

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C**

Bogotá D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

ACCIÓN CONTRACTUAL

Radicado:	25000-23-26-000-2006-02052-01 (DEMANDA Y RECONVENCIÓN)
Actor:	FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE
Demandado:	AROTEC COLOMBIANA S.A., EN REESTRUCTURACIÓN, Y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., “CONFIANZA”
Instancia:	PRIMERA
Asunto:	INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – DEMANDA DE RECONVENCIÓN
Sistema:	ESCRITURAL
Sentencia	SC3 – 09 – 20 – 2482

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir Sentencia de primera instancia.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda:

El 09 de octubre de 2006, el apoderado del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE¹, presentó demanda a través de la acción contractual contra la Sociedad AROTEC COLOMBIANA SA -EN REESTRUCTURACIÓN-, y la

¹ Fol. 19 c1.

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., -CONFIANZA-, en la que se propusieron las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Que se declare que la sociedad **AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN**, incumplió el contrato No 2022027 que se celebró con el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE, el día 20 de agosto de 2002 y que es responsable de dicho incumplimiento.

SEGUNDO: Que como consecuencia del incumplimiento en que incurrió **AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN**, se la condene solidariamente con la **“COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.-CONFIANZA”** al pago de los daños y perjuicios ocasionados a FONADE, que ascienden a la suma de TRES MIL CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS M/L. (\$3.124.165.718.00) o el mayor o menor valor que resulte probado, suma que se discrimina de la siguiente manera:

- Valor inicial del contrato \$7.699.131.730.00
- Anticipo entregado \$3.849.565.865.00
- Amortización del anticipo \$850.880.802.00
- Pago anticipado \$769.913.173.00
- Primer pago \$769.913.173.00
- Segundo pago \$303.886.001.00
- Valor desembolsado por FONADE \$5.693.278.212.00
- Recursos ejecutados por el contratista \$3.339.025.666.70
- Recursos no ejecutados por el contratista que deben ser reintegrados a FONADE \$2.354.252.545.30
- Cláusula penal pecuniaria que debe ser pagada por el contratista a FONADE \$769.913.173.00
- TOTAL A CARGO DEL CONTRATISTA \$3.124.165.718.00**

TERCERO: Que se condene a **AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN**, solidariamente con la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.-CONFIANZA** al pago del lucro cesante sobre la suma de dinero anteriormente referida.

CUARTO: Que se condene a **AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN**, solidariamente con la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.-CONFIANZA** al pago de la actualización de las anteriores sumas de dinero, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 178 del C.C.A.

QUINTO: Que se declare que la liquidación del referido contrato de Consultoría No. 2022027 celebrado el día 20 de agosto de 2002, se ajusta al Acta de Liquidación elaborada por FONADE.

SEXTO: Que se condene en costas del proceso a los demandados.”

2.2. Fundamento de las pretensiones:

En síntesis, la parte demandante en los procesos acumulados, sustentó sus pretensiones en lo siguiente:

1. El FONADE celebró con el SENA el Convenio Interadministrativo de proyectos SENA-FONADE No. 191160 de 2001, cuyo objeto fue el siguiente:

“Realizar los actos y acciones necesarias y aunar esfuerzos administrativos, financieros y técnicos para desarrollar el proceso de modernización tecnológica de los Centros de Formación Profesional en el Sector Agropecuario y Agroindustrial y el proyecto de dotación de centro agropecuarios de laboratorios de ciencias básicas. “Entre las obligaciones de FONADE está la de: “cooperar, apoyar y velar por la adecuada ejecución de las Estrategias, Programas y Proyectos contemplados en el objeto del presente Convenio. 3. Contratar previo acuerdo entre las partes las personas naturales y/o jurídicas necesarias para el cumplimiento del objeto del Convenio, llevando a cabo los procesos de convocatoria pública o las invitaciones a presentar propuestas para la selección de proponentes, así como realizar con el apoyo del SENA las evaluaciones jurídicas, financieras y económicas de las propuestas y comunicar al Comité de Dirección los resultados.”

2. En desarrollo del Convenio 191160 de 2001, el FONADE suscribió con AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN el contrato No. 2022027 del 20 de agosto de 2002.

3. La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA expidió el día 2 de septiembre de 2002 la póliza No. C-0204-1560392, cuyo objeto fue “amparar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato No. 2022027 referente a la modernización de la tecnología de los centros del SENA Agroindustrial Talleres Didácticos de Lácteos, Cárnicos y Fruver Laboratorio de Biotecnología Vegetal y Control de Calidad de Alimentos.

4. El contratista se comprometió a adelantar con el SENA la modernización e innovación de las Tecnologías de los Centros de Formación del SENA en el área de agroindustria, talleres didácticos de lácteos cárnicos y Fruver, laboratorios de tecnología vegetal y control de calidad de alimentos requeridos para la modernización y calificación de la formación de nuevo talento, como contribución al mejoramiento de procesos de innovación, desarrollo tecnológico y competitividad del sector agropecuario e industrial. Todo de conformidad con los términos de referencia y la propuesta presentada.

5. El valor total del contrato 2022027 de 2002 fue de \$7.699.131.730. El plazo del contrato fue 12 meses contados a partir de la aprobación de la póliza de seguros por parte de la Asesoría Jurídica de FONADE, lo cual se produjo el 23 de septiembre de 2002.

6. El plazo del contrato fue prorrogado en cuatro oportunidades y la última prorroga se extendió hasta el 28 de febrero de 2006, con la expresa mención de que no se adicionaban los recursos del contrato.

7. En el Acta de Liquidación elaborada por el FONADE en el acápite de “cumplimiento del objeto contractual”, se señaló lo siguiente:

“Las obligaciones contractuales derivadas de la citada contratación no se cumplieron en los términos y condiciones estipuladas en los términos de referencia y en el contrato 2022027, según consta en los informes presentados por la interventoría el 20 de enero, 5 de abril y 30 de agosto de 2006; memorando interno del 28 de septiembre de 2006, enviado por el gerente del convenio y gerente de unidad técnica de la subgerencia técnica a la Asesora Jurídica de FONADE; en la totalidad de la documentación que reposa en la carpeta del contrato, documentos que hacen parte integral de la presente acta y, con la información contenida en la solicitud de liquidación No. 1051 del 30 de Junio de 2006 realizada por LUIS ROBERTO D’PABLO, gerente del Convenio y la ficha para liquidación de contratos derivados No. 1474 del 11 de agosto de 2006.”

8. El 29 de junio de 2004 se suscribió Acta de Acuerdo para el pago de la cláusula penal de apremio, la cual se hizo efectiva de conformidad la cláusula décima cuarta del contrato inicial, teniendo en cuenta los informes de interventoría y del gerente y supervisor del contrato por incumplimientos de parte del contratista en la ejecución de las actividades y obligaciones contractuales, las cuales se cuantificaron en la suma de \$73.002.305.39.

9. La cláusula penal de apremio se compensó con la reclamación presentada por AROTEC el 27 de mayo de 2004 por concepto de IVA y aranceles por valor de \$74.600.222 de conformidad con lo estipulado en la cláusula tercera parágrafo primero del contrato. En el documento de compensación se plasmó que los incumplimientos se referían a la presentación y entrega de los diseños y estudios que se establecieron en las obligaciones contractuales *“una vez puesto en conocimiento del CONTRATISTA los anteriores antecedentes, el mismo acepta la aplicación de la cláusula penal de apremio estipulada en el contrato.”*

10. Durante la ejecución del contrato, FONADE le desembolsó al contratista la suma de \$5.693.278.212 correspondiente al 73,95% de los recursos del contrato, que era de \$7.699.131.730, sin embargo, AROTEC ejecutó \$3.339.025.666,70, faltándole por ejecutar \$4.360.106.059.

11. Teniendo en cuenta la evidencia presentada en los informes de interventoría y la información presentada por el gerente del convenio, con respecto al cumplimiento del contrato, se comunicó al contratista y a los grupos de contabilidad, tesorería y desembolso de FONADE sobre la efectividad de la cláusula décima quinta del contrato por valor de \$769.913.173.

12. Dentro de la comunicación señalada en el anterior numeral, se señalan los siguientes incumplimientos, como causantes de la efectividad de la cláusula penal pecuniaria:

- Incumplimiento de AROTEC con respecto a la intervención, actividades y obligaciones contractuales, de conformidad con los términos de referencia y propuesta presentada por el contratista, durante el plazo de ejecución contractual en los centros de Gaira, Zipaquirá, Mosquera, Pamplona y Guatiguará, entregados a AROTEC durante el plazo contractual.

- Incumplimiento de AROTEC en la entrega de la totalidad de los equipos y bienes contratados para los Centros de Duitama, Valledupar, Álamos, Pamplona, Guatiguará, Mosquera, Gaira y Zipaquirá.

- Incumplimiento de AROTEC en el manejo de los recursos entregados a título de anticipo, los cuales no fueron ejecutados en desarrollo del control, de conformidad con los informes presentados por la interventoría.

- Que se entregaron al contratista recursos por valor de \$5.693.278.212 y que la ejecución del contrato de conformidad con los informes de interventoría, analizados y revisados por el gerente del convenio, corresponde a la suma de \$3.339.025.666,70.

13. La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA-CONFIANZA SA, expidió la póliza No. C-02-04-1560392 que tuvo como amparo el anticipo, el cumplimiento, salarios y prestaciones y la calidad y correcto funcionamiento, con vigencia desde el 12 de agosto de 2002 hasta el 30 de junio de 2009.

14. Mediante comunicación del 10 de mayo de 2006, el FONADE dio aviso de siniestro a CONFIANZA-SA, con la que le puso en conocimiento los hechos que dieron lugar al incumplimiento de AROTEC SA.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL.

3.1. AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN.

La demandada AROTEC COLOMBIANA S.A. -EN REESTRUCTURACIÓN-, por conducto de apoderado, contestó la demanda², se opuso a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que el FONADE en su condición de contratante fue quien incumplió con las condiciones iniciales contempladas en los términos de referencia, que sustentaron la oferta presentada por AROTEC COLOMBIANA S.A., que se traduce en la imprevisión y falta de planeación precontractual de la entidad demandante. Así mismo argumentó:

- Todas y cada una de las prórrogas realizadas al contrato No. 2022027, no fueron generadas ni ocasionadas por causa imputable al contratista AROTEC COLOMBIANA SA, sino que obedecieron a razones y circunstancias imputables exclusivamente al FONADE durante la ejecución del contrato, relacionadas con

² Fol. 144 c1.

la entrega de la infraestructura en obra negra al contratista, a fin de que este trabajara en los correspondientes diseños y la adecuación de cada una de las instalaciones para la puesta en funcionamiento de los equipos.

- La planeación contractual constituye una obligación legal para todos los organismos del Estado, y la inadecuada planeación hace que los servidores públicos o aquellos particulares que ejercen funciones administrativas, infrinjan los postulados previstos en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los cuales obligaban a que los encargados de la actividad precontractual y contractual, debieron haber previsto todas y cada una de las situaciones, hechos y actuaciones administrativas para el adecuado desarrollo del contrato, tales como planos, diseños y autorizaciones necesarias.
- Incumplimiento del contrato por hechos ajenos a AROTEC COLOMBIANA SA: En el caso, AROTEC COLOMBIANA S.A., cumplió en exceso sus obligaciones, ya que en los sitios donde se debían instalar los equipos, no se contaba con las adecuaciones eléctricas necesarias para su puesta en funcionamiento. Lo anterior está probado con las adiciones y prórrogas del contrato, en las cuales constan sus causas y justificaciones.

En el presente asunto hubo una falta de planeación precontractual de FONADE que primero adjudicó y celebró el contrato No. 2022027 de agosto 20 de 2002 con un plazo de ejecución inicial de 12 meses, sin tener a esa fecha la construcción de los diferentes centros agropecuarios en donde se iba a desarrollar el objeto contractual, es decir, que primero licitó el proceso de modernización e innovación de las tecnologías de los centros de formación del SENA sin tener previamente adjudicado un contrato cuyo objeto fuera construir o adecuar las obras físicas de los centros del SENA, donde se instalarían los laboratorios de control de calidad y los talleres de agroindustria.

- Violación al debido proceso: en el presente caso el FONADE sustentó el supuesto incumplimiento de AROTEC en tres informes presentados por la interventoría, de los cuales AROTEC no tuvo conocimiento ni la oportunidad de controvertir. A esta altura, es claro que si bien cada una de las prórrogas y adiciones del contrato se hicieron de mutuo acuerdo, las mismas tuvieron como causa eficiente e inmediata la imprevisión del FONADE, al no estar listos ni terminados los talleres en los cuales se iban a instalar los correspondientes equipos.

De otro lado, FONADE liquidó unilateralmente el contrato y nunca dio a conocer tal acto a la sociedad AROTEC, el cual era susceptible de recurso de reposición, violando el debido proceso del contratista.

- Violación del artículo 1609 del Código Civil: la principal obligación que tenía el FONADE para que el contratista iniciase la ejecución del contrato, era el

cumplimiento de las especificaciones y condiciones contenidas en los pliegos de condiciones, las cuales, la demandante no cumplió.

Con la contestación de la demanda se propusieron las siguientes excepciones:

- Excepción de imprevisibilidad de los efectos económicos del contrato: la cual se configura con cada una de las adiciones y áleas durante la ejecución del contrato, no obstante lo cual AROTEC cumplió cabalmente con cada una de las obligaciones contractuales, pese a la falta de previsión a cargo del FONADE, Entidad que de manera irresponsable inició y culminó el proceso licitatorio sin que estuviesen listas o adecuadas las dependencias en las cuales debía desarrollar el objeto del contrato No. 2022027.
- Buena fe: toda vez que, luego del cumplimiento de la labor de AROTEC, y acatamiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales que dieron lugar al sobrepaso del límite de las mismas, cada una de las prórrogas y adiciones del contrato correspondieron a las irregularidades a cargo del FONADE, quien inició un proceso licitatorio sin tener las adecuaciones o instalaciones listas para el desarrollo del objeto contractual. Luego, la ampliación del plazo contractual correspondió a las recomendaciones dadas por la Gerencia Técnica, la Gerencia del Convenio y del Subgerente Comercial del FONADE. Valga reiterar que AROTEC lo único que hizo fue cumplir con unas nuevas instrucciones y directrices que conllevaban a la ampliación del plazo contractual, sin que por ello ahora se le deba imputar incumplimiento alguno.
- Existencia de desequilibrio económico: fue evidente la alteración de la ecuación financiera del contrato, en cuanto el mismo estaba planeado por el FONADE para un plazo de ejecución de 12 meses, sin embargo, por hechos ajenos no imputables al contratista se prorrogó y adicionó en cuatro oportunidades, situación de facto que daba lugar a que las partes replantearan las condiciones inicial de contratación, no obstante lo cual, FONADE siempre argumentó que las prórrogas y modificaciones se realizaban de mutuo acuerdo y sin ajuste alguno o inversión de recursos. No obstante, en el caso en estudio no puede ser desconocido el hecho de que una oferta que se presente con precios para el año 2002 pueda ser mantenida por tres o cuatro años, sin que medie reconocimiento alguno al contratista, teniendo en cuenta también los cambios fluctuantes de nuestra economía para los años de ejecución del contrato.
- Falta de planeación contractual: es clara la falta de planeación precontractual del FONADE, al iniciar un proceso licitatorio sin contar con las instalaciones (laboratorios e instalaciones físicas de los centros del SENA), debidas para el desarrollo del objeto contractual, no obstante, lo cual, inició el proceso licitatorio el cual culminó con la adjudicación a AROTEC.

- Excepción de contrato cumplido: por cuanto el FONADE puso al contratista en una razonable imposibilidad de ejecutar sus obligaciones al no cumplir con las especificaciones pactadas para el inicio, desarrollo y ejecución del contrato.
- Indebida integración del contradictorio: el FONADE debió demandar también a la empresa VELNEC, con quien había suscrito el contrato de interventoría técnica y administrativa a la modernización e innovación de las Tecnologías de los centros de formación del SENA contrato No. 2022027.
- Excepción de oficio.

3.2. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”.

La apoderada de CONFIANZA SA contestó la demanda³ y se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento legal, y por las siguientes razones de hecho y de derecho:

- Inexistencia de solidaridad y consecuente inexigibilidad de obligaciones a la aseguradora como deudor solidario: en razón a que del contrato de seguro no se esgrime la solidaridad con el beneficiario o asegurado, por lo tanto no se le puede obligar a CONFIANZA SA a responder ante el demandante como el directo deudor de una obligación.
- Cumplimiento del contrato por parte del garantizado – contrato no cumplido por la contratante-.
- Inversión del anticipo, consecuente inexigibilidad del amparo de anticipo: El 18 de abril de 2006, AROTEC presentó a FONADE una comunicación en la cual se anexaron todos los soportes contables sobre la inversión de las sumas recibidas para el desarrollo del objeto del contrato 2022027. En dicha comunicación y a través de cuatro anexos, se justificó detalladamente la ejecución e inversión en el proyecto la suma de \$5.858.807.134, no obstante haber recibido por parte del FONADE la suma de \$5.693.278.212, por concepto de anticipos, pagos anticipados y otros pagos.
- Falta de prueba del siniestro y su real cuantía: Existen evidentes diferencias entre las partes del contrato 2022027, en la medida en que, si una de las partes manifiesta haber cumplido el contrato y la otro lo contrario, a la aseguradora no se le habría demostrado el siniestro y su real cuantía, punto de especial importancia para hacer efectivo el seguro, comoquiera que no se encuentra probado el siniestro de incumplimiento del contrato y de no amortización del anticipo.
- Inexigibilidad de cláusula penal por no cobertura en el contrato de seguro de cumplimiento en favor de particulares: El demandante está pretendiendo el pago

³ Fol. 187 c1.

de cláusula penal, lo cual de cara al seguro expedido por CONFIANZA no es exigible, de acuerdo con la cláusula 2 numeral 2.10.

- Afectación del seguro en proporción al porcentaje incumplido del contrato: De conformidad con las pruebas del proceso, comunicación de FONADE a AROTEC, oficio No. 2006EE17555 del 25 de agosto de 2006, suscrito por Rosa María Navarro Ordóñez, aportado por el demandante, se estableció un porcentaje de recursos no ejecutados por el contratista equivalente al 33%. En ese sentido, si el contrato se incumplió en esa proporción, el amparo de cumplimiento se vería afectado en esa misma proporción de acuerdo con los artículos 1089 del Código de Comercio y 1596 de Código Civil.
- Inexigibilidad de lucro cesante por expresas exclusiones del concepto: La pretensión del demandante respecto a que se condene a la Aseguradora al pago de lucro cesante sobre las sumas pretendidas, no se hace exigible comoquiera que tal concepto fue expresamente excluido del seguro de cumplimiento en favor de los particulares, de acuerdo con la cláusula 2 numeral 2.8.
- Compensación: *“(…) si resulta que en la presente causa, el asegurado le debe suma alguna al contratista, solicitamos en desarrollo de lo expuesto, se ordene la compensación de tales sumas y por tanto la reducción de la indemnización y /o inexigibilidad del seguro por total compensación”*
- Inexigibilidad de intereses moratorios y/o actualizaciones monetarias: Se hacen inexigibles intereses a cargo de CONFIANZA SA, en razón a que el siniestro y su real cuantía no fueron demostrados conforme al artículo 1077 del Código de Comercio, y porque no se dan los presupuestos del artículo 1080 del Código de Comercio.
- Excepción genérica.

3.3. EL 05 DE NOVIEMBRE DE 2008 EL APODERADO DEL FONADE DESCORRIÓ EL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS.⁴

IV. DEMANDA DE RECONVENCIÓN PRESENTADA POR AROTEC COLOMBIANA S.A., EN REESTRUCTURACIÓN, Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

4.1. DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE AROTEC COLOMBIANA S.A., EN REESTRUCTURACIÓN.

⁴ Fol. 224 c1.

El 01 de agosto de 2008 AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN presentó demanda de reconvención⁵ con la que pretende:

“PRIMERA. Que se declare que el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE** en calidad de contratante incumplió las obligaciones derivadas y que le correspondían, pactadas en el contrato No. 2022027, celebrado con la firma **AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN**, cuyo objeto fue: “adelantar para el SENA la Modernización e innovación de las Tecnologías de los centros de formación del SENA en el área de agroindustria, talleres y control de calidad de alimentos requeridos para la modernización y calificación del nuevo talento, como contribución al mejoramiento de los procesos de innovación, desarrollo tecnológico y competitividad del sector agropecuario y agroindustrial.”

SEGUNDA. Que se declare que el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE**, es responsable por el incumplimiento del contrato No. 2022027 de agosto 20 de 200, celebrado con **AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN**.

TERCERA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se absuelva a **AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN**, de la restitución o pago al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE**, de cualquier suma de dinero a su cargo.

CUARTA. Que se condene al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE** a pagar la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO VEINTE MIL SEISCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M/CTA(\$594.120.622.00) correspondiente a todos y cada una de las inversiones realizadas (gastos administrativos, fletes, importación de equipos, gastos por bodegajes, etc) por **AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** con los anticipos entregados por **FONADE**, todos éstos resultantes de la mayor permanencia en la obra por ampliación de los plazos contractuales. Le (sic) referida cifra cuenta con todos y cada uno de sus correspondientes soportes contables y, del cual se hace un cuadro resumen para mejor comprensión del despacho (ANEXO No. 1).

QUINTA. Que se condene al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE** a pagar todos los perjuicios ocasionados y, demás sumas que resultaren probadas en el proceso, más los intereses bancarios moratorio a la tasa máxima que fije la ley, causados por la alteración de la ecuación financiera del contrato.

SEXTA. El monto antes mencionado y, los perjuicios que se determinen y demuestren dentro del presente proceso, deberán ser actualizados o corregidos monetariamente con el fin de compensar al demandante **AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** los efectos de la pérdida de poder adquisitivo del dinero (indexación) dentro de la época de causación del daño y hasta la fecha del pago efectivo.

SÉPTIMA. Que se condene al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE** al pago de las costas del proceso y las agencias den derecho en la cantidad que se determine por su Despacho.”

Para fundamentar fácticamente las pretensiones de la demanda de reconvención, AROTEC SA expuso, entre otros, los siguientes hechos:

⁵ C.8.

1. En octubre de 2005, AROTEC COLOMBIANA SA presentó reclamación económica por desequilibrio contractual, petición que fue negada por FONADE según comunicación del 28 de febrero de 2006.
2. El 27 de septiembre de 2006, FONADE comunicó al contratista AROTEC, la efectividad de la cláusula penal pecuniaria (cláusula 15) del contrato por valor de \$769.913.713.
3. El 05 de octubre de 2006, FONADE hizo entrega al contratista del proyecto de liquidación bilateral del contrato No. 2022027.
4. Ante el silencio por parte del contratista, FONADE procedió a instaurar demanda de controversias contractuales con el fin de solicitar el incumplimiento contractual a cargo de AROTEC, y lograr en sede judicial la liquidación del contrato No. 2022027.
5. La información financiera del contrato de conformidad con el proyecto del acta de liquidación realizada por FONADE, no resulta cierta, ni el valor correspondiente a la suma de \$2.354.252.545,30 como recursos no ejecutados por AROTEC; pues como quedará demostrado a lo largo del debate probatorio, cada uno de los dineros, anticipo y demás recursos fueron invertidos y manejados mediante constitución de una fiducia pública, la cual fue constituida por el contratista FIDUAGRARIA a fin de hacer más transparente el manejo de los recursos públicos entregados al contratista.

4.2. Con auto del 20 de noviembre de 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda de reconvencción⁶.

4.3. Contestación a la demanda de reconvencción por parte del FONADE⁷.

El apoderado del FONADE dio contestación a la demanda de reconvencción y propuso las siguientes excepciones:

4.3.1. Incumplimiento de las obligaciones de AROTEC.

4.3.2. Perjuicios económicos ocasionados por la nueva contratación efectuada por FONADE en razón al incumplimiento de AROTEC: FONADE incurrió en sobrecostos ocasionados por el incumplimiento de AROTEC, y con el fin de lograr los cometidos estipulados en el convenio celebrado con el SENA y satisfacer las necesidades de la comunidad que se vería beneficiada con el cumplimiento del objeto del contrato No. 2022027, debió contratar con terceros la terminación de las obligaciones no ejecutadas por

⁶ Fol. 38 c8. reconvencción.

