | CANTIDAD | VALOR UNITARIO | VALOR TOTAL        |
|-----------------------------------|----------|----------------|--------------------|
| Office estándar 2010 OLP NL       | 2469     | \$790.000,00   | \$1.950.510.000,00 |
| Office OEM – Home & Business 2010 | 2469     | \$475.000,00   | \$1.172.755.000,00 |
| Diferencia                        |          | \$315.000,00   | \$777.735.000,00   |

4.31. Por medio de documento fechado el 30 de julio de 2012<sup>92</sup>, la **Red Alma Mater** rindió **descargos escritos** sobre el incumplimiento que el ICBF le imputaba en el procedimiento sancionatorio abierto, oponiéndose al aducir que en diciembre del año anterior se había cerrado un proceso sancionatorio por los mismos hechos.

4.32. Con **resolución núm. 9340 del 30 de noviembre de 2012** (“**Resolución 9340 de 2012**”)<sup>93</sup>, el ICBF resolvió:

**“ARTÍCULO PRIMERO:** DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONVENIO N° 093 de 2010 [...], por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** DECLARAR EL SINIESTRO DEL CONVENIO N° 093 de 2010 [...] amparado por la póliza de cumplimiento 26013110000001, expedida por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

**ARTÍCULO TERCERO:** HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA por un valor de CUATROCIENTOS VEINTE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$420.353.675 pesos), equivalente al 10% del valor final del convenio después de las modificaciones sufridas por el mismo, según lo estipulado por la cláusula vigésima tercera del texto del convenio.

**ARTÍCULO CUARTO:** El monto que se señala en el acto administrativo enunciado en el párrafo precedente debe ser objeto de pago por parte de la RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALMA MATER, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de manera inmediata, so pena de proceder al descuento respectivo al momento de liquidar el contrato de conformidad con el párrafo del artículo 17 de la Ley 1150 y el Manual de Contratación del ICBF, resolución No. 2690 del 14 de Junio de 2012”.

<sup>92</sup> Folios 153 a 156, cuaderno 2.

<sup>93</sup> Folios 157 a 196, cuaderno 2; Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 4, pp. 108-187.



4.32.1. En esta resolución consta que en el procedimiento agotado para la imposición de la sanción contractual fue recibido el testimonio de **José Guillermo Salgado**, quien manifestó: (i) que con el proceso de contratación, en el que participó como **subdirector de recursos tecnológicos**, se buscó darle continuidad al alquiler de los equipos suministrados en cumplimiento del Convenio 153 de 2009, que eran utilizados por funcionarios y contratistas del ICBF, además de los módems y equipos de video; (ii) que se encargó de determinar las especificaciones técnicas de los equipos que serían objeto del convenio; (iii) que en diciembre de 2010 recibió la oferta definitiva de la Red Alma Mater, en la cual plasmó una nota para que fuera cotejada con la propuesta anterior —que reconoció en dicho documento— siendo esta última propuesta *“la base sobre la cual se elaboró el convenio”*; (iv) que en noviembre de 2009 presentó al director del área un concepto técnico comparativo de las especificaciones y los costos de las licencias OEM y OLP, en el que concluyó que debían requerirse las últimas; (v) que las licencias OLP podían *migrar* a diferentes equipos, a diferencias de las EOM; (vi) que le pidió a Sandra Patricia Macías que verificara que la oferta presentada por la Red Alma Mater cumplía con lo requerido; y que (vii) que en la oferta definitiva de la Red Alma Mater *“no aparece OLP [...], dice Office 2010 Estándar última versión vigente debidamente licenciado, pero no aparece este último pedazo, es como si la fotocopia se hubiera comido este último pedazo [...]”*.

4.32.2. También rindió testimonio el **supervisor del Convenio 93 de 2010**, Francisco Javier Pulido, quien declaró: (i) que el objeto de este negocio jurídico consistía en el *“[s]uministro de cerca de 2422 [sic] computadores para apoyar los procesos del Instituto en los procesos misionales y operativos y suministro de unos servidores y equipos de comunicaciones, y estaba incluido la solución de tecnología IP y teleconferencia, en términos generales”*<sup>94</sup>; (ii) que las licencias OLP puede transferirse a otro equipo, lo que no ocurre con las OEM, por lo que el precio de aquellas es mayor; (iii) que en el tercer trimestre de 2011 redactó un informe en el que concluyó que las licencias más convenientes para el ICBF eran las OLP; (iv) que *“[en] convenio 93 se hace referencia a un anexo técnico, de especificaciones técnicas de los equipos a ser suministrados, en dichas especificaciones técnicas aparece el ofrecimiento dada por la Red Alma Mater licencias OLP, esas aparecen en la carpeta con todos los antecedentes”*; (v) que los equipos objeto del Convenio 93 de 2010 eran los que venían siendo utilizados con el Convenio 153 de 2009 y se buscó que pasaran al dominio del ICBF; y que (vi) la segunda propuesta a la que había hecho alusión la Red Alma Mater nunca hizo parte de las carpetas que reposaban en la oficina jurídica de la Dirección de Información y Tecnología.

4.32.3. Así mismo, rindió testimonio **José Germán Toro Zuluaga**, quien suscribió el Convenio 93 de 2010, en su condición de **director ejecutivo de la Red Alma Mater**<sup>95</sup>, y dijo que, pese a que no conocía textualmente el objeto de dicho negocio jurídico, sabía que este *“tiene que ver con el suministro de unos computadores para el funcionamiento, o darle continuidad al funcionamiento de distintas dependencias del Instituto”*. Agregó que, posteriormente, no cumplió ninguna función durante la ejecución del Convenio 93 de 2010, salvo asistir a reuniones de seguimiento en la que eran tratados varios contratos.

4.32.4. Declaró también **Martha Cecilia Guzmán Agudelo** quien, durante la suscripción y ejecución del Convenio 93 de 2010 fungía como **coordinadora de ejecución de proyectos de la Red Alma Mater** y tenía a cargo todo el portafolio del ICBF. Afirmó que el Convenio 93 de 2010 tenía por objeto *“el suministro de*

<sup>94</sup> Subrayado añadido.