⁷ Fol. 41 c8. reconvencción.

AROTEC en algunos centros de formación del SENA. (Fol. 47 c. reconvención).

- 4.4.** El 13 de abril de 2009 apoderado de FONADE corrió el traslado de las excepciones propuestas por FONADE.

V. ETAPA PROBATORIA

Con auto del 14 de mayo de 2009 (fol. 246 c8. reconvención), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca abrió el proceso a pruebas, y resolvió que la comunidad probatoria estaría conformada por las documentales aportadas con la demanda, las contestaciones, la demanda de reconvención y su contestación. Así mismo decretó pruebas documentales mediante oficio, pruebas testimoniales, interrogatorio de parte del representante legal de AROTEC SA, informe bajo juramento del Director de FONADE, y un dictamen pericial solicitado por la parte actora a folio 15 del cuaderno principal, un dictamen pericial solicitado por el apoderado de la parte demandada en los numerales 4 y 5 del capítulo de pruebas de la contestación de la demanda y solicitado en el numeral 2 del capítulo de pruebas de la demanda de reconvención visible a folio 14 del cuaderno No. 8, y como prueba conjunta un dictamen pericial solicitado por la demandante en el numeral 4º del acápite de pruebas visible a folio 15 del expediente y por la demandada en el numeral 6º visible a folio 161 y 162 del cuaderno principal y folios 114 y 15 del cuaderno No. 8 que contiene la demanda de reconvención.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 22 de noviembre de 2018 el Despacho corrió traslado para alegar de conclusión⁸.

6.1 Alegatos de conclusión parte demandada y demandante en reconvención AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN⁹:

El 18 de diciembre de 2018 el apoderado de la parte demandada, y demandante en reconvención, AROTEC SA, presentó sus alegatos de conclusión y solicitó adicionalmente que se declarara la nulidad del acto administrativo “Acta de Liquidación” mediante la cual “**EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**”, liquidó unilateralmente el contrato No. 2022027 suscrito por las partes”.

Así mismo, alegó que estaba plenamente demostrado que FONADE entregó la suma de \$5.693.278.272 del valor total del contrato (\$7.699.131.730), lo cual impidió que AROTEC contara con la suficiente liquidez para terminar y ejecutar en debida forma el contrato, aunado a la negación de solicitud de reconocimiento de ruptura del equilibrio económico del contrato.

⁸ Fol. 780 c2 principal.

⁹ Fol. 782 c2 principal.

Con todos los dictámenes periciales y testimonio e interrogatorios que obran en el expediente se logra establecer que AROTEC no incumplió obligaciones como contratista, como se ha venido afirmando desde la contestación de la demanda, y ratificado en todos los dictámenes periciales que reposan dentro del proceso.

Está probado que se presentó un rompimiento unilateral del contrato por parte del FONADE y que como consecuencia causó un daño en AROTEC tal como se corrobora con todas las pruebas practicadas dentro del presente litigio, que no solo demuestran que la firma "AROTEC" invirtió dinero de sus propios recursos que ascendieron a la suma de \$372.643.825, sino que además, le fueron causados unos daños y perjuicios tasados por el auxiliar de la justicia Francisco Acevedo Fonseca en la suma de \$815.963.137 por el reiterado incumplimiento y falta de planeación del SENA con la entrega oportuna de las instalaciones de los laboratorios y talleres de los centros agropecuarios, ocasionando que se presentaran varias prórrogas aumentando el tiempo previsto para la ejecución del contrato.

De otro lado, se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato en razón a que FONADE y el SENA no contaban con las instalaciones adecuadas para la puesta en funcionamiento de los equipos, lo que generó sobrecostos en la ejecución del contrato por circunstancias ajenas al contratista e imputables al FONADE.

En cuanto a la liquidación unilateral del contrato, una vez agotada la etapa de liquidación bilateral, el FONADE lo liquidó unilateralmente, sin embargo, el FONADE nunca dio a conocer el acto de liquidación a AROTEC SA, con lo que se vislumbra una violación al debido proceso.

6.2. Alegatos de conclusión parte demandante FONADE¹⁰.

El 18 de diciembre de 2018 el apoderado del FONADE alegó que AROTEC SA en virtud del contrato 2022027 se comprometió a adelantar para el SENA la modernización e innovación de las Tecnologías de los Centros de Formación del SENA en el área de agroindustria, talleres didácticos de lácteos cárnicos y Fruver, laboratorios de tecnología de vegetales y control de calidad de alimentos requeridos para la modernización y calificación de la formación de nuevo talento, como contribución al mejoramiento de procesos de innovación, desarrollo tecnológico y competitividad del sector agropecuario e industrial. Todo de conformidad con los términos de referencia y la propuesta presentada.

Está demostrado el incumplimiento del contratista según consta en los informes presentados por la Interventoría el 20 de enero, 5 de abril y 30 de agosto de 2006; memorando interno del 28 de septiembre de 2006, enviado por el gerente del convenio y gerente de la unidad técnica de la sub gerencia técnica a la Asesora Jurídica de FONADE; en la totalidad de la documentación que reposa en la carpeta del contrato, documentos que hacen parte integral de la presente acta y, con la

¹⁰ Fol. 817 c.2.

información contenida en la solicitud de liquidación No. 1051 del 30 de junio de 2006 realizadas por el gerente del convenio y la ficha para la liquidación de contratos derivados No. 1474 del 11 de agosto de 2006.

En conclusión, el Contratista no entregó la totalidad de los diseños técnicos, arquitectónicos y ambientales, los cuales podía realizar de manera independiente a la construcción física de los sitios, teniendo en cuenta que el espacio físico estaba definido para 300 metros cuadrados, tema que fue desconocido por el perito. El Contratista no realizó las adecuaciones de los centros (a excepción de Buga); no entregó la totalidad de los equipos que supuestamente había comprado; no entregó los materiales para la capacitación; no realizó la transferencia de conocimiento; y no colocó en funcionamiento los centros.

6.3. Alegatos de conclusión SEGUROS CONFIANZA SA¹¹.

La apoderada de Seguros Confianza SA alegó que, a la fecha de presentación y notificación de la demanda, y a la de agotamiento de la etapa probatoria, la asegurada no había cumplido con su deber de probar el siniestro y su real cuantía, ni probó los presuntos perjuicios en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio y de acuerdo con las condiciones generales del seguro.

Adicional a lo anterior, reiteró y amplió las excepciones a la demanda.

6.4. El Ministerio Público no rindió concepto.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

La demandada AROTEC, propuso como excepción la siguiente:

- Indebida integración del contradictorio: el FONADE debió demandar también a la empresa VELNEC, con quien había suscrito el contrato de interventoría técnica y administrativa a la modernización e innovación de las Tecnologías de los centros de formación del SENA contrato No. 2022027.

En virtud de la cláusula de remisión normativa consagrada en el artículo 267¹² del Código Contencioso Administrativo, las figuras de los intervinientes y litisconsortes se regulaban para el tiempo en que la demanda fue radicada por el Código de Procedimiento Civil, en especial los artículos 50 y siguientes de ese estatuto procesal.

¹¹ Fol. 824 c.2.

¹² ARTÍCULO 267. En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

En lo referido a la excepción propuesta por AROTEC, consistente en la indebida integración del contradictorio, la Sala la despachará desfavorablemente, en razón a que la empresa VELNEC, que había sido la interventora del contrato No. 2022027 de 2002, no tiene la calidad de litisconsorte necesario de la Sociedad demandada AROTEC, ni la controversia jurídica planteada por las partes, impide que se pueda proferir una sentencia de fondo sin la comparecencia de VELNEC.

7.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Le corresponde a la Sala determinar:

1. Si la Sociedad AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN incumplió el contrato No. 2022027 de 2002 celebrado con el FONADE, o si por el contrario es a la Entidad Contratante, FONADE, a quien debe reprochársele el presunto incumplimiento contractual.
2. Si durante la ejecución del contrato No. 2022027 de 2002 se presentaron las condiciones y requisitos necesarios para la declaratoria de desequilibrio económico del contrato en cuestión, que dé lugar al restablecimiento judicial del equilibrio financiero del contrato a favor de la Sociedad Contratista AROTEC COLOMBIANA SA, EN REESTRUCTURACIÓN.
3. Si en caso de condenarse a AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, hay lugar a condenar a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS-CONFIANZA, en razón al contrato de seguro celebrado con la Contratista para garantizar las prestaciones del contrato No. 2022027 de 2002.
4. En cualquiera de los casos, la Sala deberá liquidar el Contrato 2022027 de 2002 celebrado entre FONADE y AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN.

VIII. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICOS.

Las siguientes son las pruebas determinantes para la resolución de los problemas jurídicos planteados:

8.1. Pruebas documentales:

1. Copia de los términos de referencia del Convenio Interadministrativo de Proyectos SENA-FONADE No. 191160-2001, para la modernización tecnológica del sector primario de los laboratorios de calidad, laboratorios de biotecnología vegetal, talles didácticos de cárnicos, lácteos y fruver. (fol. 31-114 c2).
2. Copia del trámite precontractual de evaluación de propuestas dentro del Convenio Interadministrativo No. 191160-2001, el cual concluyó que la mejor propuesta era la presentada por AROTEC COLOMBIANA SA (fol. 115-170 c2).

3. Copia del Contrato No. 2022027 celebrado entre FONADE y AROTEC COLOMBIANA SA. (fol. 180-192 c2).
4. Certificado expedido por el Gerente de la Asesoría jurídica de FONADE, en el que consta que la ejecución del contrato inició el 23 de septiembre de 2002. (fol. 74 c13).
5. Copia de la Modificación No 1 del 21 de enero de 2003 al Contrato 2022027. (fol. 193-195 c.2).
6. Copia de la Adición No. 1 al Contrato 2022027. (fol. 196-197 c2).
7. Copia de la Adición No. 2 al Contrato 2022027, suscrita el 12 de diciembre de 2003. (fol. 61-63 c7).
8. Copia de la Adición No. 3 al Contrato 2022027. (fol. 198-199 c2).
9. Copia de la prórroga y adición al Contrato 2022027. (fol. 200-201 c2).
10. Copia de la prórroga del 26 de octubre de 2005 al Contrato 2022027. (fol. 202-203 c2).
11. Oficio del 28 de noviembre de 2003 dirigido por el SENA a la Gerente de la Unidad Técnica de la Subgerencia Comercial de FONADE (fol. 314 cuaderno anexo 1 contestación demanda):

“Relacionado con el proyecto del asunto y acorde a los compromisos establecidos para las fechas de entrega de Planos Arquitectónicos y Técnicos de las plantas de Pamplona, la firma Arotec ha efectuado entregas parciales de los planos a la firma Velnec SA e igualmente la firma Interventora ha incumplido con los compromisos adquiridos con el Sena en la revisión, observaciones y comentarios del citado proyecto.

En reunión efectuada con la Dirección Administrativa y Financiera con la participación de Fonade, la firma Velnec se había comprometido a entregar revisado la totalidad del Proyecto el día 14 de noviembre de 2003, lo cual no ocurrió sino hasta el día 24 de noviembre de 2003.

El Sena, en la fecha anteriormente indicada y con radicación interna No. 57025, ha recibido copia de un oficio de la firma Velnec al Ing. Pablo Emilio Garzón Supervisor del Contrato de Fonade, en donde establece una serie de observaciones técnicas al proyecto, pero como lo expresa lo anterior son conocidas por el Sena de tercera mano. De las mismas observaciones establecemos los siguientes comentarios:

1) Respetuosamente no compartimos en su totalidad las observaciones efectuadas por Velnec SA en el señalado oficio.

2) Aunque la totalidad de los Planos Arquitectónicos y Técnicos fueron entregados a la firma Interventora por Arotec, en la fecha no los conocemos debido a que no fueron remitidos por Velnec al Sena con las respectivas correcciones u observaciones, e igualmente para nuestro análisis y aprobación final.

(...)”

12. Copia del Acuerdo del 29 de junio de 2004 para el pago de la cláusula penal de apremio del contrato 2022027 celebrado entre el FONADE y AROTEC COLOMBIANA SA. (fol. 229-235).

13. Copia del oficio 2005EE8276 del 12 de mayo de 2005 con el que FONADE informó a AROTEC (fol. 86 c13):

“En referencia a su comunicación de fecha 10 de mayo de 2005, donde nos informa de un posible retardo en la instalación y entrega de los equipos correspondientes al laboratorio de ciencias básicas de la regional del SENA en La Salada (Antioquia), queremos recordarle que dentro del cronograma previamente coordinado entre AROTEC, VELNEC, FONADE, SENA se pudo establecer que la instalación de los equipos se realizaría a partir del 2 de mayo y la entrega a partir del 10 de mayo.”

14. Copia de la solicitud de desequilibrio económico presentada el 12 de octubre de 2005 por AROTEC ante FONADE, radicado 200ER27416. (c. 13 pruebas, acápite comunicaciones de AROTEC a FONADE).

15. Copia del oficio 2005EE5684 del 11 de abril de 2005 con el que FONADE comunicó a AROTEC (fol. 95 c13):

“FONADE requiere conocer la situación actual del desarrollo de los diseños y construcción de las redes necesarias para la instalación de los equipos contemplados en el contrato 2022027 correspondientes a los talles de agroindustria de los centros de Pamplona y Guatiguará.

Por información suministrada por el SENA en el día de hoy, hemos tenido conocimiento que AROTEC no aceptó ni recibió las obras desarrolladas por la Universidad Nacional en el taller de Pamplona, por no contar con unos puntos de desagües que ustedes, el día de la entrega solicitaron se instalaran, obras que no estuvieron contempladas en los diseños entregados por Arotec. Esto sin duda, está causando un considerable retraso al proceso de entrega y puesta en funcionamiento de este centro.

En cuanto al taller de Guatiguará, Arotec no ha presentado a la Universidad Nacional el listado de equipos con voltajes y cargas eléctricas necesarios para el tendido de las líneas, las cuales fueron solicitadas desde el pasado 28 de febrero, en reunión realizada con el SENA. La no entrega de estos documentos, ha ocasionado que el contrato de obra que ejecuta la U Nacional, se atrase en su entrega, por no disponer de esta información. Adicionalmente y para evitar la situación de Pamplona es indispensable conocer exactamente la distribución de los puntos sanitarios de desagüe del Taller.

Reiteramos también el compromiso de Arotec de presentar al interventor VELNEC todos los cambios a los diseños de estos talleres para su respectiva revisión y aprobación, asunto que no ha sido cumplido hasta el momento, lo cual está generando dificultades en el control y seguimiento que debe realizar la interventoría y FONADE.”

16. Copia del informe de interventoría del 05 de octubre de 2005 elaborado por la firma VELNEC, el contrato de interventoría inició el 05 de agosto de 2003, por lo que las actividades realizadas y las decisiones tomadas con anterioridad a esa fecha en

relación con el contrato suscrito con AROTEC, son de competencia de FONADE. En el informe se insertó: (fol. 352-394 c3).

“2.3.3. Valor global de los equipos por cada regional.

A continuación se presenta a manera resumen, el valor de los equipos de los Laboratorios de Ciencias Básicas y Talleres de Agroindustria, de cada una de las regionales del SENA.

Es de aclarar que las cifras reportadas son globales por cada uno de los laboratorios y talleres e incluyen los valores de instalación de equipos y redes para el funcionamiento de los equipos, puesta en funcionamiento y transferencia de tecnología. Dichos valores se indican a partir los valores (sic) reportados por AROTEC en la propuesta económica y las actas de recibo de los equipos suscritas por el SENA, AROTEC y esta interventoría, las cuales fueron valoradas por AROTEC con el fin de que fueran ingresadas al inventario del SENA, con los valores correspondientes.

2.3.3.1. BUGA (Valle)

<i>Laboratorio de Control de Calidad</i>	<i>\$368.135.532.00</i>
<i>Taller Lácteos</i>	<i>\$730.234.973.00</i>
<i>Taller Cárnicos</i>	<i>\$117.173.497.00</i>
<i>Total</i>	<i>\$1.215.544.002.00</i>

2.3.3.2. ZIQUIRÁ

<i>Laboratorio de Control de Calidad</i>	<i>\$368.858.770.00</i>
--	-------------------------

2.3.3.3. ALAMOS

<i>Laboratorio de Control de Calidad</i>	<i>\$375.039.712.00</i>
--	-------------------------

2.3.3.4. MOSQUERA

<i>Laboratorio de Control de Calidad</i>	<i>\$390.857.936.00</i>
--	-------------------------

2.3.3.5. DUITAMA:

<i>Laboratorio de Control de Calidad</i>	<i>\$375.734.644.00</i>
<i>Biología Vegetal</i>	<i>\$88.797.814.00</i>

Total \$464.532.458.00

2.3.3.6. VALLEDUPAR:

<i>Laboratorio de Control de Calidad</i>	<i>\$355.888.209.00</i>
<i>Taller Lácteos</i>	<i>\$798.540.984.00</i>

Total \$1.154.429.193.00

2.3.3.7 GAIRA (Magdalena):

<i>Laboratorio de Control de Calidad</i>	<i>\$373.375.354.00</i>
--	-------------------------

2.3.3.8. PAMPLONA (Norte de Santander):

<i>Laboratorio de Control de Calidad</i>	<i>\$335.714.917.00</i>
--	-------------------------

(falta la hoja 8 de 45 y 10 de 45 del informe).

(...)

esta interventoría, la entidad contratante y el SENA determinó (sic) que se instalarán y entregarán los equipos de los laboratorios cuyos espacios estuvieran terminados, y se realizara una entrega física de los equipos correspondientes en cada una de las regionales, debidamente inventariados, revisados y recibidos por los funcionarios del SENA, FONADE, AROTEC y la Interventoría.

Como resultado de dicha gestión, a continuación presentamos un resumen de los antecedentes y el estado actual, tanto técnico como financiero de cada uno de los talleres y laboratorios que conforman el objeto del contrato:

1.1. DUITAMA (Laboratorio de Control de Calidad y Biología):

“De acuerdo con lo informado por AROTEC, se ha solicitado por parte del SENA, algunas modificaciones al diseño contractualmente aprobado por esta interventoría,

sin embargo dichas modificaciones no han sido comunicadas de manera formal por parte del contratista.”

- *Laboratorios de Biotecnología: No se han entregado los equipos por parte de AROTEC.*

Valor faltante: \$88.797.814.00

- *Laboratorios de Control de Calidad: En razón a que no se encontraron adecuados los espacios físicos, necesarios para el recibo de los equipos funcionando, el 14 y 15 de diciembre de 2005 se procedió con la revisión, inventario y entrega física de los siguientes equipos:*

(...)

(Falta la página 10 del informe, al parecer esos \$126.583.108 son de equipos faltantes).

Total: \$126.583.108.

1.2. ÁLAMOS (Laboratorio de Control de Calidad)

(...)

“De acuerdo con lo informado por AROTEC, el espacio físico inicialmente diseñado, fue modificado por instrucción del SENA, de acuerdo con los espacios indicados por dicha entidad, de igual forma las modificaciones se acordaron en reunión que se realizó entre AROTEC y el Gerente del proyecto por parte de FONADE Arq, Gonzalo Zuluaga.”

3.2.2. Equipos Entregados y Faltantes:

En razón a que no se encontraron adecuados los espacios físicos, necesarios para el recibo de los equipos funcionando, el 01 de diciembre de 2005 se procedió con la revisión, inventario y entrega física de los siguientes equipos:

(...)

Equipos entregados: \$243.044.228.

Equipos faltantes: \$115.450.656.

1.3. Gaira (Laboratorio de Control de Calidad):

“De acuerdo con lo informado por AROTEC, se realizaron modificaciones al diseño contractualmente aprobado por esta interventoría, de acuerdo con las instrucciones dadas por el SENA, sin embargo dichas modificaciones no han sido comunicadas de manera formal por parte del contratista.”

(...)

En razón que no se encontraron adecuados los espacios físicos, necesarios para el recibo de los equipos funcionando, el 07 de diciembre de 2005, se procedió con la revisión, inventario y entrega física de los siguientes equipos:

Equipos entregados: \$260.726.342

Equipos faltantes: \$97.653.856.

1.4. ZIPAQUIRÁ:

“Según Acta de reunión del 08 de noviembre/04, con la participación del SENA, AROTEC, autoridades municipales de Zipaquirá y Frigorífico EFZ, se tomó la determinación de cambiar el espacio físico inicialmente previsto y diseñado, por un espacio contiguo al inicial y con un área distinta.” (fol. 366 c3).

En reuniones posteriores del 11 de febrero y 31 de marzo/05, se decidieron aspectos de distribución, redes, acabados etc, con la participación de los representantes de las mismas entidades.

Solo hasta 08 de abril/05 nos fue informado y citados para realizar una visita de verificación de los espacios físicos. En esa visita esta interventoría dejó consignada en el Acta de Acuerdos y Compromisos, las observaciones en cuanto al diseño y acabados en general.

A solicitud expresa del Director de Formación Profesional del SENA-Dr. John Jairo Díaz, se inició, de manera parcial, desde el 02 de agosto/05 el proceso de inventario,

recibo y puesta en funcionamiento de los equipos de laboratorio, continuando con la Transferencia de Tecnología de los equipos instalados.

(...)

Equipos entregados: \$301.855.154.

Equipos faltantes: \$70.306.030.

1.5. Mosquera (Laboratorio de Control de Calidad):

“Según lo manifestado por AROTEC, a solicitud del Arq. Gustavo Díaz, del SENA, en una reunión en FONADE con AROTEC en abril de 2005, se hicieron algunos cambios en cuanto diseño y ubicaron equipos, modificando los diseños inicialmente aprobados, a lo que AROTEC presentó distintas alternativas que hasta el momento no han sido respondidas el (sic) SENA.

Vale aclarar que estas modificaciones no fueron consultadas ni enteradas a esta interventoría, solo hasta el pasado 27 de julio/05, fueron enviados los planos por parte del SENA, que fueron reenviados a AROTEC con las observaciones nuestras, sin que hasta dicha firma se haya pronunciado.

En visita de verificación realizada por la interventoría los días 18 de julio y 28 de noviembre de 2005, se pudo verificar que las obras de adecuación de los espacios del taller de ciencias básicas, no están terminadas.

Equipos entregados: \$257.326.480.

Equipos faltantes: \$114.623.301.

1.6. Pamplona (Norte de Santander – Laboratorio de Control de Calidad – Taller de fruver – Taller de cárnicos).

“Los espacios físicos de los talleres de Fruver, Cárnicos y el laboratorio fueron entregados a AROTEC debidamente adecuados para la instalación de las redes y equipos desde el pasado 05 de junio /05.

No obstante lo anterior hasta la fecha de emisión del presente informe AROTEC no ha iniciado los trabajos de instalación de las redes para los equipos de los talleres de fruver y cárnicos.”

Equipos entregados: \$22.003.527

Equipos faltantes: \$98.467.609.

1.7. Guatiguará (Santander – Laboratorio de Control de Calidad y un taller de Fruver)

“Las obras de adecuación del laboratorio y taller fueron terminadas y entregadas por parte del SENA y FONADE el día 29 de julio/05, fecha a partir de la cual AROTEC debió iniciar las obras de instalación de redes para la disposición de los equipos en el taller de fruver, no obstante hasta la fecha de emisión del presente informe AROTEC no ha iniciado los trabajos de instalación de las redes para la instalación de los equipos.

Los equipos correspondientes al taller de Ciencias Básicas, fueron entregados y recibidos en funcionamiento el 24 y 25 de noviembre de 2005. A continuación se relacionan los equipos recibidos por el SENA y los equipos faltantes por suministrar por parte de AROTEC.

Equipos entregados del taller de ciencias básicas: \$251.175.734.

Equipos faltantes de taller de ciencias básicas: \$103.112.449.

Equipos faltantes del taller de fruver: \$1.170.439.891.00

1.8. Valledupar (Cesar – Un laboratorio de Control de Calidad y un taller de lácteos).

“De acuerdo con el contrato inicial, este proyecto estaba destinado para Montería, sin embargo, mediante comunicación del SENA para AROTEC No. 32506 del 2 de octubre del 2003, se asigna a la regional de Valledupar.

Hasta la fecha emisión (sic) del presente informe y según lo informado por el SENA, las obras de adecuación del espacio físico para el taller de lácteos y Laboratorio de Control de Calidad se están contratando por parte del SENA y espera que se estén entregando en abril de 2006”

Equipos entregados – taller de ciencias básicas: \$257.287.533.

Equipos faltantes – ciencias básicas: \$101.207.351.

17. Copia de la comunicación enviada por AROTEC a FONADE el 12 de octubre de 2005, con la que propone la posibilidad de terminación del contrato por mutuo acuerdo en razón al desequilibrio económico del mismo. *(c. 13 pruebas, acápite comunicaciones de AROTEC a FONADE).*

18. Copia de la comunicación del 03 de noviembre de 2005 dirigida por AROTEC a FONADE, en que, entre otras, manifestó: *“3. Por lo anterior le comunicamos que las actividades de entrega de equipos que se establecieron en los comités mencionados quedan suspendidas hasta tanto se nos aclare la decisión final de continuar o de terminar el contrato por mutuo acuerdo como lo manifiesta en su comunicado.” (c. 13 pruebas, acápite comunicaciones de AROTEC a FONADE).*

19. Copia del informe de interventoría del 17 de noviembre de 2005 realizado por VELNEC, en el que informó que AROTEC efectuó la capacitación en cárnicos, capacitación en frutas y verduras y sistemas de control de calidad, y capacitación en lácteos. Así mismo, que el informe final de *“Capacitación de modernas tecnologías en el área de agroindustria”* consta de trescientos sesenta y seis (366) folios y un (1) CD con memorias generales, memorias audios visuales e información adicional para capacitación de lácteos, cuya copia fue entregada por AROTEC a esta interventoría el 26 de mayo de 2005. (fol. 421 c3).

20. Copia de la comunicación del 28 de noviembre de 2005 dirigida a FONADE, en la que la Interventora del contrato 2051790, informa que las actividades de instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias a realizarse por parte de AROTEC en el laboratorio de Álamos se debían haber iniciado desde el 17 de noviembre de acuerdo con la programación de la obra, sin embargo, hasta la fecha no se habían ejecutado. (fol. 59 c13).

21. Oficio 2005EE22963 del 30 de noviembre de 2005, suscrito por la Gerente de Unidad Técnica de FONADE, en el que informó a AROTEC, en relación con el laboratorio de Álamos, que *“De acuerdo al oficio No. ETA – 2042454/04-020-05 enviado por la Interventoría del contrato de la referencia, en el que manifiesta que según la programación de obra se deberán desarrollar las actividades que le corresponden a AROTEC a partir de la semana del 28 de Noviembre de 2005”. Por esta razón, amablemente le solicitamos dar inicio a las obras necesarias para la instalación de los equipos, ya que de lo contrario el retraso de la ejecución de las mismas conllevaría a retrasar también la ejecución de la obra por parte del contratista”.* (fol. 58 c13).

22. En oficio visible a folio 289 del cuaderno No. 9 se hace referencia a las siguientes comunicaciones: (fol. 289 c.9).

- Comunicación del 03 de noviembre de 2005, dirigida al Doctor Ovidio Velandia Niño, relacionada con los ajustes sugeridos por AROTEC y la aceptación por parte del SENA.

- Comunicación del 04 de noviembre de 2005, dirigida a la interventoría enviando la modificación de la póliza.
- Comunicación del 15 de noviembre de 2005, enviada por AROTEC a la interventoría, informando la nueva programación de entrega de equipos.
- Comunicación del 17 de noviembre de 2005, dirigida a la Doctora Flora María Morales, Jefe de contabilidad de FONADE, mediante la cual AROTEC, envía la factura No. 14603, con los respectivos soportes demostrando la ejecución de la regional Buga.
- Comunicación del 22 de Noviembre de 2005, dirigida a la Doctora Flora María Morales, Jefe de contabilidad de FONADE, detallando los valores declarados de equipos importados, con el fin de que se autorizara el desembolso para realizar el montaje de redes en los talleres de las regionales de Guatiguará y Pamplona.
- Comunicación del 22 de noviembre de 2005, dirigida al Doctor Santiago Pérez, remitiéndole copia de los contratos con los proveedores de equipos nacionales para que estudiaran el ajuste a los mismos.
- Comunicación de fecha diciembre 02 de 2005, informando a la interventoría VELNEC, las fechas de entrega de los equipos de la regional Gaira y pidiendo información sobre las obras de adecuación del laboratorio.
- Comunicación de fecha diciembre 5 de 2005, informándole a la interventoría la persona delegada por AROTEC, para la entrega de los equipos en la regional VALLEDUPAR.
- Comunicación via-email dirigida por el Doctor David Niño Martínez, del 12 de diciembre de 2005, por parte de AROTEC, enviando un borrador de las modificaciones del contrato.
- Comunicación del 14 de diciembre de 2005, dirigida a la Doctora Flor María Morales, dando alcance a los soportes de la factura 14623, demostrando la ejecución de la regional Buga.
- Comunicación del 16 de diciembre de 2006, por el Gerente de AROTEC al Doctor Juan Carlos Hernández, coordinador del Proyecto de la Interventoría VELNEC, comunicándole la programación de reuniones con los proveedores de equipos nacionales con miras a obtener la autorización de desequilibrio del contrato.
- Comunicación el 18 de abril de 2006, dirigida por el Gerente de AROTEC a la doctora ELVIRA FORERO, Gerente General de FONADE, relacionando y soportando las inversiones realizadas en el proyecto con los recursos recibidos.
- Comunicación del 30 de enero de 2006, dirigida al arquitecto Gustavo Díaz, del SENA, informándole las dificultades encontradas en las adecuaciones físicas de la red sanitaria que impedían entregar equipos en el laboratorio de calidad de ÁLAMOS.

23. Informe del 20 de enero de 2006 realizado por la Interventoría VELNEC en el que señaló que el valor total del contrato es de \$7.699.131.730. Valor de equipos entregados por \$3.181.667.731, y equipos faltantes por valor de \$4.517.463.999.

Que a AROTEC se le desembolsó un total de \$5.389.392.211, por lo que el contrato presentaría una diferencia a favor de FONADE por \$2.207.724.480. En el mismo informe se detalló (fol. 398-399):

“De acuerdo con la información remitida por AROTEC, se realizaron contratos con distintos proveedores y subcontratistas, por un valor de (\$1.911.665.815,00) de los cuales se efectuaron anticipos por (\$1.078.567.035,00). De esta suma entregada como anticipo a los proveedores, \$333.008.385 corresponde a equipos de las regionales de Buga y Zipaquirá que están incluidos en el cuadro anterior como parte de los equipos entregados. En este entendido, descontando lo correspondiente a los equipos entregados, el saldo del anticipo entregado por AROTEC a sus proveedores sería de \$745.558.650.

Ahora bien, si se considera como inversión el saldo del anticipo entregado por AROTEC a sus proveedores, el contrato presentaría una diferencia a favor de FONADE de \$1.462.165.830 pesos.

Por lo anterior, ante la falta de claridad sobre el cronograma de ejecución de las obras faltantes por realizar y la fabricación e importación de los equipos por suministrar por parte de AROTEC, y ante la inminencia de la finalización del plazo del contrato y de la vigencia de las pólizas que amparan su cumplimiento y el manejo del anticipo, consideramos importante sugerir a FONADE que se evalúe la eventual situación de incumplimiento por parte de AROTEC (...)”

24. Comunicación de AROTEC radicada ante FONADE y VELNEC el 31 de enero de 2006, y dirigida a la Dirección General del SENA, en la que informa (fol. 344 del cuaderno de nexos 1 de la contestación de la demanda):

“El día 30 de Enero de 2006, la Arquitecta Viviana Sánchez, supervisora de obra de AROTEC, verificó en el lugar que el tramo de la red sanitaria que conecta a la cámara de neutralización no está terminado.

De acuerdo a la información de la Arquitecta Viviana Verano residente de obra, nos ha informado que el día 24 de Enero de 2006, le hicieron entrega de los diseños de la red sanitaria pero estos no son acordes a los trabajos ejecutados.

Por consiguiente la ubicación de la cámara de neutralización no se ha podido ejecutar y según la información de la residente de obra los trabajos están por terminar en ese laboratorio.

Solicitamos su colaboración para que los ingenieros contactados por el SENA y los cuales fueron los encargados de realizar las modificaciones a los diseños iniciales de la red sanitaria, realicen una nueva verificación de la obra en conjunto con AROTEC para que desarrollen los diseños sanitarios acordes a los ejecutados y se permita establecer la ubicación de la cámara de neutralización indispensable para el Laboratorio.” (fol. 344).

25. Comunicación del 16 de febrero de 2006, dirigida al Gerente de Proyecto de FONADE del contrato 2051790 por parte de la Interventoría del contrato de Construcción del taller agroindustrial y adecuación para el laboratorio de control de calidad del SENA en la sede de Álamos de Bogotá D.C.). (fol. 56 c 13):

“En atención al Comité No. 8 efectuado el pasado 3 de febrero quiero informarles las siguientes observaciones realizadas por el Comité de Obra a las actividades ejecutadas por AROTEC en el laboratorio de control de calidad:

La red sanitaria no presenta la pendiente mínima requerida (1.5%) para un adecuado desagüe de los líquidos que se puedan generar en el laboratorio, vale la pena aclarar que allí se emplearán los químicos de diversos tipos siendo indispensable que el

recorrido de desagüe hasta la cámara de neutralización se realice en el menor tiempo posible para no afectar la tubería sanitaria.

Los elementos de anclaje a la placa de entrepiso no son los adecuados, impidiendo un correcto manejo del pendiente y dificultando un posterior proceso de sustitución de tubería en el evento que se requiera debido a alguna avería o mantenimiento.

Los daños causados por AROTEC a la placa de entrepiso en el proceso de instalación de las redes hidráulica y sanitaria deberán ser reparados, dejando en cada perforación de placa los resanes requeridos.

El punto cero de cada red está ubicado en la placa de piso, por lo tanto AROTEC deberá hacer las conexiones complementarias para el laboratorio de control de calidad a las construidas hasta ahora.”

26. Copia del documento referencia: “**RECLAMACIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO Y PRÓRROGA DEL CONTRATO 2022027**” del 28 de febrero de 2006 (fol. 93 c7):

“4. Que del anterior relato de las causas o justificaciones para efectuar la prórroga del contrato, se concluye que ninguna de ellas se presentó por causa imputable a AROTEC COLOMBIANA SA sino por razones propias de la ejecución del contrato relacionadas con la construcción y adecuación de las instalaciones donde entregarían los equipos, lo cual era objeto de una convocatoria que tenía que realizar FONADE para el efecto, adjudicando el contrato correspondiente a un tercero que resultará ganador de la misma.

(...)

11. Finalmente, queda demostrado con documentos que se acompañan con el presente escrito que AROTEC COLOMBIANA SA., ha venido cumpliendo con la totalidad de las obligaciones a su cargo derivadas del contrato, aplicando la ejecución del mismo todos los valores recibidos de FONADE a título de anticipos, los cuales han sido debidamente legalizados mediante las facturas 14638 y 14636.

A manera de ejemplo, en la última prórroga del contrato, es decir durante los meses de noviembre y diciembre de 2005, AROTEC entregó todos los equipos disponibles para los laboratorios correspondientes regionales, de conformidad con lo acordado entre el SENA, FONADE y AROTEC y actualmente, tiene un cronograma previsto para terminar la ejecución en seis (6) meses una vez pueda atender el incremento de costos de los equipos, que es precisamente el objeto de la presente reclamación.

IX. PETICIÓN:

(...)

2. Una vez se reciban los valores mencionados en el numeral anterior, estudiar la necesidad de Prorrogar el contrato por el término de seis (6) meses más, en el cual AROTEC COLOMBIANA SA, desarrollaría las actividades que no han podido cumplirse por las causas mencionadas, de acuerdo con el cronograma que se acompaña.”

27. Copia de la respuesta a la reclamación de desequilibrio económico del contrato del 28 de febrero de 2006, mediante la cual se niega el reconocimiento del desequilibrio económico. (fol. 266 c7).

28. Copia de la certificación de pagos realizada por FONADE a AROTEC expedida por la Coordinadora del Grupo de Contabilidad de FONADE, en la que se hizo

constar que se le había girado un total de \$5.693.278.212, y un saldo pendiente de giro de \$2.005.853.518. (fol. 236-238 c2).

29. Copia del Acta de reunión del 05 de abril de 2006 entre FONADE y AROTEC, en la que se consignó (fol.308-309 c9).:

“Desarrollo:

1. *Arotec comunica que sus proveedores le informaron que Fonade quería negociar directamente con ellos y Fonade por su parte aclara que en ningún momento la intención de la entidad era negociar con los proveedores de los equipos sin la presencia de Arotec, ya que se convocó a una reunión el pasado 30-04-2006 a la cual fueron citados Arotec y sus respectivos proveedores con el fin de buscar soluciones que facilitaran la entrega de los equipos a los cuales ya se les realizó alguna inversión anticipada y no se han pagado en su totalidad. Por tal motivo Fonade manifiesta que no se está desconociendo los contratos ya celebrados con los proveedores y Arotec y que en ningún momento se actuará de forma irregular. Toda vez que Fonade no es parte contractual con los proveedores y que la responsabilidad de la entrega de los equipos es de Arotec.*

2. *El plazo de ejecución del contrato terminó el 28-02-06 y teniendo este precedente se buscará lograr algún acuerdo que permita adquirir la mayor cantidad de equipos.*

3. **AROTEC**

Se compromete a entregar a Fonade el 18-04-06 de acuerdo con los requerimientos efectuados, la justificación y soporte de todos los gastos imputables al anticipo y pagos anticipados entregados a Arotec durante la ejecución del contrato. Esta debe contener de forma específica, el inventario de todos los equipos entregados por regional y a su vez el listado de todas las actividades realizadas por centro que hacían parte de las obligaciones contractuales adquiridas.”

30. Copia de la comunicación del 05 de abril de 2006 dirigida por VELNEC (interventora) a FONADE (fol. 343-351), en la que se insertó:

“(…)

Es importante aclarar que algunos equipos, en las regionales cuyos espacios no se encontraban adecuados para ser instalados, se recibieron físicamente; esto es, se destaparon las cajas originales que contenían cada equipo, se verificó su contenido y las referencias de cada uno, se hizo el inventario correspondiente, y se reempacaron los equipos y resellaron las cajas. De este procedimiento se levantaron y suscribieron las actas correspondientes que estamos adjuntando a la presente comunicación. Las cajas reselladas fueron entregadas y quedaron a cargo de cada una de las regionales del SENA.

(…) (fol. 349 c3).

• Ampliación del informe presentado por la interventoría, sobre la transferencia de tecnología, en cuanto a la capacitación de los instructores del SENA en Chile:

Mediante nuestra comunicación número 2169.05 GCN (Se adjunta copia) con radicación 2005ER32128 del 18 de noviembre/05, presentamos claramente los antecedentes y el alcance de la transferencia de tecnología sugerida por el SENA, de la cual se dio cumplimiento por parte del contratista, como se puede evidenciar

en las actas de dicha transferencia y el informe final, en las que se manifiesta conformidad por parte de los asistentes del SENA. Es de anotar que las inconformidades manifestadas por los funcionarios del SENA, correspondiente, en su momento, a una falta de oportunidad con el giro de los viáticos, situación que obedeció a una falta de coordinación entre el contratista y las directivas del SENA, situación que fue subsanada y aclarada en las diferentes reuniones que se llevaron a cabo en las instalaciones de la Dirección General del SENA, posteriores a la transferencia de tecnología, en las que no se presentaron objeciones o inconformidades por parte de los delegados del SENA.”

31. Comunicación de fecha 18 de abril de 2006 en la que se plasmó de manera general el inventario de todos los equipos entregados por regional. (fol. 221 cuaderno anexo 1 contestación de demanda).

32. Comunicación del 10 de mayo de 2006 (sin recibido ni radicación) por parte de FONADE a la Compañía Aseguradora de Fianzas SA-CONFIANZA, en la que se pone en conocimiento el incumplimiento por parte de AROTEC y la afectación de la póliza. (fol. 327-332 c2 pruebas).

33. Copia de la respuesta del 25 de agosto de 2006 proferida por FONADE con destino a AROTEC, en la que informó (fol. 266-289 c9):

“2.3. Sumas entregadas al contratista en virtud de la ejecución del contrato No. 2022027 de 2002.

Ahora bien, en relación con las sumas entregadas al contratista en calidad de anticipo señala el peticionario que no es cierto que las mismas no se hayan invertido en la ejecución del proyecto que tenía a su cargo, de conformidad con el contrato No 2022027 de 2002. Con el propósito de soportar tal manifestación, el representante del contratista Dr. EMILIO GARCÍA asegura que el 18 de abril de 2006 se presentó un informe pormenorizado sobre las inversiones realizadas con los recursos recibidos. Sin embargo, es preciso anotar que previa verificación de cada uno de los centros, laboratorio y talleres, los informes de interventoría y del Gerente del Convenio, se evidencia un porcentaje de ejecución diferente al que señala el contratista y supuestamente justifica con los soportes adjuntados con la comunicación allegada el 18 de abril. Lo cierto es que a través de los documentos adjuntados por el contratista no se demuestra que los dineros que se le entregaron fueron invertidos efectivamente en la ejecución de las obligaciones contractuales, máxime cuando lo único que está debidamente corroborado es que los productos que se esperaban recibir a la finalización del plazo de ejecución del contrato no fueron entregados por motivos imputables a él.

Teniendo como base los informes entregados por la interventoría del contrato el 30 de marzo y 6 de abril de 2006, los pagos efectuados al contratista y su respectiva relación con los porcentajes de ejecución del objeto contractual, fueron los siguientes:

ANTICIPO	\$3.849.565.865
PAGO ANTICIPADO	\$769.913.173
PRIMER PAGO	\$769.913.713
SEGUNDO PAGO	\$303.886.001
TOTAL DESEMBOLSADO	\$5.693.278.212

VALOR TOTAL DEL CONTRATO	\$7.699.131.730
PROCENTAJE ENTREGADO DE RECURSOS	\$73,95%
RECURSOS EJECUTADOS	\$3.181.667.731
PORCENTAJE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO	\$41%
PROCENTAJE DE RECURSOS ENTREGADOS POR EJECUTAR	33%
RECURSOS ENTREGADOS POR EJECUTAR	\$2.511.610.481

(fol. 282 c9).”

34. Oficio del 27 de septiembre de 2006 en que FONADE le informa a AROTEC lo siguiente:

“Al terminar el plazo contractual y de conformidad con los informes presentados por la Interventoría el 5 de abril y 30 de agosto de 2006, además de la información conocida por esta entidad a través del gerente del convenio y del SENA, esta entidad tiene conocimiento y la certeza del incumplimiento por parte de ustedes respecto a:

1. Incumplimiento por parte del contratista con respecto a la intervención, actividades y obligaciones contractuales, de conformidad con los términos de referencia y propuesta presentada por el contratista, durante el plazo contractual en los centros de Gaira, Zipaquirá, Pamplona y Guatigurá, entregados a AROTEC durante el plazo contractual.

2. Incumplimiento en la entrega de la totalidad de los equipos y bienes contratados para los Centros de Duitama, Valledupar, Álamos, Pamplona, Guatiguará, Pamplona, Gaira, Zipaquirá.

3. Incumplimiento en el manejo de los recursos entregados a título de anticipo, los cuales no fueron ejecutados en desarrollo del contrato de conformidad con los informes presentados por la Interventoría.

4. Que se entregaron al contratista recursos por valor de cinco mil seiscientos noventa y tres millones doscientos setenta y ocho mil doscientos doce pesos (\$5.693.278.212,00) mcte y que la ejecución del contrato de conformidad con los informes de Interventoría, analizados y revisados por el gerente del convenio corresponde a la suma de tres mil trescientos treinta y nueve millones veinticinco mil seiscientos sesenta y seis pesos con setenta centavos (\$3.339.025.666,70).”

35. Copia de la respuesta expedida por AROTEC, en la que indica que recibió por concepto de anticipos y pagos anticipados el valor de \$5.693.278.212, y que amortizó, incluyendo la factura proforma de una eventual liquidación, el valor de \$5.858.807.134. (fol. 312 c2 pruebas).

36. Copia de las actas de recepción de laboratorios y equipos para los laboratorios por parte del SENA por parte de AROTEC. (fol. 424-546 c3).

37. Copia de las carátulas de las pólizas por prórrogas del contrato 2022027 expedidas por CONFIANZA SA. (fol.71-78 c7).

38. Copia del intercambio de correspondencia entre VELNEC (interventora) y AROTEC. (fol. 103-178 c7).

39. Copia de la correspondencia enviada por AROTEC a FONADE. (fol. 203-220 c7).

40. Correspondencia enviada por FONADE a AROTEC. (fol. 221- c7), de la que se destaca:

• Respuesta a comunicación del 25-08-2006 No. 2006ER28395 expedida por FONADE, la cual tiene como referencia: Verificación de comunicación del 18-0402006 No 2006ER13451. En aquella misiva se concluye (fol.227 c7):

“CONCLUSIONES:

- Con lo anterior se concluye que de los \$3.849.565.865 entregados como anticipo del contrato 2022027, solo se han amortizado \$850.880.802, obteniendo como saldo sin amortizar de \$2.998.685.063 Es bueno precisar que de los dineros entregados por el anticipo en el contrato, se han generados (sic) rendimientos financieros, los cuales a la fecha no se ha devuelto a la entidad.

- Que a la fecha, del contrato 2022027 por un valor de \$7.699.131.730 se han entregado al contratista \$5.693.278.212 y este solo ha entregado “físicamente” \$3.181.667.731, generando un déficit para la entidad de \$2.511.610.481.

- La factura pro forma No. 001 presentada por Arotec, la cual soporta los valores de los equipos entregados, presenta unas cifras cercanas (\$3.405.826.459,56) comparadas con los valores de los equipos recibidos y verificados físicamente por la interventoría del contrato (\$3.181.667.731), así dejamos abierta una posibilidad de ajustar estos resultados con objeto de la liquidación del contrato.

Las respuestas entregadas en esta comunicación, se soportan teniendo como base el informe entregado por la Interventoría el pasado 5 de Abril de 2006 y el acta de comité de conciliación 32.”

41. Copia del proyecto de acta de liquidación bilateral del contrato No. 2022027 sin perfeccionar, en el que se había insertado que AROTEC debía a FONADE la suma de \$2.354.252.545,30 correspondiente al valor girado por FONADE y no ejecutado por contratista; y de \$769.913.173 por concepto de cláusula penal pecuniaria. (sin firmas). (fol. 239-243 c2).

42. Copia del Acuerdo del 29 de junio de 2004 para el pago de la cláusula penal de apremio del contrato 2022027 celebrado entre el FONADE y AROTEC COLOMBIANA SA. (fol. 229-235).

“La interventoría del contrato se adelanta por la firma VELNEC SA, quien mediante sucesivas comunicaciones señala el incumplimiento de AROTEC, anexando cuadro de las obligaciones incumplidas y cuantificadas conforme al costo que en cada caso representa para el proyecto y para FONADE no recibir los productos definidos contractualmente, con fecha de corte 10 de mayo de 2004; señala que para la cuantificación teniendo en cuenta que el valor del contrato es global por regional y

por tipo de laboratorio, se aplicaron las tarifas vigentes para consultoría en este tipo de actividades.

(...)

Con el fin de dar aplicación a la cláusula penal de apremio por el incumplimiento presentado, se solicita el concepto al supervisor del contrato – profesional de la Unidad Técnica – de FONADE y en memorando interno dicho supervisor señala que “En cuanto a las entregas de equipos en Buga y para citar algunos elementos de conocimiento de la interventoría, con oficio 03207 del 11 de febrero de 2004 suscrito por Jiovanny Orozco Parra como director de formación profesional asignado, en donde se expresa que de acuerdo con la reunión del 30 de enero de 2004, el cronograma de entrega para los equipos de Buga se compromete a AROTEC para el día 02 de abril de 2004 en razón a la necesidad de verificar instalaciones físicas. En comunicación 914 de Abril 02 de 2004 suscrito por Ruperto Euclides Garavito Garzón, jefe centro agropecuario de Buga, se evidencia que desde antes del 01 de abril estaban llegando equipos al centro de Buga y que por no conformidad de pisos y otros detalles de infraestructura se solicitaba a AROTEC no continuara con los envíos de equipos.