<sup>95</sup> Folio 110, cuaderno 2.



equipos, exactamente eran 4.269 [sic] equipos de cómputo, dentro de ellos habían algunos portátiles; implementación de hardware y mantenimientos”<sup>96</sup>.

4.32.5. Como **fundamento** de su decisión, el ICBF tomó en consideración que la Ley 1150 de 2007 “consagró la facultad de imponer y de hacer efectivas las multas que hubiesen sido pactadas en el contrato y de declarar su incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria” y que en la cláusula 23 del Convenio 93 de 2010 se estipuló la cláusula penal pecuniaria, entre otros elementos.

4.33. Mediante **resolución núm. 0476 del 4 de febrero de 2013 (“Resolución 476 de 2013”)**<sup>97</sup>, el ICBF desató el recurso de reposición interpuesto por la Red Alma Mater<sup>98</sup>, que fue coadyuvada por Mapfre Seguros de Colombia S.A., resolvió:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución 9340 del 30 de noviembre de 2012 [...] y se HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL pecuniaria por un valor de CUATROCIENTOS VEINTE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS MCTE (\$420.353.675 PESOS), equivalente al 10% del valor final del convenio después de las modificaciones sufridas por el mismo, según lo estipulado por la cláusula VIGÉSIMA TERCERA del texto del convenio 093 de 2010.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la Cláusula Penal Pecuniaria, se hará efectiva directamente por parte del ICBF, y para el efecto podrá acudir, en principio, entre otros, al mecanismo de compensación de las sumas adeudadas al Contratista, si existen saldos a favor de este último, situación en la cual el valor de la sanción podrá de los mismos; de ser el caso, si no hay saldos a favor del Contratista, se procederá al cobro de la garantía a través de la reclamación del pago de la indemnización al Garante, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo la jurisdicción coactiva, si no fuere posible el cobro de la sanción por los mecanismos antes descritos. Lo anterior, una vez la sanción impuesta se encuentre en firme por medio de la ejecutoria del presente Acto Administrativo – Resolución”.*

4.33.1. Según **constancia** suscrita por el director de contratación del ICBF<sup>99</sup>, la Resolución 476 de 2013 cobró **ejecutoria** el 5 de febrero de 2014, conforme al artículo 87 del CPACA, día siguiente al de su notificación de la representante legal de la Red Alma Mater.

4.34. El director de información y tecnología del ICBF, en su condición de supervisor del Convenio 93 de 2010<sup>100</sup>, suscribió **informe de supervisión**, en el que, además de definir la propuesta de liquidación referida a continuación (apartado 4.35), hizo constar que, en desarrollo del referido convenio: (i) “se suministraron 2.469 equipos de cómputo, se programaron los mantenimientos preventivos a los equipos, [...], se efectuaron [sic] la reposición de partes dañadas o elementos hurtados, [y] algunos de los equipos de condiciones especiales no fueron entregados o instalados al inicio del convenio razón por la cual es necesario descontar del monto final del convenio los valores correspondientes a los cánones mensuales de los equipos acordados en el acta No. 01”; y (ii) “se suministraron 2 servidores de rango medio y los 8 kits de menor y 485 módems”<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> Subrayado añadido.

<sup>97</sup> Folios 213 a 224, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 5, pp. 62-85.

<sup>98</sup> Folios 197 a 212, cuaderno 2; y folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 4, pp. 192-207.

<sup>99</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 5, p. 86.

<sup>100</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 74-81.

<sup>101</sup> Subrayado añadido.



4.34.1. Aparte, en este documento fueron referidos los siguientes datos sobre los costos del Convenio 93 de 2010:

“3. ESTRUCTURA DE COSTOS

| ÍTEM  | CANTIDAD                                          | UNIDAD | COSTO HASTA      |
|-------|---------------------------------------------------|--------|------------------|
| 1     | Computadores básicos                              | 2398   | \$3.613.551.955  |
|       | Computadores mejor configuración                  | 71     | \$106.990.070    |
| 2     | Módems                                            | 485    | \$349.200.000    |
| 3     | MCU                                               | 1      | \$910.000.000    |
|       | Cámaras de video en red                           | 11     |                  |
|       | Proyector integrado (video beam)                  | 6      |                  |
|       | Sistema de sonido para video conferencia          | 11     |                  |
| 4     | Computadores servidores MID RANGE                 | 2      | \$57.070.000     |
| 5     | Solución de telefonía IP                          | 5120   | 5.500.000.000    |
| 6     | Kits de memoria para servidores de virtualización | 8      | \$26.000.000     |
| TOTAL |                                                   |        | \$10.562.812.026 |

[...]

5. INFORMACIÓN DE VALOR DEL CONVENIO

A continuación se presenta el resumen de los recursos y desembolsos del convenio.

| RESUMEN RECURSOS Y DESEMBOLSOS CONVENIO 093/10 |                |
|------------------------------------------------|----------------|
| Valor inicial convenio                         | 10.399.318.965 |
| Modificación (reducción) – julio 2011          | 6.635.782.210  |
| TOTAL CONVENIO                                 | 4.203.536.755  |
| Valor desembolsado a julio de 2011             | 8.084.941.789  |
| Valor reintegrado al ICBF – julio 25-2011      | 3.881.405.034  |
| VR. NETO PARA EJECUCIÓN                        | 4.203.536.755  |

[...]”.

4.35. El 10 de abril de 2012, el ICBF remitió a la Red Alma Mater una **propuesta de liquidación** del Convenio 093 de 2010<sup>102</sup>, en la que consta:

“Para su conocimiento y gestiones pertinentes relaciono los valores considerados por [el] ICBF a tener en cuenta en el proceso de liquidación del convenio 093 de 2010:

| Conceptos a favor del ICBF                                                        |               |
|-----------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| Descuentos por no prestación del servicio por los siguientes conceptos            |               |
| Equipos especiales (36) no instalados                                             | 36.234.480,00 |
| Equipos especiales (31) con menor memoria                                         | 17.053.271,95 |
| Hurto de los equipos                                                              | 3.038.280,69  |
| Total conceptos a favor del ICBF                                                  | 64'085.174,00 |
|                                                                                   |               |
| Descuento por gastos administrativos en procesos licitatorios de videoconferencia | 11.900.000,00 |
| Total conceptos a favor de Alma Mater                                             | 11.900.000,00 |

<sup>102</sup> Folios 307 y 308, cuaderno 2; folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 2, pp. 119-120.