Con base en estos sucesos, no atribuibles a el contratista AROTEC en reunión sostenida en la dirección del Sector Primario de la Dirección general del SENA con la presencia del SENA, FONADE, AROTEC y VELNEC, se consideraron todos estos insucesos y la situación de orden que en el momento tenían algunas regionales del SENA y se acordó como fecha de inicio de la instalación de equipos el día 10 de mayo de 2004, conforme a esto en presencia del supervisor de FONADE, el Ingeniero Diego Luis González de VELNEC, el Ingeniero Hans Peter Muller de AROTEC e Instructores del Centro agropecuario del SENA, se realizó una visita al centro y se estableció el inicio del montaje e instalación de los equipos de los talleres de Lácteos y Pescados y el laboratorio de Control de calidad.

Con relación a los ítems i) Elaboración del diseño, ii) Presupuestos oficiales, iii) licencias de construcción y iv) Plan de manejo ambiental, se aclara que el tipo de contrato es de un proyecto de transferencia de tecnología en funcionamiento, razón por la cual se hace difícil establecer un valor base por estos conceptos, lo mas adecuado sería identificar el tiempo imputable al retraso (sic) causado por AROTEC dentro de todo el proyecto, que conforme a los informes de interventoría ase puede estimar en mes y medio.

Por lo expuesto y revisada la solicitud de la interventoría la multa a ser considerada sería la sumatoria de los valores establecidos por razones de los retrasos en entregas de diseños y estudios de presupuestos, licencia y manejo ambiental por parte del contratista que equivalente a 73.000.000.”

Con el concepto del supervisor y para dar aplicación a la cláusula penal de apremio por el incumplimiento presentado, se solicita a la firma interventora VELNEC dar alcance a la comunicación 1059.04 relacionada con las obligaciones incumplidas por la firma AROTEC COLOMBIANA SA y en comunicación 1780 GCN de junio 30 de 2004 de la firma interventora se señala que una vez analizado el memorando suscrito por el supervisor de contrato y con fundamento en las siguientes comunicaciones y novedades:

“No. 6061.03207 de febrero 11/04 suscrita por el Director de Formación Profesional (A) de la Dirección General del SENA – Dr. Jiovany Orozco Parra, en la cual informa que como resultado de la reunión realizada el 30 de enero de 2004, AROTEC ratifica el compromiso de realizar las adecuaciones, instalación y puesta en funcionamiento de los talleres y el laboratorio, acordando como fecha de entrega en funcionamiento el día 2 de abril de 2004 y,

No. 9124 de abril 2 de 2004 suscrita por el Jefe del Centro Agropecuario de Buga – Dr. Ruperto Euclides Garavito Garzón, mediante la cual comunica las conclusiones de la visita a las obras realizada por al Ing. María Fernanda Ramírez López, profesional de AROTEC, en especial lo referente a la llegada de equipos desde el 1 de abril /04 y la instrucción de no continuar con el envío hasta tanto no se aclaren las no conformidades relacionadas con la calidad de los pisos y otros detalles de las obras de infraestructura.

En reunión realizada en la Dirección del Sector Primario de la Dirección General del SENA, por situación de orden en algunas regionales de la entidad, específicamente en Buga, se modificó la fecha de recibo de los talleres y laboratorios hasta el 10 de mayo/04”.

La interventoría encuentra que la demora en la entrega de los talleres y laboratorios del SENA en la Regional Buga, obedece a condiciones aceptadas por la entidad – SENA – e inconvenientes ajenos a la gestión de la firma AROTEC COLOMBIANA SA.

En consecuencia consideran que el valor total sugerido por esta Interventoría por concepto de obligaciones incumplidas, se descuenta el correspondiente a la demora en la entrega de la Regional Buga, para un total de SETENTA Y TRES MILLONES DOS MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS 39/00 (sic) (\$73.002.305.39).

RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN DE LA MULTA

Una vez puesto en conocimiento del CONTRATISTA los anteriores antecedentes, el mismo (sic) acepta la aplicación de la cláusula penal de apremio estipulada en el contrato.

El incumplimiento, de acuerdo a lo señalado por el Interventor y el Supervisor se presentó en la entrega de los diseños y estudios que se establecieron dentro de las obligaciones contractuales.

Ahora por tratarse de un incumplimiento parcial en algunas de las actividades tal y como se señala por el interventor del contrato y el supervisor del mismo, FONADE procede a imponer la cláusula penal de apremio, en proporción al incumplimiento del contratista.

(...)

ACUERDO

Que conforme a lo establecido en el contrato, FONADE y el Contratista de común acuerdo y en aplicación de la autonomía de la voluntad aceptan, dar aplicación a las cláusulas décima cuarta “cláusula penal de apremio” por la suma de SETENTA Y TRES MILLONES DOS MIL TRESCIENTOS CINCO CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS /CTE, (\$73.002.3.5,39).

Que conforme a la cláusula tercera – parágrafo – del contrato 2022027 FONADE y CONTRATISTA establecen que el valor correspondiente a la no exoneración de IVA y/o arancel por concepto de importaciones del año 2003 fue de \$41.648.336, y que el valor de la no exoneración en la importación de equipos del taller de lácteos se estima en \$32.000.000.00.

Que las partes acuerdan establecer como cancelados los valores que por concepto de multa fueron impuestos al CONTRATISTA y que por concepto de reclamación de IVA FONADE adeuda al CONTRATISTA de conformidad con el siguiente cuadro:

(...)”

8.2. Dictámenes periciales:

1. Dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia FRANCISCO ACEVEDO FONSECA, el cual fue decretado como dictamen pericial conjunto: (fol. 334-351, 368 c. principal, y c11).

El objeto de la pericia fue el siguiente:

- En la demanda de FONADE:

“4.1. Dictaminar si los pagos efectuados al contratista por parte de FONADE se encuentran registrados en los libros de contabilidad de FONADE.

4.2. Dictaminar si los libros de comercio y la contabilidad de AROTEC S.A. EN REESTRUCTURACIÓN se llevan de conformidad con el código de comercio y la legislación colombiana, para que pueda servir de prueba de los hechos que se aleguen por parte de ella.”

- En la contestación de demanda de AROTEC SA:

“Se designe un auxiliar de la justicia, experto en materia contables y financieras para que sobre los libros de contabilidad y libros de comercio de FONADE y de AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, determinen y cuantifiquen los perjuicios sufridos e irrogados por FONADE a la demandante en reconvención, (...)”

- En la contestación de la demanda de reconvención por parte de FONADE:

“Sírvase decretar una inspección judicial con la intervención de dos peritos, uno contable y otro financiero, sobre los libros de contabilidad y papeles de comercio de FONADE con el fin de que se cuantifique los perjuicios ocasionados a FONADE por la sociedad AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, (...)”

Desarrollo del dictamen pericial:

“La información contractual, contable, financiera y de soporte fue aportada por las partes en las diferentes visitas que realicé a las instalaciones tanto de FONADE como de la empresa AROTEC SA.

(...)

Con base en la información contenida en los hechos de la demanda de FONADE contra AROTEC COLOMBIANA S.A., la entidad demandante entregó a la parte demandada los siguientes valores:

(...)

TOTAL DESEMBOLSADO POR FONADE \$5.693.278.212.

(...)

CONCLUSIÓN:

Existe una total consistencia entre los valores entregados por FONADE y los valores recibidos por la firma AROTEC COLOMBIANA S.A., en virtud de la ejecución del contrato 2022027.”

5.ACTIVIDADES REALIZADAS POR AROTEC SA CON BASE EN LOS COMPROMISOS PACTADOS EN EL CONTRATO 2022027.

5.1. Transferencia de tecnología.

Con base en la información contable con sus respectivos soportes, la firma AROTEC S.A, invirtió la suma de \$253.679.974 (anexo 5), en la capacitación impartida a los 6 instructores del SENA.

5.2. Soluciones tecnológicas.

De las 16 soluciones tecnológicas que AROTEC SA se comprometió a realizar, en virtud del contrato 2022027, solamente la firma AROTEC SA ejecutó un total de 11 soluciones, con sus correspondientes actas de entrega que corresponde al año 2005, tal como se describe en el Cuadro No 3 del folio 345 del cuaderno principal.

5.3 Inversiones realizadas por AROTEC SA dentro del Contrato 2022027.

Para ejecutar los compromisos asumidos por AROTEC SA en virtud del contrato 2022027, la contratista invirtió los recursos entregados por FONADE en una cuantía de \$6.065.922.037.

El valor total de la inversión y los demás gastos asociados con la ejecución del contrato ascendieron a la suma de \$6.065.922.037, tal como se detalla en cuaderno No. 4 visible a folio 346 del cuaderno principal.

6. Recursos asignados por FONADE dentro del Convenio 191160.

El valor de las soluciones tecnológicas que AROTEC dejó de realizar y por lo cual FONADE suscribió en el año 2008 el Convenio 191160 para complementar la dotación de los laboratorios de Fruver, cárnicos y bio tecnología, asciende a la suma de \$1.676.463.401 a precios de 2008, que son equivalentes a \$1.409.905.720 a precios de 2005. Se recalca que este valor hace referencia exclusivamente a las 5 soluciones tecnológicas que dejó de realizar AROTEC COLOMBIANA SA en los municipios de Piedecuesta, Pamplona y Duitama para dotar los laboratorios de Fruver, cárnicos y biotecnología. (fol. 348 c. principal).

7. Criterios tenidos en cuenta para determinar los perjuicios ordenados a evaluar.

a) El valor inicial del Contrato 2022027 para adelantar la modernización tecnológica de los laboratorios del SENA fue por la suma de \$7.699.131.730.

b) La empresa AROTEC recibió la suma de \$5.693.278.212 como anticipos para ejecutar el contrato 2022027. Esta suma fue invertida en la dotación y puesta en funcionamiento de los laboratorios de control de calidad de los Centros Agropecuarios del SENA. Estos laboratorios fueron entregados entre los meses de noviembre y diciembre de 2005.

c) La firma AROTEC, además de la suma de \$5.693.278.212 recibida como anticipos, invirtió dinero de sus propios recursos para financiar parte del contrato 2022027 por valor de \$372.643.825, los cuales se encuentran debidamente soportados.

d) Ante la terminación unilateral del contrato, para el año 2008 FONADE suscribió el Convenio 191160 por la suma de \$1.676.463.401 (que equivalen a la suma de \$1.409.95.720 a precios de 2005), para dotar y poner en funcionamiento los laboratorios de Biotecnología Vegetal, Fruver y Cárnicos que quedaron pendientes de entregar en el contrato 2022027.

El total de las inversiones realizadas para ejecutar la modernización tecnológica en los laboratorios del SENA, tal como fue previsto en el contrato 2022027, ascendió a la suma de \$7.475.827.757 (b+c+d) que incluye tanto las soluciones entregadas por AROTEC COLOMBIANA S.A. como las soluciones realizadas a través del Convenio 191160, tal como se detalle en el cuadro No. 6.

La inversión total de las soluciones tecnológicas prevista en el contrato 2022027 ascendió a \$7.475.827.757 que al descontarse del valor inicial del contrato \$7.699.131.730 arroja el valor de \$223.303.973. Esta cifra representa el valor del lucro cesante, o aquellos dineros que debieron ingresar al patrimonio de AROTEC,

en el curso normal de los acontecimientos, pero que como resultado de la terminación unilateral del contrato por parte de FONADE, los dineros no ingresaron al flujo de caja, convirtiéndose en un perjuicio económico para la empresa. La cifra de \$223.303.973 se interpreta también como la suma mínima que hubiera ganado AROTEC por la ejecución total del contrato de modernización tecnológica.

8. Cuantificación de los perjuicios.

Daño emergente: se refiere a los bienes económicos que salieron o saldrán del patrimonio de la víctima. En el caso que nos ocupa, la suma de \$372.643.825 salió del patrimonio de AROTEC para financiar la ejecución del contrato 2022027, más la suma de \$44.564.289 por concepto de gastos de apoderado.

Lucro cesante: se refiere al bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima. En el caso que nos ocupa, la suma de \$223.303.973.

El valor total de los perjuicios por \$640.512.087 que se indica en el cuadro No. 7 corresponde a precios de diciembre del año 2005, fecha en la cual AROTEC entregó las soluciones tecnológicas.

Conclusión: El valor de los perjuicios económicos sufridos por la firma AROTEC COLOMBIANA SA como resultado de la terminación unilateral del contrato 2022027 por parte de FONADE se estimaron en \$776.587.519. previamente actualizados.

El 09 de septiembre de 2011 (fol. 442), el apoderado de la demandante, solicitó adicionar el dictamen pericial rendido por el auxiliar Francisco Acevedo Fonseca, Así mismo a folio 447 presentó objeción por error grave del dictamen pericial por lo siguiente:

1. El dictamen contiene conclusiones y afirmaciones sobre aspectos que escapan del ámbito de las peticiones. Igualmente hace valoraciones jurídicas que no le corresponden.

2. En el punto 6 del dictamen se afirmó que en el año 2008, FONADE celebró el convenio 191160 por valor de \$2.041.582.302 para dotar los laboratorios de calidad, biotecnología, Fruver y cárnicos en los centros del SENA que quedaron pendientes de implementar dentro del contrato 2022027, y a renglón seguido afirma que de esa suma se debe restar la correspondiente a "los rubros que hacen referencia a los laboratorios de control de calidad de Duitama, Gaira, Bogotá, Piedecuesta y Pamplona que suma un valor de \$365.118.901 por cuanto estos laboratorios fueron entregados en su oportunidad por AROTEC S.A. a satisfacción de las partes, fol. 348"

El dictamen pericial parte de un supuesto errado, pues la terminación del contrato 2022027 de 2002 no se produjo por decisión unilateral de FONADE, sino por vencimiento de la prórroga del plazo de ejecución acordado por las partes el 26 de octubre de 2005. El vencimiento de ese plazo ocurrió el 28 de febrero de 2008.

En segundo lugar, el dictamen excluyó los contratos celebrados por FONADE en el año 2008 para completar el objeto inicialmente contratado con AROTEC.

Constituye un error grave determinante de las conclusiones incluir entre los criterios tenidos en cuenta para cuantificar los perjuicios: i) el valor total del contrato 2022027, es decir la suma de \$7.699.131.730, como suma que el contratista tenía derecho a percibir para la ejecución del contrato, sin importar lo efectivamente ejecutado; ii) el valor de las soluciones dejadas de realizar por AROTEC-Convenio 191160, en un valor inferior al que efectivamente se pactó en dicho convenio, para sumarlo a lo que

el perito denomina inversiones realizadas (literal e del cuadro No 6). A partir de tales criterios, el perito concluye que la diferencia entre el valor total del contrato y las "inversiones (incluidas las soluciones realizadas a través del Convenio 191160), constituye "ingresos dejados de percibir por AROTEC" como si AROTEC hubiera tenido derecho a recibir de FONADE el valor total del contrato que terminó por vencimiento del plazo, incluidas las prórrogas.

3. Reparos a la cuantificación de los perjuicios contenida en el numeral 8 del dictamen pericial.

3.1. Lucro cesante: *Como se anotó, el dictamen pericial es inexacto, pues FONADE en ningún momento declaró la terminación unilateral del contrato 2022027 de 2002. Se reitera, su terminación se produjo el 28 de febrero de 2006 por vencimiento de la prórroga del plazo de ejecución acordado por las partes el 26 de octubre de 2005. Por consiguiente, no le asiste razón para incluir en la cuantía en la cuantificación de los perjuicios una suma que si no ingresó al flujo de caja de AROTEC no fue por causas atribuibles a FONADE, sino por el incumplimiento en que incurrió aquella al dejar vencer el término del contrato sin haber entregado todos los componentes objeto del mismo a satisfacción de la parte demandante.*

Como puede apreciarse, el dictamen incurrió en errores graves determinantes de las conclusiones, al partir de supuestos no explicados y que corresponden, por una parte, más a una valoración jurídica acerca de la responsabilidad que a la que se le solicitó al perito experto en materias contables y financieras, y a criterios totalmente ajenos a los documentos que aporta como soporte de sus conclusiones, razón por la que, reitera que objeta el dictamen en los aspectos mencionados, y en particular, en cuantos a las supuestas inversiones realizadas por AROTEC, los criterios tenidos para la cuantificación de los perjuicios y el denominado daño emergente.

- Visible a folio 483 del cuaderno principal, se encuentra la adición y aclaración al dictamen pericial presentado por FRANCISCO ACEVEDO FONSECA, en el que consignó lo siguiente:

Respuesta al numeral 3.1:

A continuación me permito presentar a la Honorable Magistrada y a las partes las razones que tuve en cuenta para no descontar el valor de los equipos o ítems relacionados como faltantes o en mal estado de funcionamiento, de los perjuicios causados por FONADE a AROTEC:

Elementos de juicio:

1. *El valor desembolsado por FONADE dentro del contrato 2022027 ascendió a la suma de \$5.693.278.212. De esta suma, AROTEC invirtió \$4.469.658.833 en la compra de equipos tanto del extranjero como comprados en el país, que en términos porcentuales representan el 78.5% del total recibido.*
2. *Tal como lo señalé en el Dictamen Pericial, al verificar la información contable y financiera por AROTEC (numeral 5.3), quedó demostrado plenamente que AROTEC invirtió la suma de \$6.065.922.037 para implementar las soluciones tecnológicas de los 9 laboratorios de calidad, 1 talles de lácteos, 1 taller de pescados y mariscos en los 9 centros Agropecuarios del SENA. Las soluciones tecnológicas hacen referencia*

tanto a las inversiones de los bienes tangibles (equipos) como a los costos y gastos de los intangibles, que incluye: diseño, montaje e instalación de redes, transferencia, bodegaje, gastos administrativos, pólizas, agentes de aduana entre otros.

- 3. El Contrato No. 2022027, se modificó en varias oportunidades, tal como se señaló en los numerales 2.8.2, 2.8.3 y 2.8.4 del dictamen pericial, que pone en evidencia el reiterado incumplimiento por parte del SENA en la entrega oportuna de las instalaciones de los laboratorios y talleres de los Centros Agropecuarios. La prórroga del contrato 2022027 ocasionó que los equipos importados en marzo de 2003 solamente se pudieran instalar entre octubre y diciembre de 2005, es decir, 38 meses después que fueron importados los equipos, los cuales obviamente al encontrarse empacados y almacenados en bodega sufrieron un deterioro normal. Los equipos importados tenían una garantía de 2 años, la cual caducó antes de ser instalados en los respectivos Centro Agropecuarios.*
- 4. Del valor de los perjuicios tasados a favor de la parte demandada no se descontó el valor de los equipos faltantes, que se relacionan en las actas de entrega, ya que es de pleno conocimiento de las partes, que al romperse unilateralmente el contrato 2022027, FONADE dejó de entregar la suma de \$2.005.853.518 que es la diferencia entre el valor pactado y el valor entregado (\$7.699.131.730 - \$5.693.278.212), lo cual imposibilitó que AROTEC contara con la suficiente liquidez para efectuar la compra de la totalidad de los bienes tangibles (equipos) indispensables para dar cabal cumplimiento al contrato.*

En el supuesto caso que FONADE hubiera entregado a la parte demandada el valor total pactado en el contrato, o en su defecto, hubiera reconocido la reclamación por desequilibrio económico y la parte demandada no hubiera comprado y entregado la totalidad de los equipos, FONADE estaría en todo su derecho de exigir a la parte demandada el reconocimiento de los equipos faltantes.

Respuesta al numeral 3.2:

Como lo señalé en el dictamen pericial, para el año 2008, FONADE suscribió los convenios 191160, 194087 y 194111 con el consorcio NR-A para dotar los laboratorios de Duitama, Gaira, Bogotá, Piedecuesta, Pamplona, Valledupar y Salda, los cuales corresponden a excepción de Salda, a los mismos centros de Formación del SENA donde se llevó a cabo la modernización e innovación de las tecnologías que se desarrollaron mediante el Contrato 2022027 firmado entre FONADE y AROTEC SA en el año 2002. El valor total de los tres (3) convenios fue de \$2.976.906.875. (ver cuadro fol. 484).

Ahora bien, el señor apoderado de FONADE solicita que el perito deberá en consecuencia, aclarar y precisar las razones por las cuales hace exclusiones, teniendo en cuenta, se repite que el laboratorio de Valledupar sí formaba parte del objeto del contrato NO. 2022027, como consecuencia de las modificaciones que se le había introducido, y que las actas de entrega contienen anotaciones sobre equipos faltantes respecto a los cuales el dictamen no hace ninguna consideración ni cuantificación.

Se precisa entonces que mediante los convenios 191160, 194087 y 194111 FONADE asignó recursos en el año 2008 por valor de \$2.976.906.875 con el objeto de complementar la dotación de los laboratorios de calidad, biotecnología, frúver y

cárnicos en los Centros del SENA que quedaron pendientes de implementar dentro del Contrato 2022027 celebrado con AROTEC COLOMBIANA SA. Cabe señalar que del total asignado por FONADE en los tres convenios señalados, la Regional del SENA-Salada, no formó parte del Contrato 2022027 celebrado con AROTEC SA. Entonces al deducir del valor total de los convenios que es de \$2.976.906.875, el valor de la Regional Sena-Salada, que es de \$292.977.926, se obtiene un valor de \$2.683.928.949.

Ahora bien, el valor de las obras de los laboratorios de Control de Calidad que FONADE contrató mediante los Convenio 191160 y 194087 en las Regionales del SENA de Duitama, Gaira, Bogotá, Piedecuesta, Pamplona y Valledupar alcanza un valor de \$437.909.766 tal como se detalla en el cuadro del folio 485.

En el dictamen pericial excluí la suma de \$365.118.901 por cuanto estos laboratorios formaron parte del contrato 2022027 y fueron entregados en su oportunidad por AROTEC SA. Quiero aclarar que por error de apreciación excluí el valor de \$365.118.901 que corresponde al convenio 191160 y no el valor de \$437.909.766 que sí incluye LCC-Valledupar y corresponde al convenio 1944087. En sentido estricto, debí excluir el valor de \$437.909.766 por cuanto como lo informé anteriormente, dichos laboratorios habían sido entregados por AROTEC dentro del contrato 2022027.

Para enmendar el error, y poder establecer el verdadero valor de las Soluciones tecnológicas que AROTEC COLOMBIA SA dejó de realizar y por lo cual FONADE suscribió en el año 2008 los convenios señalados, se debe excluir la suma de \$437.909.766, con lo cual se obtiene un valor de \$2.246.019.191 que se obtiene de la siguiente forma:

*Valor de los convenios excluyendo Regional Sena-Salada (1)...\$2.683.928.949.
Menos Valor soluciones entregadas por AROTEC SA (2)\$437.909.768.
Valor de las soluciones que Arotec dejó de realizar (1) – (2)\$2.246.019.181.
Entonces el valor de las soluciones tecnológicas que AROTEC SA dejó de realizar para complementar la dotación de los laboratorios de Frúver, cárnicos y Biotecnología, asciende a la suma de \$2.246.019.181 a precios corrientes de 2008. Obsérvese que esta cifra es equivalente al valor que reporté en el cuadro 5 del dictamen pericial (\$1.676.463.401) más el valor correspondiente a la Regional Sena Valledupar.*

En conclusión, el valor de las soluciones tecnológicas que AROTEC SA dejó de realizar dentro del Contrato 2022027 en las regionales del SENA de Piedecuesta, Pamplona, Duitama y Valledupar asciende a la suma de \$2.246.019.181 a precios corrientes del año 2008.

Con relación a las anotaciones sobre equipos faltantes respecto a los cuales el dictamen no hace ninguna consideración ni cuantificación, me permito señalar a la Honorable Magistrada y a las partes que tal como lo señalé anteriormente en el numeral 3.1. del valor de los perjuicios tasados a favor de la parte demandada no se descontó el valor de los equipos faltantes, que se relacionan en las actas de entrega, ya que es de pleno conocimiento de las partes, que al romperse unilateralmente el contrato 2022027, FONADE dejó de entregar la suma de \$2.005.853.518 que la diferencia entre el valor pactado y el valor entregado (\$7.699.131.730 - \$5.693.278.212), lo cual imposibilitó que AROTEC contara con la suficiente liquidez

para efectuar la compra de la totalidad de los bienes tangibles (equipos) indispensables para dar cabal cumplimiento al contrato.

Respuesta al numeral 3.3.

Las soluciones tecnológicas entregadas por AROTEC SA en los Centros Agropecuarios del SENA, según las actas de recepción, se llevaron a cabo, en su mayoría en el mes de diciembre de 2005 (ver cuadro 3 del dictamen pericial).

Ahora bien, para el año 2008 FONADE firmó los convenios 191160 y 194087 con el Consorcio NR-A para dotar los laboratorios de Duitama, Gaira, Bogotá, Piedecuesta, Pamplona y Valledupar, que son los mismos centros de formación del SENA donde se llevó a cabo la modernización e innovación de las tecnologías que se desarrollaron mediante el Contrato 2022027 firmado entre FONADE y AROTEC SA y que se entregaron en el año de 2005.

Por cuanto el valor de los convenios 191160 y 194087 están referidos a precios del año 2008, en tanto que las soluciones tecnológicas entregadas por AROTEC SA están valoradas a precios del año 2005, se requiere entonces establecer a cuanto equivalían las inversiones realizadas en el año 2008 si se hubieran realizado en el año 2005. En términos estrictamente económicos NO se puede comparar los precios corrientes de diferentes años, sin eliminar previamente el efecto de la inflación.

Entonces mediante el IPC que reporta el DANE se pudo establecer que \$100 en Diciembre de 2008 son equivalentes a \$84.10 a precios del año 2005 (ver cuadro 5 del dictamen pericial). En esencia, lo que hice fue eliminar el efecto de la inflación entre el año 2005 y 2008, y poder establecer de esta manera qué valor tenían los convenios 191160 y 194087 que tienen precios del 2008 si se hubieran realizado en el año 2005. De esta manera se estableció que el valor del convenio 191160 por valor de \$1.676.463.401 a precios corrientes de 2008 es equivalente a \$1.409.905.720 a precios del año 2005. Obviamente, su valor para el año 2005 tiene que ser menor por cuando se le ha descontado la inflación. Una vez eliminado el efecto inflación de los precios del año 2008 y llevados a precios del año 2005, es posible ahora efectuar los cálculos matemáticos. Si no se procede esta forma, es como sumar peras con manzanas.

En cuanto a las razones por las cuales considera que el hecho de haber tenido que contratar FONADE en el 2008 un objeto que debió realizarse por AROTEC en años anteriores no constituye un daño para FONADE sino para AROTEC SA, es preciso recalcar que el reiterado incumplimiento por parte del SENA con la entrega oportuna de las instalaciones de los laboratorios y talleres de los centros agropecuarios así como el rompimiento unilateral del contrato por parte de FONADE, no causó un daño para FONADE sino que precisamente el daño recayó en la firma AROTEC, tal como lo señalé en el dictamen y que lo corrobora el señor apoderado de FONADE.

Respuesta al numeral 3.4:

Con base en la información aportada por AROTEC SA me permito informar a la Honorable Magistrada y a las partes que el señor MARIO ALEXANDER ORTIZ SALGADO, identificado CC No 79.876.751 fue vinculado con la empresa AROTEC SA a partir del 1º de octubre de 2002 y el objeto de la contratación se circunscribió a: "Ejecutar dos contratos firmados entre FONADE-SENA y Arotec Colombiana SA No 2022027 y 2021600. La ejecución de estos contratos consiste en efectuar la

compra, contratar las obras civiles a que haya lugar y servicios necesarios el mejor beneficio para Arotec. Realizar todas las actividades necesarias para la ejecución a satisfacción del contrato. Coordinar la instalación, puesta en marcha y entrega a plena satisfacción del cliente- “; tal como se observa en el ANEXO 1 de la presente Aclaración.

Igualmente, el señor MARIO ORTIZ tenía a su cargo la función de revisar instalaciones, avances de obra, verificación, entrega de equipos, instalación de equipos, coordinar equipos de trabajo para efectuar las instalaciones en diferentes sedes establecidas en el contrato.

Con relación a la suma de \$78.477.948 por concepto de gastos viáticos de Mario Ortiz, cabe precisar que revisados los soportes contables, se observa que para el caso del pago de viáticos de los empleados del SENA que realizaron el componente de capacitación en el área de fruver, en las diferentes regionales, el señor Ortiz recibió la suma de \$11.227.139,50, efectuó el pago de los viáticos a cada uno de los instructores y posteriormente realizó la legalización del avance por dicha suma, tal como se observa en los folios 1, 2 y 3 del anexo 2. Este modus operandi generalmente lo hacen las empresas con el objeto de optimizar la asignación de los recursos.

Entonces, basado en los soportes contables, se concluye que el señor MARIO ORTIZ no recibió la suma de \$78.477.948 para sus viáticos personales, sino que debido a una inapropiada denominación del rubro 5.2 del componente transferencia de tecnología del anexo 5 del dictamen pericial, dio pie a pensar al señor apoderado de FONADE, que el señor MARIO ORTIZ había recibido dicha suma por concepto de viáticos personales.

Respuesta al numeral 3.2. (fol. 489 c. principal):

En el cuadro No. 4 del dictamen pericial se presente en forma detallada el total de la inversión y los demás gastos asociados con la ejecución del contrato 2022027, que ascendió a la suma de \$6.065.922.037.

Por cuanto el valor desembolsado pro FONADE ascendió a la suma de \$5.693.278.212 y el valor invertido en las soluciones tecnológicas ascendieron a \$6.065.922.037, se concluye entonces que la empresa AROTEC invirtió dinero de sus propios recursos que ascendieron a \$372.643.825, tal como se indica en la siguiente ecuación:

$$\$5.693.278.212 + \$372.643.825 = \$6.065.922.037.$$

En cuanto a la inquietud del señor apoderado de FONADE en el sentido de concretar los conceptos en los cuales se invirtió esa supuesta suma adicional, cabe señalar a la Honorable Magistrada y a las partes que la suma aludida fue invertida por AROTEC en giros de anticipos a proveedores del exterior por importaciones en tránsito de los años 2005 y 2006, tal como se indica en el acta de inspección realizada por la Fiscalía el día 8 de junio de 2011 en cabeza de la funcionaria MARIA NEICY JARAMILLO DIAZ, con base en la solicitud formulada por los señores apoderados tanto de FONADE como de AROTEC (Anexo 3).

4.3. Reparos a la cuantificación de los perjuicios contenidos en el numeral 8 del dictamen pericial.

Respuesta 1: Tal como lo he indicado a lo largo de la presente aclaración, el reiterado incumplimiento como resultado de la deficiente planeación por parte del SENA, con la entrega oportuna de las instalaciones de los laboratorios y talleres de los Centros Agropecuarios, llevó a prolongar más del tiempo previsto, la terminación del proyecto de modernización, que se tradujo en perjuicios económicos para AROTEC.

Quiero llamar la atención que la Honorable Magistrada y de las partes, cómo faltando un solo mes para la terminación del contrato (30 de enero de 2006) ANEXO 4, el SENA aún no tenía definido los diseños sanitarios en el laboratorio en el laboratorio de Control de Calidad de Álamos. En efecto, en un oficio dirigido por AROTEC al arquitecto GUSTAVO DIAZ de la Dirección General del SENA, se solicita colaboración para que los ingenieros contactados por el SENA, los cuales fueron los encargados de realizar las modificaciones a los diseños iniciales de la red sanitaria, realicen una nueva verificación en la obra en conjunto con AROTEC para que desarrollen los diseños sanitarios acordes a lo ejecutado y se permita establecer los diseños sanitarios acordes a lo ejecutado y se permita establecer la cámara de neutralización indispensable para el laboratorio.

Por otra parte tal como lo señalé anteriormente, FONADE dejó de entregar la suma de \$2.005.853.518 que es la diferencia entre el valor pactado y el valor entregado (\$7.699.131.730 - \$5.693.278.212), lo cual imposibilitó que AROTEC contara con la suficiente liquidez para efectuar la compra de la totalidad de los bienes tangibles (equipos) indispensables para dar cabal cumplimiento al contrato.

Respuesta 2 (fol. 490):

Elvira Achury Gasca fue vinculada con la empresa AROTEC el 15 de marzo de 1999 mediante contrato a término indefinido como asistente de gerencia. Se desempeñó como gerente administrativa; se encargó de gestionar pólizas, importaciones de equipos, contabilización y manejo de la fiducia y en general dando un soporte administrativo al proyecto FONADE-AROTEC. Renunció el 28 de abril de 2005. (Anexo 5).

David Arturo Niño Martínez prestó sus servicios a AROTEC a partir del 18 de marzo de 2002. El objeto del contrato fue la implementación de la norma ISO 9001 versión 2000 a partir de la información y las actividades que sobre el tema ya se han realizado; elaboración del manual de calidad, y la coordinación de todas las actividades tendientes a lograr la certificación ISO. Dentro del proyecto 2022027 fue el encargado de revisar las instalaciones, hacer las entregas de equipos, supervisar el funcionamiento de los mismos, coordinar y verificar las instalaciones; informar a los doctores Frezen y Muller del estado de las ejecuciones de las instalaciones y progreso de las obras requeridas, para asegurarse de que las instalaciones de los equipos se pudieran realizar en las diferentes sedes objeto del contrato y ejercer como gestor del proyecto. Se desvinculó el 10 de mayo de 2006. (Anexo 6).

Mario Alexander Ortiz Salgado: se vinculó mediante contrato de trabajo a partir del 1º de octubre de 2002 con el objeto de ejecutar dos contratos firmados entre Fonade-Sena y Arotec Colombiana SA No 2022027 Y 2021600. La ejecución de estos contratos consiste en efectuar la compra, contratar las obras civiles a que haya lugar y servicios necesarios al mejor beneficio para Arotec. Realizar todas las actividades

necesarias para ejecución a satisfacción del contrato. Coordinar la instalación, puesta en la marcha y entrega a plena satisfacción.

Juan Manuel Freezen Martínez inició labores con Arotec a partir del 2 de enero de 1996 y terminó sus labores el 8 de marzo de 2003 (anexo 7). Se encargó del proyecto de modernización tecnológica desde el inicio y fue quien elaboró la propuesta, presentó pliegos y se hizo cargo del proyecto una vez su asignado en licitación pública. Era el responsable en AROTEC de resolver todo lo concerniente al proyecto desde el punto de vista de cumplir con el objeto de la licitación.

Respecto a los pagos realizados a funcionarios de AROTEC hasta diciembre de 2006 como señala el señor apoderado de FONADE, cabe señalar que posterior a febrero de 2006, algunos funcionarios como es el caso de DAVID ARTURO NIÑO continuaron sus labores de entrega de equipos, instalación de equipos y mantenimiento de equipo tal como lo solicitó FONADE en junio de 2006. (Anexo 8). Respuesta (fol. 491): Conviene señalar a la Honorable Magistrada y a las partes, que con base en los soportes contables de Arotec, se observa que para la misma época en que se desarrolló el proyecto 2022027, también la misma firma desarrolló el contrato 2022600. Contablemente la empresa Arotec canceló un total de \$47.904.076 (Anexo 9) por concepto de bodegajes que van desde el año 2004 al año 2007, de los cuales se relacionó la suma de \$18.062.82 que corresponden a equipos para el proyecto 2022027 que se encuentran relacionados en el Anexo 8 del dictamen.

Respuesta (fol. 492): Se hace entrega de los soportes de gastos varios por valor de \$66.898.867 en folio (Anexo 10).

Respuesta: Tal como lo indiqué en la respuesta al numeral 3.2, la suma aludida fue invertida por AROTEC en giros de anticipos a proveedores del exterior por IMPORTACIONES EN TRÁNSITO de los años 2005 y 2006, tal como se indica en el acta de inspección realizada por Fiscalía el día 8 de junio de 2011 en cabeza de la funcionaria María Neicy Jaramillo Díaz, con base en la solicitud formulada por los señores apoderados tanto de FONADE como de AROTEC (anexo 3).

Respuesta: La suma de gastos de apoderado por el valor de \$44.564.289 fueron realizados por Arotec para cancelar los servicios profesionales a sus apoderados Doctores Emilio García Rodríguez y Jesús Antonio Díaz Escandón. El primero de ellos fue quién presentó la reclamación por desequilibrio económico y prórroga del contrato 2022027 (anexo 11), y el segundo es quién ha venido llevando el presente proceso dentro del contrato 2022027. Se aclara que ese valor no hace parte de los gastos del proyecto dentro del rubro de gastos legales. Se aclara que estos gastos de abogados son posteriores a la terminación del contrato que aunque no son parte de la ejecución del contrato, sí corresponden al daño emergente causado a Arotec.

5. Cuantificación de los perjuicios:

Es preciso destacar que en la respuesta que di al numeral 3.2 del cuestionario propuesto por el señor apoderado de FONADE, señalé que por cuanto cometí el error de excluir la Regional Valledupar, con lo cual el valor de las soluciones tecnológicas que Arotec había dejado de realizar dentro del contrato 2022027 sumaron \$1.676.463.401, es necesario entonces considerar la inclusión de la Regional Valledupar por un valor \$569.555.780, con lo cual el verdadero valor de las

soluciones tecnológicas que Arotec dejó de realizar fue de \$2.246.019.181 que resulta de la suma de \$1.676.463.401 + \$569.55.780 (sic). Por consiguiente el cuadro No. 5 del dictamen se modifica de la siguiente forma:

En el cuadro 5 se indica que el valor de las soluciones tecnológicas que Arotec dejó de realizar dentro del contrato 2022027, alcanzan un valor de \$2.246.019.181 a precios corrientes del año 2008, que son equivalentes a la suma de \$1.888.903.151 a precios del año 2005, es decir una vez descontada la inflación.

Elementos de juicio:

Para determinar los perjuicios ordenados a evaluar en la presente litis, el perito tuvo en cuenta los siguientes criterios técnicos:

- a) El valor inicial del Contrato 2022027 para adelantar la modernización tecnológica de los laboratorios del SENA fue por la suma de \$7.699.131.730.*
- b) La empresa AROTEC recibió la suma de \$5.693.278.212 como anticipos para ejecutar el contrato 2022027. Esta suma fue invertida en la dotación y puesta en funcionamiento de los laboratorios de control de calidad de los Centros Agropecuarios del SENA. Estos laboratorios fueron entregados entre los meses de noviembre y diciembre de 2005.*
- c) La firma AROTEC, además de la suma de \$5.693.278.212 recibida como anticipos, invirtió dinero de sus propios recursos para financiar parte del contrato 2022027 por valor de \$372.643.825, los cuales se encuentran debidamente soportados.*
- d) Ante la terminación unilateral del contrato, para el año 2008 FONADE suscribió el Convenio 191160 y 194087 por la suma de \$2.246.019.181 (\$1.676.463.401 + \$569.555.779 que corresponde a Valledupar), con lo cual el valor de los convenios equivale a la suma de \$1.888.903.151 a precios de 2005), para dotar y poner en funcionamiento los laboratorios de Biotecnología Vegetal, Fruver y Cárnicos que quedaron pendientes de entregar con el contrato 2022027.*

El total de las inversiones realizadas para ejecutar la modernización tecnológica en los laboratorios del SENA, tal como fue previsto en el contrato 2022027, ascendió a la suma de \$7.475.827.757 (b+c+d), que incluye tanto las soluciones entregadas por AROTEC COLOMBIANA SA como las soluciones realizadas a través del Convenio 191160, tal como se detalla en el cuadro 6 visible a folio 494 del cuaderno principal. La inversión total de las soluciones tecnológicas prevista en el contrato 2022027 ascendió a \$7.954.825.188 que al descontarse del valor inicial del contrato \$7.699.131.730 arroja el valor de \$255.693.458. Esta cifra representa el valor del lucro cesante o aquellos dineros que debieron ingresar al patrimonio de AROTEC, en el curso normal de los acontecimientos, pero que como resultado de la terminación unilateral del contrato por parte de FONADE, los dineros no ingresaron al flujo de caja, convirtiéndose en un perjuicio económico para la empresa. La cifra de \$255.693.458 se interpreta como la suma mínima que hubiera ganado AROTEC por la ejecución total del contrato de modernización tecnológica.

Cuantificación de los perjuicios:

Daño emergente: *se refiere a los bienes económicos que salieron o saldrán del patrimonio de la víctima. En el caso que nos ocupa, la suma de \$372.643.825 salió*

del patrimonio de AROTEC para financiar la ejecución del contrato 2022027, más la suma de \$44.564.289 por concepto de gastos de apoderado.

Lucro cesante: *Se refiere al bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima. En el caso que nos ocupa, la suma de \$255.693.458.*

El valor total de los perjuicios por \$672.901.572 que se indica en el cuadro No. 7 corresponde a precios de diciembre del año 2005, fecha en la cual AROTEC entregó las soluciones tecnológicas. Para actualizar el valor de los perjuicios a precios de octubre de 2009, se utilizó el IPC reportado por el DANE, de la siguiente forma:

Valor de los perjuicios actualizados= 1.212604 \$640.512.087= \$815.963.137.*

Conclusión: *el valor de los perjuicios económicos por la firma AROTEC COLOMBIANA SA, como resultado de la terminación unilateral del contrato 2022027 por parte de FONADE, los estimo en la suma de \$815.693.137.”*

- *Objeción por error grave radicada por el apoderado de FONADE el 08 de junio de 2012, respecto de la aclaración y adición al dictamen pericial rendido por el perito FRANCISCO ACEVEDO FONSECA OCAMPO (Fol. 507):*

“En el presente caso es evidente que el dictamen pericial y su aclaración han incurrido en errores graves, en fallas que han sido determinantes de las conclusiones equivocadas a las que llega. Como enseguida se demostrará, i) el peritazgo tiene bases equivocadas porque tomó como objeto de observación documentos totalmente distintos a los que se señalaron como materia del dictamen, ii) se ocupó de asuntos que no eran objeto del mismo y, finalmente, iii) incurrió en error grave al partir de supuestos no establecidos dentro del proceso y que resultaron determinante de sus equivocadas conclusiones.

1.1 Tomó como objeto de observación y examen documentos distintos a los que se señalaron como materia del dictamen.

Conviene advertir, además, que ni en los mas de 640 folios que el auxiliar de la justicia Francisco Acevedo Fonseca allegó como anexos al dictamen, ni en los 843 que aportó con el escrito de aclaración y complementación que ahora se descubre, aparece siquiera uno que haya sido obtenido en las oficinas de FONADE o que haya expedido esa entidad a solicitud del perito para el cumplimiento de la labor encomendada.

*Para el caso de estudio se tiene que en el numeral 3.2. del dictamen inicial (folio 342), el perito Acevedo Fonseca señala como fuentes “la información contractual, contable, financiera y de soporte fue aportada por las partes **en las diferentes visitas que realicé a las instalaciones tanto de FONADE** como de la empresa AROTEC S.A.”. Sin embargo, esa afirmación no tiene soporte en el dictamen, ni en las aclaraciones, ni en los anexos. No indica el perito en qué fechas realizó visitas, quién o quienes lo atendieron, qué clases de libros y/o de documentos fueron puestos a su disposición. Tampoco indica si los libros y documentos que tuvo a su disposición reúnen los requisitos de conformidad con los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia y podían servir como prueba. Adicionalmente, ninguno de los casi 1.500 folios aportados como anexos aparece*

autenticado por FONADE, circunstancia que pone en evidencia que ninguno de ellos fue expedido por esa entidad para efectos del dictamen.

1.2 El dictamen se ocupó de asuntos que no eran materia del mismo.

El dictamen pericial fue solicitado para determinación y cuantificación de los supuestos perjuicios que había sufrido AROTEC en razón de la prolongación de la ejecución del contrato No. 2022027, sin embargo, la pericia se rindió como si el contrato hubiera sido terminado unilateralmente por FONADE.

1.2.1. Por otra parte, el dictamen omitió pronunciarse sobre lo solicitado por FONADE, ya que:

- No informó ni demostró si los libros de comercio y contabilidad de AROTEC para la época de los hechos se llevaban de conformidad con el Código de Comercio.*
- No respondió si los pagos efectuados al contratista por parte de FONADE se encuentran registrados en los libros de contabilidad.*
- No dictaminó sobre el mayor valor que tuvo que asumir FONADE en virtud del proceso de contratación administrativa que adelantó para culminar sus labores que AROTEC dejó inconclusas.*
- No avocó el estudio orientado a determinar si el incumplimiento del contrato número 2022027 de 2002 por parte de AROTEC causó perjuicios económicos a FONADE.*

1.3 El dictamen incurrió en error grave al partir de supuestos no establecidos dentro del proceso y que resultaron determinantes de sus conclusiones.

Es decir que el dictamen, además de ocuparse de un objeto distinto al planteado en la solicitud de AROTEC, partió de un supuesto equivocado dado que FONADE en ningún momento declaró la terminación unilateral del contrato 2022027 de 2002. Su terminación se produjo el 28 de febrero de 2006 por vencimiento de la prórroga del plazo de ejecución acordado por las partes el 26 de octubre de 2005.”

- Traslado de la objeción:

El 03 de octubre de 2012 el apoderado de AROTEC corrió traslado de la objeción por error grave. (fol. 519 c. principal).

El 05 de octubre de 2012 el apoderado de AROTEC presentó memorial con el que complementó el escrito que descurre el traslado de la objeción presentada por el apoderado de FONADE al dictamen rendido por el Doctor Francisco Acevedo. (fol. 525).

2. Dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Gerardino Vivas el 14 de septiembre de 2009 (fol. 330 c. principal y cuaderno 6):

“Para desarrollar la pericia inicialmente se contactó al apoderado del demandante y al apoderado del demandado de acuerdo con el artículo 242 del CPC.

Se visitaron las oficinas de la demandada tomando la información relacionada con el objeto de la pericia así:

- a- Certificado de Cámara de Comercio fecha sep 1/09.*
- b- Certificado Registro Cámara de Comercio de Libros Oficiales, de contabilidad, los cuales se encuentran registrados desde 09/11/79.*
- c- Estados financieros del año 2000-2001 debidamente certificados por el contador y revisor fiscal.*
- d- Se tomaron de la contabilidad de AROTEC SA los documentos relacionados con las operaciones contables llevados a cabo en el desarrollo de las operaciones del contrato.*
- e- Para determinar el monto de los posibles valores pendientes del contrato, se solicitó certificación del revisor fiscal de AROTEC SA sobre las operaciones contables registradas pendientes con FONADE.*

Desarrollo de la pericia:

“Determinen los hechos generadores de incumplimiento a cargo de FONADE de conformidad con lo previsto en el contrato suscrito por las partes No. 2022027 y sus adiciones.

Para tal efecto, de rendir el dictamen deberán verificar los términos de referencia, la propuesta de AROTEC COLOMBIANA SA, así como cada una de las pruebas documentales allegadas por las partes al proceso.

Finalmente, deberán constatar la información contenida en el cuadro explicativo – Anexo No. 3, realizado por AROTEC COLOMBIANA SA, en la cual se describe el sitio de los trabajos, según los términos, los sitios definitivos y la fecha de entrega de los laboratorios y talleres a AROTEC.”

Respuesta:

Términos de referencia. AROTEC SA debió cumplir con los términos de referencia propuestos ya que en ellos se consignó: Pag. 1

*“Los presentes términos de referencia fijan los requisitos para selección y contratación de la firma que proponga la mejor alternativa para (...)”
En el contrato se expresa:*

(...) acogió el informe de evaluación presentado a su consideración por parte del comité Evaluador y determinó adjudicar el programa (...) adjudicación del contrato a la firma AROTEC COLOMBIANA SA”

En el gráfico siguiente Número 1, elaborado para la pericia, con base en el contrato, las modificaciones y adiciones al contrato celebrado entre FONADE y AROTEC SA (en reestructuración) se puede observar el desenvolvimiento del proceso del contrato firmado 2022027 de agosto 20 de 2002. (El cuadro no 1 se resume de la siguiente manera fol. 6 c.6):

- Firma del contrato Agosto 20 de 2002 duración 12 meses. Valor del contrato \$7.699.131.730.*
- El contrato se modificó el 17 de diciembre de 2002.*

- El 12 de diciembre de 2003 se prorrogó el contrato hasta el 15 de noviembre de 2004, en razón a que no existían espacios físicos para la instalación del equipo.
- El 11 de noviembre de 2004 se adicionó el contrato hasta el 15 de junio de 2005, en razón a la falla en el proceso de contratación de obras laboratorios por parte del SENA.
- El 13 de junio de 2005 se adicionó el contrato hasta el 30 de octubre de 2005, en razón a que los laboratorios agroindustriales se encontraban en obra.
- El 26 de octubre de 2005 se prorrogó el contrato hasta el 28 de febrero de 2006 para recibir equipos.