**SALDO A FAVOR DE ICBF**

**52'185.174,23**

*Adicionalmente, teniendo en cuenta que al finalizar el convenio (4 de enero de 2012) se encontraban 17 equipos dañados y 2 hurtados, solicito la reposición y puesta en funcionamiento de los mismos, como lo cita la cláusula segunda, numeral 16, '[a]l finalizar el convenio los equipos de cómputo, quedan como propiedad del ICBF, en las mismas condiciones físicas y de software en que fueron instalados'.*

4.36. El 26 de mayo de 2013, el coordinador del grupo financiero del ICBF suscribió **estado de cuenta del Convenio 93 de 2010**<sup>103</sup>, en el que consta que en su cumplimiento habían sido pagados \$5.084'941.789, de acuerdo con los compromisos presupuestales núm. 4764, 4766, 4767, 4768, 23 y 46.

4.37. En **memorando del 19 de julio de 2013**<sup>104</sup>, el **director de contratación del ICBF** manifestó que no había sido posible el cobro de la pena pecuniaria impuesta a la Red Alma Mater, por el incumplimiento del Convenio 93 de 2010.

## **V. CONSIDERACIONES:**

5.1. La Sala resolverá el problema atinente al fondo del litigio, habida consideración de la competencia que le asiste para ello, según los artículos 150<sup>105</sup> y 132.5<sup>106-107</sup> del CPACA; habiendo sido ejercida la acción oportunamente, ya que la Red Alma Mater presentó su demanda el diecinueve (19) de febrero de dos mil catorce (2014)<sup>108</sup>, esto es, dentro de los dos (2) años posteriores al día siguiente a aquel en el que acaecieron los motivos de hecho y de derecho que sirvieron como fundamento a la demanda<sup>109</sup>, porque la demandante tuvo conocimiento del acto definitivo de imposición de pena pecuniaria contractual el cuatro (4) de febrero de dos mil catorce (2014)<sup>110</sup> y, en consecuencia, el plazo preclusivo bienal que inició el cinco (5) de febrero de dos mil catorce (2014) no se había cumplido.

<sup>103</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 5, p. 127.

<sup>104</sup> Folio 98, cuaderno 1, DVD 1, 093-2010 ALMA MATER Carpeta 5, p. 128-129.

<sup>105</sup> CPACA. "Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]."

<sup>106</sup> CPACA. "Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

<sup>107</sup> En el presente asunto, la demanda se presentó en el año 2014 (apdo. 2.1), año en el que el salario mínimo fue fijado en \$616.000 mediante el Decreto 3068 de 2013. Por lo tanto, los 500 salarios mínimos equivalían a \$308'000.000, lo que supone que la pretensión económica de la demanda que, de acuerdo con el monto de la multa impuesta, ascendía a \$420'353.675 supera el monto legalmente exigido para el conocimiento de este asunto en segunda instancia por esta Corporación.

<sup>108</sup> Folio 47 (anverso), cuaderno 1.

<sup>109</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de la Sección Tercera, auto de unificación del 1º de agosto de 2019, exp 62009. "[...] la Sala recoge parcialmente su jurisprudencia para establecer una forma unificada que: en el evento en que la liquidación bilateral del contrato se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del período (de 2 meses) en que la administración es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato, conforme al ap. iii del literal j.

CPACA "Artículo 164. La demanda deberá ser presentada [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad [...] j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o derecho que les sirvan de fundamento [...]."

<sup>110</sup> Apartado 4.33.1.



Como en este proceso intervinieron la Red Alma Mater y el ICBF, que son las partes contratantes<sup>111</sup>; y no se cumplió el término decenal de prescripción extintiva, previsto en el artículo 2536 del Código Civil (CC)<sup>112</sup>, esta judicatura se encuentra facultada para declarar oficiosamente, si a ello hay lugar, la nulidad absoluta del Convenio 93 de 2010, conforme al artículo 141 del CPACA. Lo anterior, por cuanto el negocio jurídico en cuestión fue celebrado el treinta (30) de diciembre de dos mil diez (2010)<sup>113</sup> y la demanda fue presentada el diecinueve (19) de febrero de dos mil catorce (2014)<sup>114</sup>, con lo que se interrumpió el término de prescripción, conforme al artículo 94 del CGP<sup>115</sup>.

### Sobre la validez del Convenio 193 de 2010

5.2. En el ordenamiento jurídico vernáculo, los tipos contractuales están configurados en función de sus elementos esenciales, sin los cuales el acuerdo de voluntades no produce efecto alguno o *“degenera en otro contrato diferente”*, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil (“CC”), en concordancia con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993<sup>116</sup>. En razón a ello, lo que determina el tipo contractual no es la denominación que a este den las partes, *“por ignorancia o fines especiales”*, sino el ajuste de su clausulado al tipo definido en el ordenamiento, como lo ha sostenido la jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema de Justicia<sup>117</sup> y, con ella, esta Corporación<sup>118</sup>.

5.3. El contrato de suministro no está típicamente previsto en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (“ECAP”), por lo que, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993<sup>119</sup>, la remisión al Código de Comercio (“CCo”) — que lo regula en sus artículos 968 a 980 — es procedente. En esta codificación, el suministro es definido como *“el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”*.

El contrato de suministro comprende así lo que en otras legislaciones configura dos tipos contractuales diferentes, por tener como objeto cosas o servicios, en tanto y en cuanto estas se realicen de forma periódica o continuada, diferenciándolo con ello de los contratos de compraventa y de arrendamiento de servicios<sup>120</sup>. De esta forma, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia,

*“[...] surgen prestaciones continuas de cosas y/o de servicios, lo cual supone una pluralidad de obligaciones, que en principio son autónomas, pero ligadas entre sí, lo que, sin embargo, no implica necesariamente que los compromisos deban ser*

<sup>111</sup> Apartado 4.7.

<sup>112</sup> CÓDIGO CIVIL. Artículo 2536, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002. *“La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). [...]”*.

<sup>113</sup> Apartado 4.7.

<sup>114</sup> Folio 47 (anverso), cuaderno 1.

<sup>115</sup> *“Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”*.

<sup>116</sup> LEY 80 DE 1993. *“Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. [...]”*.

<sup>117</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de abril de 1927, Gaceta Judicial; Tomo XXXIX, pp. 199; y sentencia del 9 de septiembre de 1929; Gaceta Judicial, Tomo XXXVII, p. 128.

<sup>118</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2011, exp. 17558.

<sup>119</sup> *“Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*.

<sup>120</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de mayo de 1981, ID 462186.



*iguales o simétricos, dado que bien se puede consentir un suministro indeterminado, pero determinable, como determinable puede ser también su duración.*

*Del mismo modo, la periodicidad es, como se desprende de lo dicho, una característica esencial del contrato de suministro, pero sin que se exija una perfecta e inmodificable sincronía temporal, de suerte que los actos continuados pueden variar en cuanto el tiempo de ejecución, pues la norma no demanda esa igualdad y en atención a que el suministro depende de la capacidad de consumo del suministrado”<sup>121</sup>.*

Así, al asumir una serie de prestaciones extendidas en el tiempo, de forma ininterrumpida o en fechas concretas, las partes contratantes se involucran en una red de distribución, con el ahorro subsecuente de costos de colocación del producto o servicio, y una merma en el desgaste administrativo y comercial que supone la celebración continua de contratos para la obtención de bienes y servicios, lo que supone una relación de colaboración y confianza<sup>122</sup>. La satisfacción de los intereses correlativos de las partes, como función económica llamada a cumplir con este tipo contractual, que va más allá de la simple venta de bienes y servicios, presupone así la extensión en el tiempo de las prestaciones<sup>123-124</sup>. Es por ello que, ante la pérdida de confianza que se produzca como resultado de un incumplimiento grave, procede su terminación unilateral, conforme al artículo 973 del CCo.

No obstante, en la contratación estatal, la función del contrato de suministro se centra en *“proveer a la Administración de los productos, utensilios e incluso servicios relativos a dichos bienes, que precisa para el cumplimiento de sus funciones”*<sup>125</sup>. La doctrina administrativa, a su vez, ha caracterizado el contrato público de suministro por la existencia de una relación jurídica duradera, de forma análoga al contrato mercantil, pudiendo presentarse en ella diversas prestaciones instantáneas y aplazadas, o prestaciones duraderas de carácter continuo y uniforme<sup>126</sup>.

En todo caso, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993<sup>127</sup>, *“los contratantes, sin desbordar los límites trazados en el ordenamiento jurídico, están habilitados para configurar, en cada caso, según sus expectativas y el fin que persigan con el contrato de suministro, la forma y los términos de la negociación, pudiendo, por ese camino, pactar diversos escenarios, de ahí que al momento de calificar su conducta deban tenerse en cuenta las normas imperativas que regulan esa institución, junto con las prestaciones asumidas por cada parte en el acuerdo respectivo”*<sup>128</sup>.

<sup>121</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de noviembre de 2019, rad. núm. 11001-31-03-006-2015-00145-01 (SC4902-2019).

<sup>122</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de mayo de 2014, exp. núm. 11001 31 03 039 2007 00299 01 (SC 5851-2014); y sentencia del 13 de noviembre de 2019, rad. núm. 11001-31-03-006-2015-00145-01 (SC4902-2019).

<sup>123</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de agosto de 2021, rad. núm. 11001-31-03-001-2013-00381-01 (SC3675-2021).

<sup>124</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles: Contratos Típicos*, 14ª edición, 2015, Legis, Bogotá, pp. 2-5.

<sup>125</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 15ª edición, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 763.

<sup>126</sup> SOSA WAGNER, Francisco, *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>127</sup> LEY 80 DE 1993. “Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. [...] Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. || En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.

<sup>128</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2020, rad. núm. 11001-31-03-032-2015-00423-01 (SC5141-2020).



5.4. En este asunto, es claro que el Convenio 93 de 2010 fue suscrito con el ánimo de suministrar al ICBF los equipos de cómputo y comunicaciones necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Así lo manifestaron expresamente el director ejecutivo, quien suscribió dicho contrato<sup>129</sup>; el subdirector de recursos tecnológicos, quien definió las especificaciones técnicas en el proceso de contratación<sup>130</sup>; el supervisor del Convenio 93 de 2010<sup>131</sup>; y la persona a cargo de su ejecución en la Red Alma Mater<sup>132</sup>.

Esto es concordante con lo mencionado por el ICBF en las bases del proceso de contratación directa elaboradas por ese instituto<sup>133</sup>, en las comunicaciones y resoluciones emitidas en dicho trámite<sup>134</sup>, en el propio texto del Convenio 93 de 2010<sup>135</sup>, en el comité operativo núm. 2 que se llevó a cabo durante su ejecución<sup>136</sup>, y en el informe de supervisión posterior a esta<sup>137</sup>. Si bien, en la fase precontractual, así como en el texto del negocio jurídico, en su ejecución y en la etapa posterior se hizo referencia al *suministro e implementación* de equipos necesarios para el funcionamiento de la entidad; tal implementación, que consiste en *la puesta en funcionamiento o aplicación de métodos para llevar algo a cabo*<sup>138</sup>, guarda relación al servicio de mantenimiento y soporte técnico necesarios para su funcionamiento de los equipos suministrados<sup>139</sup>, siendo así tal suministro el objeto principal del Convenio 93 de 2010.