2. Finalmente, deberán constatar la información contenida en el cuadro explicativo – Anexo No. 3, realizado por AROTEC COLOMBIANA SA, en la cual se describe el sitio de los trabajos, según los términos, los sitios definitivos y la fecha de entrega de los laboratorios y talleres a AROTEC.

Respuesta: El cuadro No. 3 muestra los sitios “según términos” en los cuales AROTEC SA (en reestructuración) debía instalar los equipos y laboratorios adquirido según el contrato.

En la segunda columna del cuadro se observa que se cambiaron dos sitios de entrega así:

BOGOTÁ UBATÉ X BOGOTÁ MOSQUERA
CÓRDOBA-PORVENIR X CESAR VALLEDUPAR

Se observa además que los sitios BOYACÁ-DUITAMA Y CÓRDOBA-PORVENIR (César Valledupar) no tienen fecha de entrega de los sitios para instalar los laboratorios.

En el gráfico No 2 se muestra, con base en el cuadro No 3 y los desembolsos efectuados (adjuntos) por FONADE a AROTEC SA (En reestructuración) así como la fecha de entrega de las diferentes instalaciones en los sitios en que debían ser instalados los equipos de acuerdo con los términos del contrato.

El cuadro No 2 se resume de la siguiente manera:

- El 19 de noviembre de 2003 el SENA entregó la sede de Valle del Cauca-Buga y la de César-Valledupar (esta se cambió por el SENA por la de Córdoba-Porvenir), a AROTEC para instalar los equipos contratados.
- El 05 de noviembre de 2004 el SENA entregó la sede de Bogotá-Zipaquirá a AROTEC para instalar los equipos contratados.
- El 02 de junio de 2005 el SENA entregó la sede de Pamplona-Norte de Santander a AROTEC para instalar los equipos contratados.
- El 08 de agosto de 2005 el SENA entregó la sede de Pamplona-Norte de Santander a AROTEC para instalar los equipos contratados.
- El 17 de noviembre de 2005 el SENA entregó la sede de Bogotá-Mosquera (que se cambió por el SENA por la de Bogotá-Ubaté), para instalar los equipos contratados.
- El 28 de noviembre de 2005 el SENA entregó la sede de Bogotá-Álamos – Boyacá-Duitama, a AROTEC para instalar los equipos contratados.
- El 29 de noviembre de 2005 el SENA entregó la sede de Guatiguará-Santander, a AROTEC para instalar los equipos contratados.

3. Conceptúe y determine el manejo dado a los recursos entregados por FONADE a AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN y determine los perjuicios sufridos por el contratista (daño emergente y lucro cesante) que alteraron la ecuación financiera del contrato.

Respuesta: Inversiones realizadas de acuerdo al contrato AROTEC COLOMBIA SA (en reestructuración)- FONADE:

INVERSIONES		
Compras en el exterior	(Cuadro No 1)	\$3.245.542.858
Compras nacionales	(Cuadro No 2)	\$1.354.595.165
Gastos Fiduciaria	(Cuadro NO 3)	\$168.212.679
Montajes redes eléctricas	(Cuadro No 4)	\$198.191.033
Transferencia Tecnología	(Cuadro No 5)	\$260.981.158
Diseños	(Cuadro No 6)	\$220.646.846
Gastos Administrativos	(Cuadro No 7)	\$105.486.168
Bodegajes	(Cuadro No 8)	\$17.182.930
Seguros (modif. Pólizas)	(Cuadro No 9)	\$87.693.261
Publicación Contrato	(Cuadro No 10)	\$2.597.600
Timbre contrato	(Cuadro No 11)	\$115.486.976
Gastos Abogados	(Cuadro No 12)	\$39.076.500
Gastos Legales	(Cuadro No 13)	\$118.337.547
Agentes de aduanas	(Cuadro No 14)	\$269.738.482
Fletes	(Cuadro No 15)	\$19.265.794
Gastos varios	(Cuadro NO 16)	\$65.064.037
Total Inversiones Arotec Colombia SA		\$6.288.098.834
Anticipos (1)		\$5.693.978.212
Diferencia en inversiones		\$594.120.622

En cuadro del siguiente folio se muestran las inversiones realizadas por AROTEC COLOMBIA SA hasta 2008, y detalladamente se describen en los cuadros del Anexo No 3.

El manejo de los recursos entregados por FONADE a AROTEC SA (en reestructuración) se pueden observar discriminadamente en cada uno de los cuadros que se adjuntan en el Anexo 3, cifras que se consignan en el folio anterior. Los cuadros numerados del 1 al 16 del anexo NO 3, muestran detalladamente los conceptos de cada uno de los desembolsos realizados por AROTEC COLOMBIA SA (en reestructuración) así:

- Proveedor.
- Fecha.

- Soporte.
- Valor.

Esta información se encuentra debidamente contabilizada en los libros de contabilidad oficiales y se reflejan en los estados financieros los cuales al final de cada año fueron auditados y certificados por el revisor fiscal de la empresa (art. 38 Ley 222/95), fotocopia de las certificaciones de cada uno de los años 2002-2006 se adjuntan en el Anexo No 2.

Es importante anotar que la Empresa solicitó a la Supersociedades entrar en Acuerdo de reestructuración la cual aceptada en Oct 17/2000 y por lo tanto estaría bajo supervisión de la Superintendencia de Sociedades en dicho proceso, y también por el Comité de vigilancia nombre Promotor Empresarial a partir de jul 29/2003 tal como lo describe el certificado de Cámara de Comercio Anexo No 2.

- (1) *El monto de los anticipos (50% y 10%), recibidos por AROTEC COLOMBIA SA (en reestructuración) se discrimina así:*

<i>Anticipo 50% Oct 3/02</i>	<i>\$3.849.565.965</i>
<i>Anticipo 10% Dic 31/02</i>	<i>\$769.913.173</i>
<i>Sub-total</i>	<i>\$4.619.479.038</i>
<i>Reembolso Gastos Contrato</i>	<i>\$769.913.173</i>
<i>Pago entrega Buga</i>	<i>\$303.886.001</i>
<i>Total recibido</i>	<i>\$5.693.978</i>

La discriminación por fechas de los dineros recibidos se observa en el gráfico Número 2 del presente trabajo.

Según la contabilización de cada uno de los ITEMS, relacionados con el contrato, la diferencia en inversiones a Dic 31/2008, según AROTEC SA fueron como desequilibrio del contrato por las diferentes prórrogas del contrato \$594.120.622, según certificación del Revisor Fiscal. (folios siguientes).

El valor de \$594.120.622 actualizado a agosto de 2009 es de \$650.519.045.

- 1. Verificar y constatar cada uno de los fenómenos económicos, tales como revaluación o devaluación del peso que incidieron de manera directa o indirecta, durante la ejecución y desarrollo del contrato.*

Respuesta: Los indicadores económicos que miden el desarrollo de la Economía más importantes son:”

La Sala encuentra que el dictamen pericial en este punto consignó los índices de precios al consumidor, la inflación porcentual de la inflación anual, el salario mínimo

legal mensual vigente, la tasa representativa del mercado, y la tasa de interés, para los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006.

- El 22 de enero de 2010, el apoderado de AROTEC radicó solicitud¹³ de aclaración del dictamen pericial rendido por el perito Gerardo Vivas, ante la cual, el auxiliar de la justicia dio respuesta el 29 de agosto de 2010. (fol.398-404 c. principal), de la siguiente manera:

“1. Se realiza a continuación un cuadro que expone sucintamente las causas que originaron las modificaciones y adiciones del contrato 2022027:

Modificación No 1. Del 17 de diciembre de 2002: Obligaciones del contratista, forma de pago y plazo del contrato, el cual debería contarse a partir de la firma del acta de inicio.

Adición No 2 del 12 de diciembre de 2003: AROTEC solicita prorrogar el contrato hasta el 15-11-04, debido a las reubicaciones de los talles y laboratorios por parte del SENA.

Adición No 3 del 11 de noviembre e 2004: El contratante solicita adicionar el término de entrega hasta el 15 de junio de 2005, debido a que los lugares donde instalarán los talleres y laboratorios están en proceso de contratación.

Modificación y prórroga del 13 de junio de 2005: AROTEC solicita adicionar la forma de pago en el sentido que los mismos se realicen contra entrega, instalación, recepción y capacitación. Igualmente solicitan prorrogar el contrato hasta el 30-10-05, pues los lugares donde se instalarán los talleres y laboratorios están en proceso de terminación de acabados por parte del SENA.

2. Ver la gráfica del folio 401 para ver el desarrollo del contrato.

3. AROTEC recibió por concepto de anticipo la suma de \$5.693.978.212, e invirtió \$6.288.098.834.

(1) Se deja constancia que en la segunda pericia solicitada por las partes se confirman las inversiones por parte de AROTEC (Fl. 342 del expediente), así como las mayores inversiones realizadas por el demandado.

4. 1. Se concluye que la contabilidad de AROTEC registra que los dineros recibidos por parte de FONADE se encuentran debidamente contabilizados, tal como se demostró en las dos pericias en el expediente.

2. Que se presentaron modificaciones, adiciones y prórrogas que fueron solicitadas tanto por AROTEC como por FONADE, tal como se describe en la documental del expediente en forma detallada y en cada una de las pericias realizadas.

3. Como conclusión final se afirma nuevamente lo expresado tanto en la pericia como en las aclaraciones, no son condenas o conceptos jurídicos ni calificación sobre la existencia de perjuicios a favor de la parte solicitante de la pericia, todo lo cual es competencia del fallador, o del arbitrio judicial.

4. La valoración de pruebas corresponde al Funcionario Judicial, tal como lo afirma el demandado en su escrito de objeciones y lo entiende perfectamente el perito.

5. Además se contestó de acuerdo con lo solicitado y preceptuado en el numeral 2 del artículo 237 del CPC que señala: “(...) en todo caso expondrán su concepto sobre los puntos materia del dictamen”.

¹³ Fol. 364 c. principal.

3. Dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Juan José Rondón Sánchez, el 04 de junio de 2012. (cuaderno No. 20):

“Objeto de la prueba:

- 1. Especificar cuáles obligaciones contractuales fueron ejecutadas por el contratista, de conformidad con los términos de la oferta pública, el contrato (con las modificaciones) y la propuesta económica del contratista, señalando de manera detallada cada ítem, plazo de ejecución y valor económico.*
- 2. Especificar qué obligaciones contractuales no fueron ejecutadas por el contratista, de conformidad con los términos de la oferta pública, el contrato con sus modificaciones y la propuesta económica del contratista señalando de manera detallada cada ítem, plazo de ejecución y valor económico.*
- 3. Cuantificar los perjuicios económicos ocasionados por el incumplimiento del contratista al FONADE, determinando daño emergente y lucro cesante.*

Documentos examinados:

- 1. Documento de fecha 05 de abril del año 2006, de la firma VELNEC.*
- 2. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad VELNEC.*
- 3. Certificación del gerente de contabilidad.*
- 4. Certificación expedida por la firma de Revisoría Fiscal de la sociedad en mención.*
- 5. Carta dirigida a la gerente liquidadora de CAJANAL EPS.*
- 6. Comprobante de pago expedido por CAJANAL SA EPS de fecha 07 de junio del año 2007.*

Hechos analizados:

“En desarrollo de la labor asignada, me dirigí a las oficinas del apoderado de la parte demandante, en donde me reuní con el Dr. FRESENIUS y la Dra.; nnnnnnn (sic) ubicadas en la carrera 7 No 74^a-85, quienes me atendieron y suministraron toda la información requerida para la realización del dictamen encomendado.

Desarrollo del cuestionario:

- 1. Especificar cuáles obligaciones contractuales fueron ejecutadas por el contratista, de conformidad con los términos de la oferta pública, el contrato (con las modificaciones) y la propuesta económica del contratista, señalando de manera detallada cada ítem, plazo de ejecución y valor económico.*

Respuesta: *Según mi análisis y estudio hecho a la documentación que está dentro del proceso las siguientes fueron las obligaciones que el contratista incumplió:*

En la comunicación de la interventoría del 20 de enero de 2006 se afirma:

“Hasta el 31 de octubre de 2005, se habían entregado, instalados (sic) y en funcionamiento (sic) los siguientes talleres y laboratorios:

- Un (1) laboratorio de control de calidad, un (1) talles de lácteos, y un (1) taller de cárnicos correspondiente a la regional SENA-Buga.*
 - El 70% del laboratorio de control de calidad de la regional SENA-Zipacquirá.*
- 2. Especificar qué obligaciones contractuales no fueron ejecutadas por el contratista, de conformidad con los términos de la oferta pública, el contrato con sus modificaciones y la propuesta económica del contratista señalando de manera detallada cada ítem, plazo de ejecución y valor económico.*

Respuesta:

- Incumplimiento por parte del contratista con respecto a la intervención, actividades y obligaciones contractuales, de conformidad con los términos de referencia y propuesta presentada por el contratista, durante el plazo contractual en los centros de Gaira, Zipacquirá, Pamplona y Guatiguará, entregados a AROTEC durante el plazo contractual.*
- Incumplimiento en la entrega de la totalidad de los equipos y bienes contratados para los centros de Duitamta, Valledupar, Álamos, Pamplona, Guatiguará, Gaira y Zipacquirá.*
- Incumplimiento con el manejo de los recursos entregados a título de anticipo, los cuales no fueron ejecutados en desarrollo del contrato de conformidad con los informes presentados por la interventoría.*

- Que se entregaron al contratista recursos por valor de \$5.693.278.212 y que la ejecución del contrato de conformidad con los informes de interventoría analizados y revisados por el gerente del convenio corresponde a la suma de \$3.339.025.666,70.

3. Cuantificar los perjuicios económicos ocasionados por el incumplimiento del contratista al FONADE, determinando daño emergente y lucro cesante.

Respuesta: Una vez terminada de analizar, y estudiar la documentación y las pruebas que están dentro del expediente, concluyo lo siguiente:

Valores pagados por FONADE a AROTEC con ocasión del contrato número 2022027 del 20 de agosto de 2002. (Datos tomados de la relación de pagos expedida por la Coordinadora Grupo Contabilidad, Carpeta No. 1).

Como conclusión de los pagos realizados al contratista y las modificaciones hechas al contrato durante su desarrollo, digo que la fecha de iniciación del contrato fue el día 20 de agosto del año 2002, y la fecha de terminación, fue el día 28 de febrero del año 2006, por ende esta última fecha es la que tomo como base para la realización o el cálculo de los perjuicios materiales, y el valor es la resta del valor total del contrato, menos los dineros entregados por FONADE, la suma de \$2.005.853.518.

El valor total es de \$7.930.952.496 al año 2012.”

- El 12 de junio de 2013 el apoderado de FONADE solicitó aclaración y adición al dictamen pericial presentado por el perito Juan José Rondón (fol. 634 c. principal), para el auxiliar de la justicia precisara lo siguiente:

1. Qué obligaciones contractuales fueron ejecutadas por el contratista de conformidad con los términos de la oferta pública, señalando de manera detallada cada ítem, plazo de ejecución y valor económico.

2. Qué obligaciones no fueron ejecutadas señalando detallada cada ítem, plazo de ejecución y valor económico.

3. Cuantificar los perjuicios económicos ocasionados a FONADE por el incumplimiento.

- El 17 de junio de 2013, el apoderado de AROTEC presentó objeción por error grave del dictamen pericial del 17 de junio de 2013. (fol. 639 c. principal), y manifestó lo siguiente:

“El dictamen pericial presentado por el señor perito Juan José Rondón Sánchez contiene conclusiones y afirmaciones que no concuerdan con la realidad, sobre la ejecución del contrato suscrito entre mis poderdantes y la entidad demandante, es así que toma como objeto de estudio única y exclusivamente los documentos que reposan en las instalaciones de FONADE, hecho que genera un informe parcializado sobre el objeto de la controversia.”

El fundamento de la objeción por error grave se resume en los siguientes puntos:

1. *“Si el objetivo planteado como parte del estudio fue el especificar “cuáles obligaciones contractuales fueron ejecutadas por el contratista, de conformidad con la oferta pública, el contrato y la propuesta económica del contratista señalando plazo de ejecución y valor económico”, el perito debió incluir dentro de su experticio los libros, cuentas y balances de AROTEC.*

Lo anterior por cuanto que tomó objeto de observación y de estudio, documentos que únicamente forman parte de la contabilidad de FONADE más en manera alguna de AROTEC, lo que en esencia genera un resultado parcializado sobre la ejecución del

contrato y le resta claridad y veracidad a la información suministrada por el perito, tal como se puede evidenciar en la relación aportada como anexos en el presente informe, desempeñó su importante labor de perito de manera parcial y solo basándose en la información obtenida por parte de FONADE.

2. *Si la finalidad era determinar “específicamente” cuáles obligaciones contractuales no fueron ejecutadas por el contratista, de conformidad con la oferta pública, el contrato y la propuesta económica del contratista señalando plazo de ejecución y valor económico, por qué no se mencionaron las modificaciones, adiciones y complementaciones a la ejecución del contrato.*

Cómo podría establecer el perito de forma objetiva si hubo o no incumplimiento por parte de AROTEC, si el perito tomó como objeto de estudio documentos diferentes a los soportes contables y financieros que reposan en ambas entidades sobre las erogaciones que generó la ejecución del objeto contractual.

3. *No mencionó de ninguna manera que los pagos efectuados por parte de FONADE a AROTEC se encuentran registrados en los libros de FONADE.*

Tal como se puede determinar en el folio 403, en el dictamen emitido por el señor Gerardo Vivas “contador”, las inversiones realizadas de acuerdo al contrato AROTEC COLOMBIANA SA-FONADE ascendió a la suma de \$6.288.098.834, que los anticipos ascendieron a la suma de \$5.693.978.212, generado una marca diferencia de \$594.120.622. Suma que concuerda con la información suministrada por el perito Francisco Acevedo, es decir que la suma de desembolso de FONADE fue de \$5.693.278.212, en virtud de la ejecución del contrato 2022027.

Es de anotar que el perito no tomó como parte de su estudio los contratos existentes entre las sociedades FONADE y AROTEC EN REESTRUCTURACIÓN, por cuanto que para determinar los perjuicios económicos causados en la ejecución del objeto de los acuerdos aquí citados, debió partir de lo esbozado por las partes contratantes y las erogaciones en las que incurrió mi poderdante para el cumplimiento del mismo, información que entre otras se encuentra contenida en el proceso que reposa en el Despacho.

4. *En el presente caso fue evidente la alteración de la ecuación financiera del contrato, en cuanto el mismo estaba planeado por FONADE, y así fue presentada la oferta de AROTEC COLOMBIANA SA, para un plazo de ejecución de 12 meses, sin embargo, por hechos ajenos no imputables al contratista se prorrogó y adicionó en cuatro oportunidades, situación de facto que daba lugar a que las partes replantearan las condiciones iniciales de contratación.”*

- Con auto del 01 de octubre de 2013 se requirió la aclaración del dictamen pericial al auxiliar de la justicia, señor Juan José Rondón Sánchez.
- En vista que el perito no rindió la aclaración y complementación del dictamen pericial, con auto del 28 de abril de 2015 se designó un nuevo perito, esto es, al Ingeniero Civil Héctor José Laureano Villamil Salazar. (fol. 687).
- Con auto del 11 de agosto de 2015 se relevó al perito Héctor José Laureano Villamil Salazar y designó a Marco Aurelio Farfán Chaparro. (fol. 699).

4. Dictamen pericial rendido por Marco Aurelio Farfán Chaparro. (Cuaderno No. 4):

El 21 de marzo de 2017 el perito rindió el dictamen, (la Sala aclara que este perito fue nombrado en razón a que el auxiliar de la justicia Juan José Rondón, no aclaró ni complementó la experticia a él encomendada):

1. “Especificar cuáles obligaciones contractuales fueron ejecutadas por el contratista de conformidad con los términos de la oferta pública, el contrato (con sus modificaciones) la propuesta económica del contratista señalando de manera detallada cada ítem, plazo de ejecución y valor económico.

Respuesta: Total inversión AROTEC a julio 30 de 2008= \$6.110.486.326. (fol. 6 c4).

2. Especificar qué obligaciones contractuales no fueron ejecutadas por el contratista de conformidad con los términos de la oferta pública, el contrato (con sus modificaciones) y la propuesta económica del contratista señalando de manera detallada cada ítem, plazo de ejecución y valor económico.

Respuesta:

1. Duitama:

Laboratorio de CONTROL DE CALIDAD y Laboratorio de BIOTECNOLOGÍA

• En la visita 14-Nov-2005 las obras de adecuación para los LABORATORIOS se encuentran sin ejecutar y no se puede establecer el alcance de las modificaciones proyectadas.

• Laboratorio de BIOTECNOLOGÍA: Valor del Equipo Faltante: \$88.797.814.

• Laboratorio de control de calidad: no estaba el espacio adecuado para instalar los equipos.

• Porcentaje Faltante por Realizar con respecto a lo presupuestado para este ítem: (19.12%).

2. Álamos:

Laboratorio de control de calidad:

• El SENA y AROTEC acordaron modificarlo.

• Los espacios físicos no se encuentran para recibir los equipos funcionando.

• Faltó equipo por un valor de \$115.450.656.

• Porcentaje faltante por realizar con respecto a los presupuestado para este ítem: 30.78%.

3. Gaira:

Laboratorio de control de calidad:

• El SENA y AROTEC acordaron modificaciones.

• El 7 de diciembre de 2005 se verificó que las obras de adecuación del taller de control de calidad no estaban terminadas.

• Falta de equipo por un valor de \$97.653.856

• Porcentaje faltante por realizar con respecto a lo presupuestado para este ítem: 26.15%.

4. Zipaquirá:

Laboratorio de control de calidad:

• Acta de reunión de 08 de noviembre de 2004, EL SENA, AROTEC y autoridades de Zipaquirá y frigorífico EFZ. Tomaron la determinación de cambiar el espacio físico inicialmente previsto por otro con un área distinta.

• Se entregaron los equipos funcionando en un 70% y realizada la capacitación y transferencia de tecnología.

• Falta la entrega del equipo por un valor de \$70.306.030.

• Porcentaje faltante por realizar con respecto a lo presupuestado para este ítem: 19.06%.

5. Mosquera:

Laboratorio de control de calidad:

• Las áreas de talleres de ciencias básicas no están terminadas, en visita de la interventoría del 18 y 28 de noviembre 2005.

- *Equipo faltante por un valor de \$11.623.301.*
- *Porcentaje faltante por realizar con respecto a lo presupuestado para este ítem: 29.33%.*

6. Pamplona:

Laboratorio de control de calidad, un taller de fruver y un taller de cárnicos:

- *Laboratorio de control de calidad, un taller de fruver y un taller de cárnicos.*
- *Construcción nueva en un proyecto que se desarrolla en la central de abastos y la terminal de transporte.*
- *Las instalaciones fueron debidamente entregadas el 05 de junio de 2005.*
- *Equipos entregados sin instalar las redes.*
- *Equipo faltante por entregar por AROTEC por un valor de \$471.151.365.*
- *Porcentaje faltante por realizar con respecto a lo presupuestado para este ítem: 25.98%.*

7. Guatiguará:

Laboratorio de control de calidad y un taller de fruver:

- *Las obras fueron entregadas por parte del SENA y FONADE el día 29 de julio de 2005.*
- *Los equipos del taller de ciencias básicas fueron entregados en funcionamiento el 24 y 25 de noviembre de 2005.*
- *Equipo faltante por un valor de \$103.112.449.*
- *Equipo faltante en el taller de fruver por un valor de \$1.170.439.891. Total equipo faltante por un valor de \$1.273.552.340.*
- *Porcentaje faltante por realizar con respecto a lo presupuestado para este ítem: 82.53%.*

8. Valledupar

Laboratorio de control de calidad y un taller de lácteo:

- *Estaba destinado a Montería y en comunicación del 02 de octubre de 2003 #32506 se asigna a la Regional de Valledupar.*
- *Informa el SENA que a la fecha, las obras de adecuación del espacio las están contratando y tienen un plazo de ejecución de 4 meses (para abril de 2006).*
- *El 06 de noviembre de 2005 se recibe por parte de AROTEC los equipos debidamente inventariados.*
- *Equipo faltante ciencias básicas control de calidad por un valor de \$101.207.351. Este ítem no se contempla en los iniciales del contrato #2022027, se adicionó con posterioridad.*
- *Porcentaje faltante por realizar con respecto a lo presupuestado para este ítem: 8.77%.*

3. Cuantificar los perjuicios económicos ocasionados por el incumplimiento del contratista a FONADE determinando daño emergente y lucro cesante.