Por otro lado, las prestaciones derivadas del Convenio 93 de 2010 a cargo de la Red Alma Mater eran autónomas, pero ligadas entre sí, teniendo algunas de ellas un carácter continuado, y otras, periódico. En un primer momento, la Red Alma Mater realizaría un inventario y entrega formal de los equipos que estaban en poder del ICBF<sup>140</sup>, garantizando su funcionamiento con el software requerido<sup>141</sup>. Posteriormente, la Red Alma Mater entregaría unos equipos adicionales de cómputo y telecomunicaciones, de acuerdo con lo requerido por la entidad<sup>142</sup> y los precios fijados inicialmente<sup>143</sup>, asumiendo los costos de transporte<sup>144</sup> y garantizando su funcionamiento<sup>145</sup>, con constancia de ello en los formatos para el efecto adoptados<sup>146</sup>. A lo largo del plazo anual de ejecución del convenio, la Red Alma Mater prestaría el servicio continuo<sup>147</sup> de mantenimiento preventivo<sup>148</sup>, reemplazo de productos o partes defectuosas<sup>149</sup>, y el mantenimiento correctivo derivado de las garantías<sup>150</sup>.

<sup>129</sup> Aptado. 4.32.3.

<sup>130</sup> Aptado. 4.32.1.

<sup>131</sup> Aptado. 4.32.2 y 4.7.3.

<sup>132</sup> Aptado. 4.32.4.

<sup>133</sup> Aptado. 4.2.

<sup>134</sup> Aptados. 4.5 y 4.6.

<sup>135</sup> Aptado. 4.7.1.

<sup>136</sup> Aptado. 4.12.

<sup>137</sup> Aptado. 4.34.

<sup>138</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, edición del tricentenario, 2021.

<sup>139</sup> Aptado. 4.6.

<sup>140</sup> Aptados. 4.2.5.1 y 4.7.2.

<sup>141</sup> Aptados. 4.2.5.8, 4.2.5.15 y 4.7.2.

<sup>142</sup> Aptados. 4.2.5.2 y 4.7.2.

<sup>143</sup> Aptado. 4.2.5.11 y 4.7.2.

<sup>144</sup> Aptado. 4.2.5.10 y 4.7.2.

<sup>145</sup> Aptado. 4.2.5.3 y 4.7.2.

<sup>146</sup> Aptado. 4.5.2.9 y 4.7.2.

<sup>147</sup> Aptado. 4.3.2 y 4.7.2.

<sup>148</sup> Aptado. 4.2.5.6 y 4.7.2.

<sup>149</sup> Aptados. 4.2.5.5 y 4.7.2.

<sup>150</sup> Aptados. 4.2.5.4, 4.2.5.14, 4.2.5.16 y 4.7.2.



Se aprecia, además, que de acuerdo con las bases del proceso de contratación directa adelantado<sup>151</sup>, que luego formaron parte de los considerandos del Convenio 93 de 2010<sup>152</sup>, así como la propuesta presentadas por la Red Alma Mater en diciembre de 2010<sup>153</sup> y la Resolución 5992 de 2010<sup>154</sup>, es claro que, desde un principio, el ICBF buscó adquirir los computadores que la Red Alma Mater proveería, cuya propiedad sería transferida a la entidad con el convenio que se suscribiría, descartando otros *proveedores*, por las demoras que su ejecución supondría para la prestación del servicio<sup>155</sup>.

Se pactó, en consecuencia, que, al cumplirse el plazo contractual de un año, la propiedad de los computadores objeto del Convenio 193 de 2010 sería transferida al ICBF<sup>156</sup>. Si bien, se mencionó que la entrega se realizaría a título de donación, resulta claro que el precio de los equipos ya habría sido pagado por la entidad, ya que el monto del alquiler por doce (12) meses (\$3.720.542.026)<sup>157</sup> excede en más de diez (10) veces el precio asignado al derecho de propiedad sobre ellos (\$360.350.000)<sup>158</sup>. Es por ello que la convención celebrada el 25 de abril de 2011 no hizo más que *aclarar* —como expresamente lo manifestaron las partes— que la propiedad de los computadores sería transferida al culminar el plazo de ejecución contractual<sup>159</sup>, lo que no implica modificación alguna. La propiedad de los módems, por su parte, sería transferida desde su entrega, a cambio de un precio prefijado<sup>160</sup>.

En todo caso, con la suscripción de la aclaración núm. 1 a la modificación núm. 1 al Convenio 93 de 2010<sup>161</sup>, el ICBF asumió el costo de \$360.350.000 asignado a los computadores entregados, ya que ese monto fue descontado de las sumas pagadas por el ICBF, que le correspondía reintegrar a la Red Alma Mater por la supresión de prestaciones correspondientes al suministro de algunos equipos de telecomunicaciones, que se produjo con la modificación previa al Convenio 93 de 2010<sup>162</sup>. Llama pues la atención que, pese a ello, la Red Alma Mater dilatara, en los comités operativos núm. 8 y 9<sup>163</sup>, la entrega de *certificaciones de donación*, que darían cuenta de la transferencia de la propiedad de los equipos.

Aparte, se observa que durante la ejecución del Convenio 93 de 2010, el ICBF requirió a la Red Alma Mater la entrega de elementos de cómputo y telecomunicaciones adicionales a los previstos inicialmente, como lo fueron ocho (8) kits de memorias y dos (2) servidores<sup>164</sup>, a lo que la Red Alma Mater atendió con remisión de cotización<sup>165</sup>. Otras prestaciones, concernientes a la entrega y puesta en marcha de algunos equipos de telecomunicaciones, fueron suprimidas, lo que trajo consigo una reducción del monto del convenio<sup>166</sup>. De esta forma, la Red Alma Mater se comportó como un auténtico proveedor de equipos de cómputo y telecomunicaciones del ICBF.

<sup>151</sup> Aptados. 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3 y 4.2.5.12.

<sup>152</sup> Aptado. 4.7.

<sup>153</sup> Aptado. 4.4.1.

<sup>154</sup> Aptado. 4.6.vi).

<sup>155</sup> Aptado. 4.2.4.

<sup>156</sup> Aptado. 4.2.5.12 y 4.7.2.

<sup>157</sup> Aptados. 4.3.3, 4.3.5, 4. y 4.19.

<sup>158</sup> Aptados. 4.4.1 y 4.7.2.

<sup>159</sup> Aptado. 4.16.

<sup>160</sup> Aptado. 4.2.5.11, 4.4,

<sup>161</sup> Aptado. 4.25.

<sup>162</sup> Aptado. 4.22.

<sup>163</sup> Aptados. 4.27 y 4.29.

<sup>164</sup> Aptados. 4.8 y 4.11

<sup>165</sup> Aptado. 4.13.

<sup>166</sup> Aptados. 4.22 y 4.25.



Resulta claro, por demás, que las prestaciones a cargo de la Red Alma Mater, aparte de tener un carácter continuado o periódico, se encuentran ligadas entre sí, ya que con estas se provee al ICBF de equipos de cómputo y telecomunicaciones requeridos para su funcionamiento, y se prestan los servicios necesarios para su puesta en marcha y operatividad.

Como contraprestación al suministro de equipos a cargo de la Red Alma Mater, el ICBF realizaría los desembolsos de aportes pactados<sup>167</sup>, es decir, que pagaría un precio. Aparte, el ICBF se obligó a entregar a la Red Alma Mater la información necesaria para la ejecución del convenio y a comunicarle los lugares en los que los equipos serían entregados, definiendo el procedimiento para ello<sup>168</sup>; obligaciones que contienen unas prestaciones accesorias, que se requieren para llevar a cabo el objeto del convenio e incluso podrían derivarse del principio de la buena fe<sup>169</sup>.

En definitiva, con el Convenio 193 de 2010, la Red Alma Mater se obligó al cumplimiento de obligaciones continuas y periódicas, autónomas pero ligadas entre sí, para proveer al ICBF equipos de cómputo y telecomunicaciones requeridos para su funcionamiento, con los servicios necesarios para su correcta operación, a cambio de un precio. De esta forma, la Red Alma Mater actuó, por demás, como un verdadero comerciante, lo que no forma parte del objeto de las instituciones de educación superior<sup>170</sup> dentro del cual, como lo advirtió la Corte Constitucional<sup>171</sup>, estas tienen la libertad de arbitrar sus propios recursos, libertad que ejercen a través del régimen especial de contratación para ello concebido. Es pues el Convenio 193 de 2010 un contrato de suministro en toda regla, que no podía ser celebrado por la Red Alma Mater, sin agotar previamente un proceso de selección abreviada o licitación pública, que no fue llevado a cabo.

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 1741 del CC<sup>172</sup>, en concordancia con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993<sup>173</sup>, el Convenio de 193 de 2010 es absolutamente nulo, por haber sido celebrado sin el cumplimiento de los requisitos que la ley impone para la celebración del contrato de suministro, y por tener un objeto ilícito,

<sup>167</sup> Aptado. 4.7.3.

<sup>168</sup> Ibidem.

<sup>169</sup> Al respecto: LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de Jaim Santos Briz, Madrid, 1953, pp. 142-156; MEDICUS, Dieter, *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, Volumen I, Bosch, Barcelona 1995, pp. 6-8; LOOSCHELDERS, Kirk, *Derecho de Obligaciones*, 17ª edición, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 61-67; y, BOETSCH GILLET, Cristian, *La Buena Fe Contractual*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2015, pp. 93-112.

<sup>170</sup> LEY 30 DE 1992. "Artículo 6º Son objetivos de la Educación Superior y de sus instituciones: || a) Profundizar en la formación integral de los colombianos dentro de las modalidades y calidades de la Educación Superior, capacitándolos para cumplir las funciones profesionales, investigativas y de servicio social que requiere el país. || b) Trabajar por la creación, el desarrollo y la transmisión del conocimiento en todas sus formas y expresiones y, promover su utilización en todos los campos para solucionar las necesidades del país. || c) Prestar a la comunidad un servicio con calidad, el cual hace referencia a los resultados académicos, a los medios y procesos empleados, a la infraestructura institucional, a las dimensiones cualitativas y cuantitativas del mismo y a las condiciones en que se desarrolla cada institución. || d) Ser factor de desarrollo científico, cultural, económico, político y ético a nivel nacional y regional. || e) Actuar armónicamente entre sí y con las demás estructuras educativas y formativas. || f) Contribuir al desarrollo de los niveles educativos que le preceden para facilitar el logro de sus correspondientes fines. || g) Promover la unidad nacional, la descentralización, la integración regional y la cooperación interinstitucional con miras a que las diversas zonas del país dispongan de los recursos humanos y de las tecnologías apropiadas que les permitan atender adecuadamente sus necesidades. || h) Promover la formación y consolidación de comunidades académicas y la articulación con sus homólogas a nivel internacional. || i) Promover la preservación de un medio ambiente sano y fomentar la educación y cultura ecológica. || j) Conservar y fomentar el patrimonio cultural del país".

<sup>171</sup> Aptado. 3.2.2.

<sup>172</sup> CÓDIGO CIVIL. "Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. [...]".

<sup>173</sup> LEY 80 DE 1993. "Artículo 44. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común [...]".



en cuanto contraviene al derecho público de la Nación<sup>174</sup>. Por lo tanto, la Sala, en cumplimiento del deber legal que le asiste<sup>175</sup>, declarará su nulidad absoluta.

### **Sobre las restituciones mutuas del Convenio 93 de 2010**

5.5. De acuerdo con lo pretendido en la demanda<sup>176</sup>, el último cargo de la alzada<sup>177</sup> y lo considerado anteriormente, la Sala procederá a liquidar las prestaciones mutuas del Convenio 93 de 2010.

5.5.1. Advierte la Sala que la declaración de nulidad absoluta del Convenio 93 de 2010 impone el reconocimiento y pago de las prestaciones mutuas, por la desaparición que conlleva del fundamento de la pena pecuniaria impuesta<sup>178</sup>, y porque, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993:

*“La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

*Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.*

La jurisprudencia administrativa<sup>179</sup>, a su vez, ha precisado que la anterior disposición debe interpretarse en consonancia con el artículo 1747 del CC, de acuerdo con el cual la nulidad declarada judicialmente “*da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*”<sup>180</sup>, sobre lo cual el artículo 1525 del CC prevé que “*cuando se decreta la nulidad de un contrato por objeto ilícito, no puede repetirse lo que se haya dado o pagado por una causa u objeto ilícito a sabiendas*” (énfasis añadido). En este orden de ideas, “[...] para que no pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por virtud del contrato anulado, se concluye que el término a sabiendas requiere la conciencia, el real conocimiento y convencimiento de tres hechos fundamentales: i) que existe la disposición legal, ii) que la norma que la contiene es aplicable al caso concreto y iii) que con la celebración del contrato se está obrando en contra de la ley”<sup>181</sup>.