Respuesta:

Relación de lo manifestado por la interventoría con respecto a cada uno de los sitios destinados para el desarrollo del contrato 2022027:

“3.2.2.1. DUITAMA (Laboratorio de Control de Calidad y Biotecnología)

En última visita realizada a las instalaciones de esta regional el 14 de noviembre de 2005, se pudo verificar que las obras de adecuación del taller de control de calidad, se encuentran sin ejecutar, sin embargo debido al avance actual de las obras, no se pudo verificar el alcance de las modificaciones proyectadas.”

“3.2.2.2 ALAMOS (Laboratorio de Control de Calidad)

De acuerdo con lo informado por AROTEC, el espacio físico inicialmente diseñado, fue modificado por instrucción del SENA, de acuerdo con los espacios indicados por dicha entidad, de igual forma las modificaciones se acordaron en reunión que se realizó entre AROTEC y el Gerente del proyecto por parte de FONADE Arq., Gonzalo Zuluaga.

No obstante dichas modificaciones no fueron informadas a esta interventoría.

En razón a que no se encontraron adecuados los espacios físicos, necesarios para el recibo de los equipos funcionando, el 01 de diciembre de 2005 se procedió con revisión, inventario y entrega física de los siguientes equipos”

“3.2.2.3. GAIRA (Laboratorio de Control de Calidad)

En última visita realizada a las instalaciones de esta regional el 7 de diciembre de 2005, se pudo verificar que las obras de adecuación del laboratorio de control de calidad no se han terminado, por tal razón debido al avance actual de las obras, no se pudo establecer el alcance de las modificaciones proyectadas.”

“3.2.2.4 ZIPAQUIRÁ (Laboratorio de Control de Calidad)

Según Acta de reunión del 08 de Noviembre 04, con la participación del SENA, AROTEC, autoridades municipales de ZIPAQUIRÁ y Frigorífico EFZ., se tomó la determinación de cambiar el espacio físico inicialmente previsto y diseñado, por un espacio contiguo al inicial y con área distinta.

En reuniones posteriores del 11 de Febrero y 31 de Marzo /05, se decidieron aspectos de distribución, redes, acabados, etc., con la participación de los representantes de las mismas entidades.

Solo hasta 08 de abril /05 nos fue informado y citados para realizar una visita de verificación de los espacios físicos. En esa visita esta interventoría dejó consignada en el Acta de Acuerdos y Compromisos, las observaciones en cuanto al diseño y acabados en general.”

“3.2.2.5. MOSQUERA (Laboratorio de Control de Calidad)

Según lo manifestado por AROTEC, a solicitud del Arq. Gustavo Díaz, del SENA, en una reunión en FONADE con AROTEC en abril de 2005, se hicieron algunos cambios en cuanto al dinero y ubicaron (sic) de equipos, modificando los diseños inicialmente aprobados, a lo que AROTEC presentó distintas alternativas que hasta el momento no han sido respondidas el SENA.

En visita de verificación realizada por la interventoría los días 18 de julio y 28 de noviembre de 2005, se pudo verificar que las obras de adecuación de los espacios del taller de ciencias básicas, no están terminadas.”

“3.2.2.6 PAMPLONA (Laboratorio de Control de Calidad)

El alcance de las obras corresponde al suministro e instalación de equipos para de un (sic) laboratorio de control de calidad, un taller de FRUVER y un taller de Cárnicos.

Los espacios físicos de los talleres de Fruver, Cárnicos y el laboratorio fueron entregados a AROTEC debidamente adecuados para la instalación de las redes y equipos desde e pasado 05 de junio /05.

No obstante lo anterior hasta la fecha de emisión del presente informe AROTEC no ha iniciado los trabajos de instalación de las redes para los equipos de los talleres de fruver y cárnicos.”

“3.2.2.7. GUATIGUARÁ (Laboratorio de Control de Calidad)

Las obras de adecuación del laboratorio y taller fueron terminadas y entregadas por parte del SENA Y FONADE el día 29 de julio /05, fecha a partir de la cual AROTEC debió iniciar las obras de instalación de redes para la disposición de los equipos en el taller de Fruver, no obstante hasta los fecha (sic) de emisión del presente informe AROTEC no ha iniciado los trabajos de instalación de las redes para la instalación de los equipos.”

“3.2.2.8 VALLEDUPAR (Laboratorio de Control de Calidad)

De acuerdo al contrario inicial, este proyecto estaba destinado para Montería, sin embargo mediante comunicación del SENA para AROTEC No. 3250 del 2 de octubre de 2003, se asigna a la regional de Valledupar.

Hasta la fecha emisión (sic) del presente informe y según lo informado por el SENA, las obras de adecuación del espacio físico para el taller del SENA y se tiene programado (sic) un plazo de ejecución de cuatro meses, es decir que se espera que se estén entregando en abril de 2006”.

“3.2.29 BUGA (VALLE) (Laboratorio de Control de Calidad, un taller de carnes y un taller de lácteos)

Los equipos establecidos para los talleres de lácteos y carnes, y el laboratorio de control de calidad, se entregaron por parte del contratista, debidamente recibidos y entregados al SENA, con la participación de FONADES (sic) los cuales se relacionan a continuación...”

Las razones anteriormente expuestas y tomando la fecha de inicio observada más crítica, determinan que para desarrollar las actividades en el sitio de VALLEDUPAR se pueden iniciar las actividades una vez sea entregado las instalaciones (sic) en el mes de Abril del año 2006. Igualmente el contrato #2022027 en su “Cláusula: Plazo”, estipula que el plazo comenzaba a correr a partir del momento en que se entregue la planta física, con una duración de 12 meses es decir la fecha última para entrega de los trabajos estipulados en la cláusula Quinta del contrato, sería en la fecha del mes de abril del año 2007.

El daño emergente es el daño que se ocasiona directamente en una persona o sus bienes por la actuación dolosa, culposa, imprudente o negligente de otra. Se corresponde por el daño efectivamente producido, con la pérdida material.

El lucro cesante es la ganancia que el perjudicado ha dejado de obtener por esa actuación de un tercero. Hace referencia a una lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que ha dejado de obtener como consecuencia de un incumplimiento, acto ilícito o perjuicio ocasionado por un tercero. El lucro cesante debe calcularse en base a expectativas y parámetros, exigiéndose la acreditación de un nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir.”

Con base en la información obtenida pertinente para dar respuesta a lo solicitado en el punto 3.3 del Cuestionario al Dictamen Pericial, manifiesto que la causal observada en la documentación estudiada es la no entrega por parte del CONTRATANTE, en la fecha del 20 de Agosto de 2002, de las Plantas Físicas de los sitios Regionales del SENA: DUITAMA, ÁLAMOS, ZIPAQUIRÁ, MOSQUERA, VALLEDUPAR, GARIRA, objeto del Contrato #2022027. Como la entrega de la Planta Física no es obligación imputable al Contratista, se puede determinar técnicamente que NO EXISTE incumplimiento del contratista QUE PERMITA cuantificar perjuicios económicos.”

- El 19 de julio de 2017 el apoderado de FONADE objetó el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la Justicia Marco Aurelio Farfán Chaparro (fol. 736), y argumentó:

El dictamen pericial debe ser objetado por FONADE, por cuanto es claro que el contratista NO entregó:

- *La totalidad de los diseños técnicos, arquitectónicos y ambientales, los cuales podía realizar de manera independiente a la construcción física de los sitios, teniendo en*

cuenta que el espacio físico estaba definido para 300 metros cuadrados. Tema que desconoce el perito.

- *NO realizó las adecuaciones de los centros (a excepción de BUGA).*
 - *NO entregó la totalidad de los equipos que supuestamente había comprado.*
 - *NO entregó los materiales de capacitación.*
 - *NO realizó la transferencia de conocimiento.*
 - *NO colocó en funcionamiento los centros.*
 - *NO cumplió con el contrato.” (fol. 742 vto)*
- El 24 de agosto de 2017, el apoderado de AROTEC describió traslado de la objeción al dictamen pericial y solicitó que se despachara desfavorablemente la objeción presentada por el apoderado de la parte demandante por carecer completamente de fundamentos fácticos y jurídicos. (fol. 756).

8.3. Resolución a las objeciones por error grave de los dictámenes periciales:

Este Tribunal advierte que, sobre la objeción por error grave, el H. Consejo de Estado ha reiterado que no cualquier error o inconformidad frente a un dictamen pericial constituye un error grave, señalando que debe ser manifiesto, protuberante, grave y con incidencia en las conclusiones:

*“... requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. **En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación,** y no a la conclusión de los peritos”.*

“... el pronunciamiento técnico impone un concepto equivocado o un juicio falso sobre la realidad, pues las bases sobre las que está concebido, además de erróneas, son de tal entidad que provocan conclusiones equivocadas en el resultado de la experticia. En consecuencia, resultan exigentes los parámetros para la calificación del error grave, quedando claro, que aún la existencia de un “error”, no significa automáticamente la calificación de “error grave”.

En el caso concreto, frente a las objeciones por error grave de los dictámenes periciales presentadas por el apoderado de FONADE, este Tribunal considera lo siguiente:

- (i) En relación con los dictámenes periciales presentados por los auxiliares de la justicia Francisco Acevedo Fonseca, Gerardo Vivas y Marco Aurelio Farfán Chaparro, la Sala considera que tales deben analizarse como lo que son, esto es, pruebas técnicas, y no calificaciones jurídicas ni apreciaciones de derecho que corresponden únicamente a la órbita de competencia del Juez.

En ese orden, la Sala no tendrá en cuenta las consideraciones jurídicas que se hicieron en estos dictámenes periciales, en especial, las que conciernen a determinar a quien es imputable el incumplimiento del contrato No. 2022027 de 2002.

Así mismo, los dictámenes periciales incluyeron como gastos del Contrato No. 2022027, los gastos de abogado para la solicitud de desequilibrio económico del contrato y los gastos de apoderado en esta causa judicial, sin embargo, la Sala tampoco tendrá en cuenta esos valores, pues dichos gastos de representación judicial no hacían parte del objeto ni de las obligaciones que asumió AROTEC durante la ejecución del contrato objeto de controversia.

De igual manera, la Sala excluirá las apreciaciones en las que incurrieron las pericias, concernientes a que el contrato se terminó unilateralmente por parte de FONADE, y en consecuencia, excluirá el valor cuantificado como daño material en la modalidad de lucro cesante en razón a la supuesta terminación unilateral del contrato, en razón, a que como se demostró con las pruebas documentales obrantes en el expediente, el Contrato finalizó por la expiración del plazo de la última prórroga, esto es, el 28 de febrero de 2006, y no con ocasión de una terminación unilateral por parte de FONADE.

No obstante, no se declararán probadas las objeciones presentadas por FONADE por error grave de los dictámenes periciales, pues no se evidencia un error en el objeto de la pericia de tal magnitud que pueda configurar el error grave, sino que, como se dejó explicado *supra*, se evidencian falencias en algunas de las conclusiones y apreciaciones de los peritos, las cuales no van a ser tenidas en cuenta para la solución en el sub-judice.

Refuerza lo anterior, que estos dictámenes periciales tuvieron como objeto de estudio, los estados financieros debidamente certificados por el contador y revisor fiscal de AROTEC, los registros de contabilidad de AROTEC, y los registros y documentos contables proporcionados por FONADE.

Además, las cifras en los tres (3) dictámenes periciales que atañen al valor de los recursos ejecutados por AROTEC con ocasión del Contrato 2022027 no difieren en una gran proporción, sino que se encuentran similares.

Ahora, si bien no se decretó como prueba los documentos obrantes en la investigación penal radicado No. 2311, ante la Fiscalía Tercera Delegada de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública de la Fiscalía General de la Nación, la Sala no pasa por alto, que esa investigación fue precluida a favor del representante legal de AROTEC¹⁴, en razón a que la perito contable del CTI concluyó que AROTEC había invertido los recursos que le fueron entregados por parte de FONADE, en la ejecución del contrato No. 2022027 de 2002, en valores similares a los concluidos por los peritos Francisco Acevedo Fonseca, Gerardino Vivas y Marco Aurelio Farfán Chaparro, rendidos en este proceso.

¹⁴ Fol. 497, 498-507, 537-570, 568 c. principal.

(ii) Cuestión diferente ocurre con el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Juan José Rondón Sánchez, puesto que como lo advirtió el apoderado de AROTEC, este perito tuvo en cuenta únicamente para rendir su experticia, los documentos proporcionados por FONADE, sin que hubiera tenido en cuenta los soportes y registros contables de AROTEC. Por lo tanto, la Sala considera que en este dictamen pericial es constitutivo de error grave, en razón a que el objeto de valoración fue apenas parcial, esto es, que tuvo en cuenta únicamente la información que le suministró una de las partes involucradas en el litigio.

Además, este dictamen pericial fue objeto de solicitud de complementación por parte del apoderado de FONADE, sin embargo, el auxiliar de la justicia Juan José Rondón Sánchez, no rindió la complementación ordenada por el Despacho, y fue por esa razón que se nombró a un nuevo perito, esto es, al señor Marco Aurelio Farfán Chaparro. Por lo tanto, aparte del error en que incurrió el perito Juan José Rondón al analizado un objeto parcial en su pericia, no completó el dictamen pericial, tal como había sido ordenado por el Despacho.

Así las cosas, no se tendrá en cuenta el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Rondón Sánchez.

IX.CASO CONCRETO:

Quedó probado en el expediente, de acuerdo con los antecedentes del contrato No. 2022027¹⁵, que entre FONADE y el SENA, se suscribió el Convenio Interadministrativo de administración de proyectos SENA-FONADE No. 191160 de 2001, denominado: *“La Modernización Tecnológica de los Centros de Formación Profesional en el Sector Agropecuario y Agroindustrial”*, cuyo objeto consistía en *“...Realizar los actos y acciones necesarias y aunar esfuerzos administrativos, financieros y técnicos para desarrollar el proceso de modernización tecnológica de los Centros de Formación Profesional en el Sector Agropecuario y Agroindustrial y el proyecto de dotación de centros agropecuarios de laboratorios de ciencias básicas.”*¹⁶

Entre las obligaciones de FONADE se encontraba la de *“2. Cooperar, apoyar y velar por la adecuada ejecución de las Estrategias, Programas y Proyectos contemplados en el objeto del presente convenio. 3. Contratar previo acuerdo entre las partes las personas naturales y/o jurídicas necesarias para el cumplimiento del presente convenio... 8. Adelantar las gestiones necesarias para obtener los bienes y servicios que se requieran para el cabal cumplimiento del objeto del convenio; llevando a cabo los procesos de convocatoria pública o las invitaciones a presentar propuestas para la selección de proponentes, así como realizar con el apoyo del SENA las*

¹⁵ Fol. 180-192 c2.

¹⁶ Fol. 31-114 c2.

evaluaciones técnicas, jurídicas, financieras y económicas de las propuestas y comunicas al Comité de Dirección los resultados.”¹⁷

Con ocasión del Convenio interadministrativo No. 191160 de 2001, el FONADE abrió el proceso de selección a través del procedimiento de convocatoria pública de propuestas para el programa de *“Modernización Tecnológica sector primario agroindustria de alimentos, laboratorios de control de calidad en alimentos, laboratorio de biotecnología vegetal y talleres lácteos, cárnicos y fruver.”¹⁸*

En los términos de referencia del Convenio Interadministrativo de Proyectos SENA-FONADE No. 191160-2001¹⁹, para la modernización tecnológica sector primario de los laboratorios de calidad, laboratorios de biotecnología vegetal, talleres didácticos de cárnicos, lácteos y fruver se estableció:

“1.5. OBJETO DE LA PRESENTE INVITACIÓN.

Será la selección y contratación de la firma que proponga la mejor alternativa para la modernización e innovación de las tecnologías de los Centros de Formación del SENA en el área de agroindustria y la dotación de laboratorios de ciencias básicas, requeridos para la modernización y cualificación de la formación de nuevo talento, como contribución al mejoramiento de los procesos de innovación desarrollo tecnológico y competitividad del sector agropecuario y agroindustrial.

1.5.1. Modernización de los centros de formación en el área de agroindustria.

Para el cumplimiento de los objetivos del proyecto de modernización de los centros en el área de agroindustria, el proponente dar (sic) cumplimiento a los compromisos que se relacionan a continuación, como premisa para el logro de las metas propuestas:

- Transferir a los docentes de los Centros de Formación del SENA modernas tecnologías relacionadas con:
(...)*
- Entregar las soluciones tecnológicas requeridas por los Centros de formación seleccionados para la modernización de los talleres didácticos de procesamiento y sus correspondientes laboratorios de control de calidad de alimentos. Esta entrega debe hacerse a cargo del contratista en la sede de cada uno de los centros de formación previstos.*
- Efectuar el montaje instalación, prueba y perfecto funcionamiento de la totalidad de los equipos requeridos por los talleres didácticos de procesamiento y sus correspondientes laboratorios de control de calidad de alimentos, en cada uno de los centros de formación seleccionados con sus correspondientes accesorio y redes debidamente aisladas (electricidad, agua, vapor, agua fría y caliente).*
- Elaborar y entregar al SENA los diseños técnicos, arquitectónicos y ambientales (manejo de residuos sólidos, aguas residuales, etc) de los talleres de agroindustria previstos para cada uno de los Centros Seleccionados, acorde con las condiciones de infraestructura, clima, seguridad industrial, operación y funcionamiento de equipos.*

¹⁷ Ibid.

¹⁸ fol. 115-170 c2

¹⁹ fol. 31-114 c2

- *Adelantar las acciones requeridas ante las autoridades competentes, conducentes al estudio y aprobación de las licencias ambientales y de adecuación, construcción.*
- *Capacitar a los docentes del SENA en el manejo, operación, funcionamiento y mantenimiento de los equipos y elementos previstos para la modernización y dotación de Talleres didácticos de procesamiento agroindustrial y sus correspondientes laboratorios de control de calidad de alimentos.*
- *Entregar a cada uno de los Centros seleccionados, los catálogos, cartillas, manuales, programas de computador especializados y demás materiales técnico científico requerido para el desarrollo de la acción formadora del SEN a nivel de los talleres didácticos y sus correspondientes laboratorios.*

Para el cumplimiento de los objetivos y alcances del proyecto, los proponentes deben entregar soluciones tecnológicas integrales orientadas al desarrollo de actividades de: formación profesional, a la obtención de productos y sub-productos agroindustriales, transferencia de tecnología, desarrollo de proyectos de investigación aplicada, a la implementación de sistemas de control de calidad de alimentos, y adecuado manejo y conservación.

1.5.2. *Dotación de laboratorios de ciencias básicas.*

Para el cumplimiento de los objetivos del proyecto de dotación de laboratorios de ciencias básicas a los centros agropecuarios, el proponente debe dar cumplimiento a los compromisos que se relacionan seguidamente indispensables para el logro de las metas propuestas:

- *Capacitar a docentes del SENA en el manejo, operación, funcionamiento y mantenimiento de los equipos y elementos previstos para la dotación laboratorios de ciencias básicas.*
- *Entregar los equipos y elementos didácticos requeridos para la dotación de los Laboratorios de Ciencias Básicas. Esta entrega debe hacerse a cargo del contratista en la sede de cada uno de los centros de formación previstos.*
- *Adecuar las áreas destinadas a los Laboratorios de Ciencias Básicas y efectuar el montaje, instalación, prueba y funcionamiento de la totalidad de los equipos y elementos didácticos requeridos por cada uno de los laboratorios, con sus correspondientes accesorio y redes de servicio debidamente aisladas (electricidad, agua, etc).*
- *Entregar a cada uno de los Centros seleccionados, los catálogos, cartillas, manuales, y además materiales técnico científico requeridos para el desarrollo de acciones de formación a partir de los laboratorios de ciencias básicas.”*

El 08 de agosto de 2002 el Gerente General de FONADE adjudicó el programa de “*Modernización Tecnológica sector primario agroindustria de alimentos, laboratorios de control de calidad en alimentos, laboratorio de biotecnología vegetal y talleres lácteos, cárnicos y fruver*” a la firma AROTEC COLOMBIA SA.²⁰

El 20 de agosto de 2002 se suscribió el Contrato No. 2022027 entre FONADE y AROTEC COLOMBIANA SA, el cual tuvo como objeto²¹:

“PRIMERA-OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete a adelantar para el SENA la Modernización e Innovación de las Tecnologías de los Centros de Formación del

²⁰ fol. 115-170 c2.

²¹ fol. 180-192 c2.

SENA en el área de agroindustria, talleres didácticos de lácteos, cárnicos y fruver, laboratorio de biotecnología vegetal y control de calidad de alimentos requeridos para la modernización y calificación de la formación de nuevo talento como contribución al mejoramiento de los procesos de innovación, desarrollo tecnológico y competitividad del sector agropecuario y agroindustrial.

Para el cumplimiento de los objetivos de modernización de los centros en el área de agroindustria, el contratista dará cumplimiento a los compromisos que se relacionan a continuación, como premisa para el logro de las metas propuestas:

1. *Transferencia de Tecnología:*

Transferir tecnología y evidenciar en el país de Chile, con los instructores del SENA, Procesos agroindustriales de: Transformación, selección, clasificación, manejo de frío, atmósferas controladas, conservación, maduración, fermentación, etiquetación, empaque, transporte, sistemas de control de calidad de alimentos, comercialización de productos y otros propuestos por el contratista que guarden relación con el propósito del proyecto.

Capacitar a los instructores del SENA en la formulación y ejecución de proyectos de investigación aplicada, orientados a la Innovación y obtención de nuevos productos y servicios, mejoramiento de procesos y productos, sistemas de aseguramiento de la calidad agroindustriales, uso y aprovechamiento de los subproductos.

Aportar y ofrecer un soporte tecnológico durante la ejecución del contrato en la aplicación, capacitación, manejo y uso de programas especializados y orientados a la producción agroindustrial y sistemas de control de calidad de alimentos.

2. *Soluciones Tecnológicas*

Entregar las soluciones tecnológicas requeridas por los Centros de formación del SENA, seleccionados para la modernización de los talleres didácticos de procesamiento, plantas piloto, tecnológicamente modernos y funcionalmente completos en número de: Dos (2) talleres de Lácteos, Dos (2) Talleres de Cárnicos y Dos (2) Talleres de Fruver, nueve (9) Laboratorios de control de calidad para soporte y desarrollo de la industria alimentaria y Un (1) Laboratorio de biotecnología vegetal para el apoyo a la regional Boyacá. Descritos en el numeral 3.3. de los términos de referencia y de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista. Esta entrega debe hacerse a cargo del contratista en la sede de cada uno de los centros de formación previstos.

3. *Diseños y Licencias Previas*

Elaborar y entregar al SENA los diseños técnicos, arquitectónicos y ambientales, con todas las consideraciones necesarias para el manejo de residuos sólidos, aguas residuales, y demás elementos que el contratista estime importante para los talleres y laboratorios de agroindustria previstos para cada uno de los Centros Seleccionados, acorde a las condiciones de infraestructura, clima, seguridad industrial, operación y funcionamiento de los equipos. En los centros de: Ubaté, El Porvenir en Córdoba y CAISA en Norte de Santander. Ajustados a las normas y códigos colombianos.

Adelantar; por parte del contratista, en coordinación con el SENA, las acciones requeridas ante las autoridades competentes, conducentes al estudio y aprobación de las licencias ambientales y de funcionamiento y los diseños de adecuación y construcción en aquellos centros donde se ha determinado ya el espacio físico.