Como, en este asunto, no se acreditó que el ICBF y la Red Alma Mater tuvieran conocimiento de que obraban en contra de la ley al celebrar el Convenio 93 de 2010, hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas —no a que las partes sean restituidas al estado en que se hallarían si el contrato no fuera celebrado— hasta el monto del beneficio obtenido por el ICBF, entendiéndose que ello es así cuando las prestaciones hubieran servido para satisfacer el interés público.

<sup>174</sup> CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1519. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

<sup>175</sup> Aptado. 3.1.

<sup>176</sup> Aptado. 2.1.

<sup>177</sup> Aptado. 2.6.4.

<sup>178</sup> Aptado. 4.32.5.

<sup>179</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 25 de noviembre de 2004, exp. 25560.

<sup>180</sup> Énfasis añadido.

<sup>181</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12249.



5.5.2. Ahora bien, como se determinó anteriormente, el Convenio 93 de 2010 fue suscrito para proveer al ICBF de computadores y equipos de telecomunicaciones necesarios para su funcionamiento<sup>182</sup>.

5.5.2.1. La ejecución del contrato, con un plazo de un año, inició el 30 de diciembre de 2010, como consta en el acta respectiva<sup>183</sup>. En el acta del comité operativo núm. 4 del 13 de abril de 2011, suscrita por representantes de ICBF y de la Red Alma Mater, consta que aún estaba pendiente la entrega de 36 computadores<sup>184</sup>. Según los memorandos suscrito por el subdirector de recursos tecnológicos del ICBF el 19 de julio de 2011<sup>185</sup>, en concordancia con el informe de supervisión final del convenio<sup>186</sup>, en esa fecha ya habían sido entregado los mil cuatrocientos sesenta y nueve (2469) computadores que comprendía el Convenio 193 de 2010, además de dos (2) servidores de rango medio, ocho (8) kits de memoria RAM para servidores, cuatrocientos ochenta y cinco (485) módems, y se venían prestando los servicios de diagnóstico de comunicación y de mantenimiento preventivo. En ello coinciden las certificaciones suscritas por el supervisor del Convenio 93 de 2010 en agosto de 2011<sup>187</sup>, en las que consta que en mayo de 2011 habían sido entregados dos mil cuatrocientos treinta y tres (2433), verificándose la entrega total de los dos mil cuatrocientos sesenta y nueve (2469) equipos el 21 de julio de 2011, los cuales continuaron en servicio el mes siguiente.

En atención a lo anterior, en el comité operativo núm. 7, las partes contratantes hicieron constar que 36 computadores no habían prestado los servicios contratados durante 160 días, aproximadamente, lo que sería *conciliado* en la liquidación del convenio<sup>188</sup>. En ello que coincide el informe de supervisión final del Convenio 93 de 2010<sup>189</sup>.

5.5.2.2. En este orden de ideas, cabe concluir que los computadores, servidores, kits de memoria RAM y módems entregados, así como los servicios de mantenimiento prestados, en cumplimiento del Convenio 93 de 2010 fueron empleados para el funcionamiento del ICBF.

Si bien, tales equipos no contaban con las licencias OLP que el ICBF esperaba<sup>190</sup>, ello no impide su funcionamiento, ya que la diferencia fundamental entre este tipo licencia y las OEM, con las que los computadores fueron entregados, radica en la posibilidad de migrar el software a otros equipos, de acuerdo con lo mencionado en el oficio del 13 de junio de 2012, con el que el director de contratación del ICBF le comunicó a la Red Alma Mater que iniciaría un proceso sancionatorio y las comunicaciones previas<sup>191</sup>, en concordancia con lo manifestado por el subdirector de recursos tecnológicos del ICBF<sup>192</sup> y el supervisor del Convenio 93 de 2010<sup>193</sup>.

5.5.2.3. Por otra parte, de acuerdo con las autorizaciones de pago<sup>194</sup>, los informes de ejecución de 31 de marzo y 31 de mayo de 2011 suscritos por el supervisor del

<sup>182</sup> Aptado. 5.4.

<sup>183</sup> Aptado. 4.10.

<sup>184</sup> Aptado. 4.15.

<sup>185</sup> Aptados. 4.19 y 4.21.

<sup>186</sup> Aptado. 4.34.

<sup>187</sup> Aptados. 4.23 a 4.23.4.

<sup>188</sup> Aptado. 4.24.

<sup>189</sup> Aptado. 4.34.

<sup>190</sup> Aptado. 4.26 y 4.28

<sup>191</sup> Aptado. 4.30.

<sup>192</sup> Aptado. 4.32.1

<sup>193</sup> Aptado. 4.32.2.

<sup>194</sup> Aptados. 4.9 y 4.17.



contrato<sup>195</sup>, y el memorando suscrito por la directora financiera del ICBF el 19 de julio de 2012<sup>196</sup>, con sustento en el estado de cuenta del convenio y los certificados de registro presupuestal<sup>197</sup>, el ICBF realizó dos pagos por \$5.084'941.789 y \$3.000.000.000, para un total de \$8.084'941.789.

Con la supresión de algunas de las prestaciones de suministro de equipos de telecomunicaciones, el 22 de julio de 2011 fue modificado el Convenio 153 de 2011<sup>198</sup>, reduciendo su cuantía a \$6.635'782.210, por lo que la Red Alma Mater debía devolverle \$3.881'405.034 al ICBF. Sin embargo, de acuerdo con lo estipulado en la *aclaración núm. 1 a la modificación núm. 1 al Convenio 93 de 2010*<sup>199</sup>, suscrita el 8 de septiembre de 2011, el monto del negocio jurídico se reduciría a \$5.455'291.789, por lo que, habiendo sido reintegrados previamente \$881'405.034 por la Red Alma Mater, a lo que se sumaron los \$370'350.000 asignado a la propiedad de los computadores entregados, el ICBF había pagado un precio neto de \$4.203'536.755.

5.5.2.4. Además, observa la Sala que, al no haber sido pagada la pena pecuniaria impuesta con las resoluciones demandadas<sup>200</sup>, cuyo sustento desapareció con la declaración de nulidad del Convenio 93 de 2010, no es procedente el reconocimiento de su reembolso por el ICBF, como tampoco lo es el de su pago a por la Red Alma Mater.

5.5.3. Si bien, la propuesta de liquidación presentada por el ICBF, con fecha del 10 de abril de 2012, no expresa más que su postura inicial en el curso de los acuerdos y transacciones que supone la liquidación de un contrato, para determinar los reconocimientos a que haya lugar, es claro que lo afirmado en esta tiene sustento. Particularmente, en lo atinente al reconocimiento de \$36'234.480 a favor del ICBF, correspondientes a los 36 computadores que fueron entregados tardíamente, por lo que no prestaron sus servicios durante 160 días, y que —como se explicó anteriormente en el aptado. 5.5.3.1— de acuerdo con lo manifestado a lo largo de la ejecución del Convenio 93 de 2010 y lo acordado por las partes contratantes, sería compensado en la liquidación del contrato.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con la referencia a los 31 equipos con menor memoria, el hurto de equipos y los descuentos por gastos en procesos licitatorios de videoconferencia, sin que esto último, por demás, se encontrara comprendido dentro de las prestaciones del Convenio 93 de 2010.

5.5.4.1. Si bien, en la propuesta de liquidación del Convenio 93 de 2010 se mencionó que, por la entrega tardías de 36 equipos, este sería liquidado con un remanente de \$36'234.480 a favor del ICBF, la Sala observa que esta cifra no se acomoda al precio acordado por el alquiler de los equipos más su administración, la cual correspondía a \$125.575,20 mensuales<sup>201</sup>. De acuerdo con ello, el precio diario del alquiler de cada equipo, con su administración, sería de \$4.185,84; cifra que, multiplicada por 160, arroja un total de \$669.734,40, que corresponden al monto que debería ser reintegrado por cada uno de los equipos que no prestó sus servicios durante los 160 días mencionados. En ese orden de ideas, al tratarse de 36 equipos, la cifra total a reintegrar sería de \$24.110.438,40.

<sup>195</sup> Aptados. 4.14 y 4.18.

<sup>196</sup> Aptado. 4.20.

<sup>197</sup> Aptados. 4.20.1 y 4.20.2.

<sup>198</sup> Aptado. 4.22.

<sup>199</sup> Aptado. 4.25.

<sup>200</sup> Aptado. 4.37.

<sup>201</sup> Aptado. 4.4.



Como en la cláusula del 19ª del Convenio 93 de 2010 se había fijado un plazo para la liquidación bilateral de cuatro (4) meses tras su terminación, lo que ocurrió el 31 de diciembre de 2011, la anterior cifra será actualizada a partir del mes de mayo de 2012, de la siguiente forma:

$$VP = \frac{24.110.438,40 \times 130,40 \text{ (febrero 2023)}}{77,22 \text{ (mayo 2012)}}$$

De esta forma: **VP = cuarenta millones setecientos catorce mil ochocientos cincuenta y cinco pesos (\$40.714.855) montó que constituye la condena que se reconocerá en la parte resolutive de esta sentencia.**

## VI. CONDENA EN COSTAS

6.1. El artículo 361 del CGP prevé que *“las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*. A su vez, los artículos 365.<sup>1202</sup> y 366.<sup>203</sup> *ejusdem*, aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión expresa del artículo 188 del CPACA<sup>204</sup>, establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Su liquidación se realiza, de manera concentrada, por la secretaría del juzgador que haya conocido el proceso en primera instancia, correspondiéndole al juzgador la fijación de las agencias en derecho, de acuerdo con las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

4.2. Bajo tales previsiones, la Sala condenará en costas a la parte demandante, dado que su recurso fue resuelto de manera desfavorable. Para tal efecto, el Tribunal de origen deberá efectuar la correspondiente liquidación y tasación, en lo que tomará en consideración que en esta instancia no se fijan agencias en derecho, dado que la única actuación del ente demandado en esta instancia fue una reiteración de lo expuesto en la instancia precedente, para la cual fueron fijadas las agencias en derecho correspondientes, en la sentencia de primer grado.

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

<sup>202</sup> CGP. “Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]”.

<sup>203</sup> CGP. “Artículo 366. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas” (subrayado añadido).

<sup>204</sup> CPACA. “Artículo 188. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.



**FALLA**

**REVÓQUESE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), y, en su lugar, dispóngase lo siguiente:

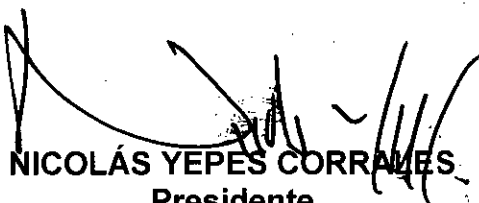
**PRIMERO: DECLÁRESE** la nulidad absoluta del convenio interadministrativo de cooperación y aporte núm. 093 suscrito el treinta (30) de diciembre de diciembre de dos mil diez (2010) por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar suscribió con la Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero para el Desarrollo Regional Alma Mater, con los convenios aclaratorios y modificatorios de los que fue objeto.

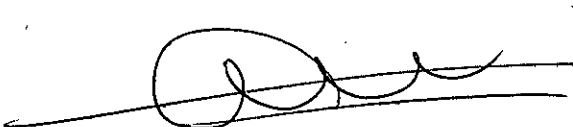
**SEGUNDO: LIQUÍDESE** el Convenio 93 de 2010, con un saldo de cuarenta millones setecientos catorce mil ochocientos cincuenta y cinco pesos (\$40.714.855), por concepto de restituciones, que serán pagados por la Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero para el Desarrollo Regional Alma Mater al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

**TERCERO: CONDÉNASE en costas** a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Presidente  
Aclaración de voto

  
**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Magistrado

  
**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Aclaro voto