4. *Entrega en funcionamiento*

Realizar a satisfacción para el SENA, el montaje, instalación, prueba y puesta en funcionamiento de la totalidad de los equipos requeridos en los seis (6) talleres didácticos de procesamiento de alimentos en lácteos, cárnicos y fruver, los nueve (9) laboratorios de control de calidad de alimentos y el (1) laboratorio de biotecnología vegetal, en cada uno de los centros de formación seleccionados, con sus correspondientes accesorios y redes (electricidad, gas, aire, vapor, agua fría y caliente) debidamente instaladas, revestidas y protegidas acordes con las normas y códigos vigentes de seguridad y funcionamiento en taller, laboratorio e industria.

5. Capacitación en sitio

Determinar un programa de capacitación a instructores del SENA en el manejo, operación, funcionamiento y mantenimiento de los equipos y elementos previstos para la modernización y dotación de Talleres didácticos de procesamiento agroindustrial y sus correspondientes laboratorios de control de alimentos.

Entregar a cada uno de los Centros seleccionados, los catálogos, cartillas, manuales, programas de computador especializados y demás materiales técnico científico requerido para el desarrollo de la acción formadora del SENA en el ámbito de los talleres didácticos y correspondientes laboratorios de control de calidad.

Todo lo anterior de acuerdo con los términos de referencia y la propuesta presentada.”

El valor del Contrato 2022027 FONADE - AROTEC COLOMBIANA SA fue estipulado en la cláusula segunda²², así:

*“SEGUNDA – VALOR: El valor del contrato es de SIETE MIL SESICIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL SETECIENTOS TREINTA PESOS MCTE (\$7.699.131.730.00), este valor incluye la totalidad de los impuestos y gastos en lo que incurra el contratista para el adecuado desarrollo del objeto contractual, tales como: Tres po mil (3*1.000), e impuestos varios. (...)”*

La forma de pago²³:

“CUARTA-FORMA DE PAGO: FONADE cancelará al CONTRATISTA la suma de que trata la cláusula anterior, así: a) Un anticipo del 50% del valor del contrato, una vez sean aprobadas las garantías por parte de la Asesoría Jurídica de FONADE. b) Un 10% como pago anticipado, dentro de los primeros quince (15) días de ejecución del contrato. c) Un 20% contra presentación de los documentos de embarque entregados a FONADE y dictada la transferencia tecnológica en el extranjero en fábrica, tratándose de adquisición de tecnologías de origen nacional, a la presentación de órdenes de compra o certificaciones de manufactura y aprobados los diseños. d) Un 10% contra montaje e instalación y capacitación en sitio en un 50%, previo informe de actividades avalado por el interventor. e) Un 10% a contra acta de finalización de actividades recibidos los bienes, servicios y capacitación del 100% a satisfacción por parte del interventor del contrato.

Sobre el plazo²⁴:

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

“QUINTA – PLAZO: El presente contrato deberá ejecutarse en un término de doce (12) meses contados a partir de la aprobación de la póliza de seguros por parte de al Asesoría Jurídica de FONADE.”

La ejecución del contrato inició el 23 de septiembre de 2002, según certificado expedido por el Gerente de la Asesoría Jurídica de FONADE. (fo. 74 c13).

El Contrato No. 2022027 de 2002, tuvo las siguientes modificaciones y prórrogas:

- **Modificación No. 1²⁵:**

El Contrato 2022027 FONADE - AROTEC COLOMBIANA SA fue modificado el 21 de enero de 2003, en razón a lo siguiente:

“b) que el Gerente del Convenio en memorando interno del 9 de diciembre del 2002 solicita se modifique y aclare el contrato 2022027 con la firma AROTEC COLOMBIANA SA en la cláusula sexta “obligaciones del contratista” en el sentido que de acuerdo a los términos de referencia el contratista debe diseñar los talleres de carnes (pescado) y lácteos, del centro agropecuario de Buga; la cláusula cuarta en la forma de pago. c) que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes proceden a la suscripción de la presente modificación, al contrato 2022027, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA: Modificar la cláusula cuarta la cual quedará así: CLÁUSULA CUARTA - FORMA DE PAGO: FONADE cancelará al CONTRATISTA la suma de que trata la cláusula anterior, así: a) un anticipo del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, una vez sean aprobadas las garantías por parte de la asesoría jurídica de FONADE, b) un diez por ciento (10%) como pago anticipado con la presentación de los documentos soporte de reeembolso por gastos del contrato en la importación suministro de equipamiento, c) un veinte por ciento (20%) contra presentación de los documentos de embarque entregados a FONADE y dictada la transferencia tecnológica en el extranjero en fábrica, tratándose de adquisición de tecnologías de origen nacional, a la presentación de órdenes de compra o certificaciones de manufactura y aprobados los diseños, d) un diez por ciento (10%) contra montaje e instalación y capacitación en sitio en un 50% previo informe de actividades avalado por el interventor del contrato. SEGUNDA: Modificar el numeral 3 de la cláusula sexta el cual quedará así OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA debe presentar los diseños para los cuatro centros, Córdoba, Ubaté, Norte de Santander y los talleres de carnes (pescados) y lácteos del centro Buga conforme a las normas y especificaciones que permitan el funcionamiento de los talleres o plantas piloto ofertados y de acuerdo a la recomendación del comité evaluador de: 350 metros cuadrados para FRUVER, 300 Metros cuadrados para LÁCTEOS y 300 Metros cuadrados para CÁRNICOS.

Los diseños del Centro de SANTANDER ya fueron adelantados y aprobados por tal motivo la interventoría y el SENA determinarán el valor de estos de acuerdo a las aclaraciones del contratista y lo acordarán en el acta de inicio en equipo necesario para este centro. TERCERA-GARANTÍA: EL CONTRATISTA deberá comunicar a la compañía de seguros la presente modificación. CUARTA – PERFECCIONAMIENTO: La presente modificación se perfecciona con la firma de las partes. QUINTA – VALIDEZ DE LAS DEMÁS ESTIPULACIONES: Las demás estipulaciones contenidas en el contrato No. 2022027, seguirán vigentes siempre que no contravengan lo establecido en la presente modificación.”

²⁵ fol. 193-195 c.2

- **Adición No. 1²⁶:**

El 15 de mayo de 2003 se realizó la adición No. 1 al Contrato 2022027 FONADE - AROTEC COLOMBIANA SA, el cual tuvo como fundamento lo siguiente:

“b) que la Directora Administrativa y Financiera del SENA en comunicación del 30 de abril del 2003, solicita ampliar el plazo del contrato 2022027 teniendo en cuenta que la Dirección de Formación Profesional del SENA, se encuentra en proceso de revisión del proyecto agroindustrial que tiene cobertura nacional y es ese estado (sic) la División del Sector Primario y Extractivo del SENA ha solicitado ampliar el plazo del contrato celebrado por FONADE con AROTEC en un tiempo no inferior a 8 meses contados a partir de sus respectivo (sic) vencimiento, ya que el plazo del contrato actualmente se estaría cumpliendo el 23 de septiembre y sería inferior al plazo propuesto por la instancia técnica y necesario para la ejecución del proyecto. c) que la Gerente de la Unidad Técnica, el Gerente del Convenio y el Subgerente Comercial de FONADE en memorando interno del 8 de mayo del 2003 solicita adicionar el contrato hasta el 15 de diciembre del 2003, d) que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes proceden a la suscripción de la presente adición, al contrato 2022027, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA: Adicionar el plazo del contrato 2022027 hasta el 15 de diciembre del 2003. PARÁGRAFO: La presente adición en plazo, no da lugar a adición en dinero. SEGUNDA – GARANTÍA: El CONTRATISTA deberá comunicar a la compañía de seguros la presente adición. (...)”

- **Adición No. 2²⁷:**

Copia de la Adición No. 2 al Contrato 2022027, suscrita el 12 de diciembre de 2003, con base en las siguientes consideraciones: (fol. 61-63 c7).

“b) Que el Gerente General de AROTEC en comunicación del 4 de diciembre del 2003, solicitar prorrogar hasta el 15 de noviembre de 2004 el contrato 202207, teniendo en cuenta las decisiones tomadas por el SENA y el contratista sobre las instalaciones diseños y reubicaciones de los talleres y laboratorios objeto del presente contrato, ya que a la fecha, salvo el de Santander, están siendo revisados por la interventoría Velnec y el SENA para ser debidamente aprobados y entregados a FONADE, para adelantar la convocatoria adjudicación y construcción estimada en aproximadamente 10 meses; el contratista aporta, cronograma de adecuaciones, entregas, instalación capacitación para todos los Centros contratados que culminará el 15 de noviembre del 2003, y en valor de acuerdo con las consideraciones de la interventoría del contrato mediante comunicación del 15 de diciembre del 2003; c) que la Gerente de la Unidad Técnica, el Gerente del Convenio y el Subgerente Comercial de FONADE en memorando interno del 12 de diciembre del 2003 solicita adicionar el contrato hasta el 15 de noviembre del 2004, d) que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes precedente a la suscripción de la presente adición, al contrato 2022027, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA: Adicionar el plazo del contrato 2022027 hasta el 15 de noviembre del 2004. PARÁGRAFO: La presente adición en plazo, no da lugar a adición en dinero. (...)”

²⁶ fol. 196-197 c2

²⁷ fol. 61-63 c7

- **Adición No. 3²⁸:**

El 11 de noviembre de 2004 se realizó la adición denominada “No. 3 al Contrato 2022027 FONADE - AROTEC COLOMBIANA SA”, el cual tuvo como fundamento lo siguiente:

“a) que la Gerente de la Unidad, el Gerente del Convenio, y el Subgerente Técnico de FONADE en memorando interno del 11 de noviembre de 2004 solicitan adicionar el contrato hasta el 15 de junio de 2005, teniendo en cuenta que: 1) las obras de los centros del SENA donde se instalarán los laboratorios de control de calidad y los talleres de agroindustria están en proceso de contratación, ajustes de diseño y definición de alcances de obra; 2) que el contrato dentro de su objeto contempla la entrega de los equipos en funcionamiento; b) que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes proceden a las suscripción de la presente adición, al contrato 2022027, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA: Adicionar el plazo del contrato 2022027 hasta el 15 de junio del 2005. PARÁGRAFO: El Contratista manifiesta que la presente ampliación del plazo no genera pagos adicionales a los pactados en el contrato inicial. SEGUNDA – GARANTÍA: El CONTRATISTA deberá comunicar a la compañía de seguros la presente adición.”

- **Modificación y prórroga²⁹:**

El 13 de junio de 2005 se suscribió la modificación y prórroga al Contrato No. 2022027, con base en las siguientes consideraciones:

“a) Que AROTEC mediante comunicación enviada a FONADE, solicita a FONADE modificar la forma de pago de la adición del contrato 2022027 teniendo en cuenta que la realización de los pagos se realice contra entrega, instalación y recepción de los Centros, además de la capacitación en los mismos; b) Que el gerente del Convenio, el Supervisor del Contrato y el Subgerente Técnico de FONADE, aceptan la solicitud realizada pro AROTEC, teniendo en cuenta la justificación de la misma y solicitan a la Asesoría Jurídica de FONADE, la presente modificación; y que además se prorrogue el término del contrato, el cual vence el próximo quince (15) de Junio de 2005, toda vez que la infraestructura física de los laboratorios de agroindustria se encuentra en proceso de terminación de acabados por parte del SENA; c) que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes proceden a la suscripción de la presente modificación y prórroga, al contrato 2022027, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA – MODIFICACIÓN: Modificar la forma de pago establecida en la cláusula 2 de la adición 2, del treinta por ciento (30%) restante del valor total del contrato así: 1) El veinticinco por ciento (25%) de valor total de cada Centro, según el valor presentado en la oferta del contrato una vez el contratista haya cumplido la totalidad de las obligaciones pactadas para cada Centro, incluyendo montaje, capacitación informes de actas de recibo a satisfacción de la Interventoría; 2) y un cinco por ciento (5%) del valor total del contrato a la liquidación del mismo. PARÁGRAFO PRIMERO: La presente modificación estará condicionada a que el contratista entregue la totalidad de los documentos que certifiquen la importación de los equipos objeto del contrato para cada Centro y el certificado en el cual conste haber dictado transferencia tecnológica, tal y como se acordó en la adición No. 2. PARÁGRAFO SEGUNDO: El Contratista manifiesta que la presente modificación no genera pagos adicionales a los pactados en el contrato inicial. SEGUNDA – PRÓRROGA: Prorrogar el contrato hasta el próximo 30 de Octubre de 2005.

²⁸ fol. 198-199 c2

²⁹ fol. 200-201 c2

TERCERA – GARANTÍA: El CONTRATISTA deberá comunicara (sic) la compañía de seguros la presente modificación. (...)

- **Prórroga al contrato³⁰:**

El 26 de octubre de 2005 se suscribió una nueva prórroga al Contrato No. 2022027, con base en las siguientes consideraciones:

“b) Que el Subgerente Técnico de FONADE, el Gerente del Convenio, el supervisor del Convenio y la Gerente de Unidad mediante memorando interno solicitan a la Asesoría Jurídica de FONADE que se realice la prórroga del contrato hasta el veintiocho (28) de Febrero de 2006 con el fin de recibir los equipos y seguir cumpliendo con las demás obligaciones del contrato. c) Que teniendo en cuenta lo anterior, las partes que conforman el presente contrato proceden a suscribir la presente prórroga, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA – PRORROGA: Prorrogar el contrato hasta el próximo veintiocho (28) de Febrero de 2006. PARÁGRAFO: La presente no genera adición de recursos al contrato.”

9.1. De la presunta acta de liquidación del contrato elaborada por FONADE y el régimen jurídico contractual de FONADE:

En la demanda principal presentada por FONADE, y en la demanda de reconvencción, se hizo referencia a una presunta acta de liquidación del contrato 2022027 realizada unilateralmente por FONADE.

Tan es así, que en la pretensión quinta de la demanda principal se consignó:

“QUINTO: Que se declare que la liquidación del referido contrato de Consultoría No. 2022027 celebrado el día 20 de agosto de 2002, se ajusta al Acta de Liquidación elaborada por FONADE.”

Así mismo, AROTEC argumentó en la contestación de la demanda que FONADE liquidó unilateralmente el contrato y nunca dio a conocer tal acto a la sociedad AROTEC, el cual era susceptible de recurso de reposición, presuntamente violando el debido proceso del Contratista.

De igual manera, AROTEC solicitó en los alegatos de conclusión presentados el 18 de diciembre de 2018 que se declarara la nulidad del acto administrativo “Acta de Liquidación” mediante la cual “EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE liquidó unilateralmente el contrato No. 2022027 suscrito por las partes”.

Frente lo anterior, la Sala encuentra que la presunta acta de liquidación unilateral a la que se refieren las partes, es un proyecto de liquidación bilateral del contrato No.2022027 visible de folios 239 a 243 del cuaderno 2, elaborado por FONADE, el cual no contiene firma, aceptación o suscripción del representante legal de AROTEC, y en el que se había consignado que AROTEC debía a FONADE la suma

³⁰ fol. 202-203 c2

de \$2.354.252.545,30 correspondiente al valor girado por FONADE y no ejecutado por contratista; y de \$769.913.173 por concepto de cláusula penal pecuniaria.

En esa secuencia, en el sub-exámene no existe un acto mediante el cual se hubiera liquidado bilateral o unilateralmente el contrato, respecto del cual la Sala deba hacer algún tipo de pronunciamiento.

Ahora, en el expediente precisamente no existe un acto de liquidación unilateral del contrato 2022027 en razón a que FONADE no estaba facultada para ejercer esa prerrogativa establecida en la Ley 80 de 1993, por lo siguiente.

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto 3068 de 1968³¹, FONADE es un Establecimiento Público denominado Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo (FONADE), adscrito al Departamento Nacional de Planeación, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; y en virtud del artículo 1º del Decreto 2168 de 1992, se reestructuró en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, que tiene como objeto, según el artículo 2º del Decreto 288 de 2004, ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas.

Por su parte, el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, previo a la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, establecía:

*“PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros **y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.**”*
(Subrayas y negrillas de la Sala).

Así mismo el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, establece que el régimen jurídico de los actos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad, será el de derecho privado.

“ARTICULO 93. REGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.”

³¹ Artículo 1º Créase un Establecimiento Público denominado Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo (FONADE), adscrito al Departamento Nacional de Planeación, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que tendrá como función el financiar total o parcialmente a entidades de Derecho Público o Privado, los siguientes estudios:

(...)

Ahora, si bien el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, había establecido que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo- FONADE, se regiría por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen, no debe pasarse por alto que el contrato No. 2022027 fue suscrito en el año 2002 y terminó su ejecución en febrero de 2006, esto es, cuando no había entrado en vigencia la Ley 1150 de 2007.

Así las cosas, con independencia de las pretensiones y menciones consignadas por las partes en cuanto a la nulidad de un presunto acto de liquidación unilateral elaborado por FONADE, la Sala no realizará ningún pronunciamiento sobre la legalidad de ese supuesto acto, en primer lugar, porque no hay prueba de su existencia en el proceso, sino únicamente de un proyecto de liquidación bilateral que no está suscrito por el representante legal de la Contratista, y segundo, porque al no haber sido aplicable el Estatuto de Contratación Pública consagrado en la Ley 80 de 1993, FONADE no estaba facultada para liquidar unilateralmente el contrato No. 2022027.

9.2. De la planeación contractual y las pretensiones de desequilibrio económico del contrato.

9.2.1. Del principio de planeación.

El deber de planeación, es la manifestación del principio de economía, el cual **tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar**; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.

Esta regla resulta concordante con el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias

de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30).

Sobre este principio el Consejo de Estado en sentencia de 31 de enero de 2011, sostuvo:

“(…)

1. De la obligatoriedad de cumplir los demás principios de la contratación estatal.

*Adicionalmente, también se **impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual.** En consecuencia, **el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación** que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración³².*

Al respecto, esta Sala en sentencia del primero de diciembre de 2008³³, explicó que:

“Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso públicos, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa.

(…)

El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado”.

En cuanto a sus fines, el principio de planeación, persigue establecer la duración del objeto contractual, pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de

³² “Este principio, entonces, tiene importantes implicaciones desde mucho antes de la convocatoria a proponer, pues en esta etapa preliminar resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato ,que se pretenda celebrar”. Ibidem. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

³³ Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia del primero de diciembre de 2008; Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603)

la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.

Y es que la definición de la duración del objeto contractual, y ya considerando el asunto desde el punto de vista del valor, permite fijar el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta, entre otras variables, la fluctuación de precios para que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual y de esta manera ajustarse a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.

Sin embargo, y de vital importancia para el análisis del caso concreto en el sub-exámine, es que el principio de planeación no atañe únicamente a las entidades estatales, **sino que su cumplimiento se extiende a los particulares que celebren y ejecuten contratos con la Administración, para que pongan de presente a la entidad no solo las deficiencias de la planificación, sino también para que se abstengan de participar en la celebración de contratos en los que se evidencia que por fallas en la planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse.** Al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 27 de enero de 2016, radicado 54415 con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, consideró:

*“Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, señala que los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que³⁴ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” **y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato³⁵.”** (Subrayas y negrillas de la Sala).*

9.2.2. Del desequilibrio económico del contrato:

Esta figura de protección al patrimonio de las partes que intervienen en el negocio jurídico, encuentra fundamento en la conmutatividad de los contratos o equivalencia que puede establecerse entre las prestaciones recíprocas que asumen las partes, pero todo ello referido al momento y en el contexto integrado por las circunstancias

³⁴ El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

³⁵ En este entendido, no podrán pretender los contratistas, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.

que constituyeron el marco dentro del cual las partes llegaron al acuerdo que determinó la celebración misma del correspondiente contrato, por manera que si durante su ejecución y por variación de tales prestaciones, circunstancias o condiciones, para una de dichas partes la ejecución del vínculo le representa la asunción de prestaciones o de cargas significativamente mayores o adicionales en relación con las originalmente convenidas, será menester restablecerse el equilibrio financiero que se ha visto afectado.

Ahora, como se precisó en el acápite anterior, los contratos celebrados por FONADE se encuentran sujetos al derecho privado – civil y comercial -, por lo que entonces, las normas del Estatuto de Contratación Pública que disponen la obligación de restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato serían aplicables en el presente caso. En igual sentido el Consejo de Estado ha establecido:

“9.1 En ese orden de ideas, los artículos de la Ley 80 de 1993 que inequívocamente consagran la obligación de restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato no son aplicables al asunto sub iudice y, por lo tanto, la fundamentación de la sentencia impugnada en los artículos 4 (numeral 9), 5 (numeral 1) y 27 de la Ley 80 no guarda correspondencia con la legalidad. Si bien es cierto que en el contrato y en la adición se hace referencia a la Ley 80, sólo se la invoca para efectos de las facultades extraordinarias de “terminación, modificación e interpretación unilaterales estipulados en los artículos 15, 16, 17”⁴ y en el asunto sub iudice tales facultades no fueron ejercidas, en tanto que la adición que se hizo del objeto del contrato tuvo como fuente el acuerdo alcanzado por las partes sobre el particular y no las normas referidas. “ Consejo de Estado, sentencia del 26 de julio de 2012, radicado interno 22756, MP Danilo Rojas Betancourth)

En ese orden, en el sub-exámene no habría lugar al estudio del desequilibrio económico del contrato con base en las normas de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, toda vez que la sociedad demandante en reconvención, AROTEC, no argumentó sus pretensiones de desequilibrio económico y financiero del contrato en normas de la Ley 80 de 1993, sino en situaciones fácticas acontecidas durante la ejecución del Contrato 2022027, la Sala analizará la figura del desequilibrio desde otras fuentes de derecho que no se remitan únicamente a los dispuesto en el Estatuto de Contratación Pública, sino a normas de carácter civil y comercial.

En esa secuencia, se tiene que el artículo 868 del Código de Comercio establece:

“ARTÍCULO 868. <REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS>. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”
(Subrayas y negrillas de la Sala).

Sobre el alcance de la norma *supra*, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en Sentencia del 21 de febrero de 2012, expediente 2006-00537, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, expuso:

*“... la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (laesio superveniens) por circunstancias posteriores, (distantia temporis) después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (qui habent tractum successivum) ... Las circunstancias sobrevenidas al contrato, **a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional” (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular** (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475). **Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable.***

Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida. La ajenidad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente.

(...)

*... Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre “la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”, **esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles** ... La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente ad futurum. Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, **y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación**, ni encarna elemento extraño o causa*

de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, **la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato**, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.”

Y sobre las circunstancias de revisión del contrato por parte del juez y la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 28 de septiembre de 2011, expediente interno 15476 con MP Ruth Stella Correa, estableció:

“En el caso concreto, la controversia que se suscita con ocasión al citado contrato de comercialización, ya se señaló, se dirime por las reglas del derecho privado y por tal motivo los principios, los efectos, la interpretación, los modos de extinguirse, anularse o rescindirse, son los previstos en las normas civiles y mercantiles, de acuerdo con las cuales rige, en forma estricta, el axioma de que el contrato es ley para las partes (art. 1602 C.C.), de manera que en cuanto a sus efectos debe estarse a lo pactado en el acuerdo, lo que excluye, la aplicación de las normas de la contratación estatal sobre las cuales se ha desarrollado la teoría del equilibrio económico del contrato. No obstante, una de las excepciones en las que se puede aplicar el principio rebus sic stantibus en el derecho privado, como se anotó, es la denominada teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio ... la teoría de la imprevisión procede cuando la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato.”

En ese orden, las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contratante, pueden derivarse de (i) hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, (ii) de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o (iii) de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.³⁶

Se enfatiza, en que para la procedencia de la imprevisión como constitutiva del desequilibrio económico del contrato, las circunstancias que dan lugar a su configuración, deben ser sobrevinientes, extraordinarias e imprevisibles a su celebración.

Ahora, resulta pertinente advertir que como lo ha desarrollado la Jurisprudencia del Consejo de Estado³⁷, *“si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a*

³⁶ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 88001-23-31-000-2011-00021-01(54415).

³⁷ Ibid.

*acuerdos tales como suspensiones, **adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades** por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.”(Subrayas y negrillas de la Sala).*

Y concluyó el Consejo de Estado³⁸ que para la procedencia del restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.
2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.
3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.
- 4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.
5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta.

En el sub-judice, se tiene que el 15 de mayo de 2003 se realizó la adición No. 1³⁹ al Contrato 2022027 FONADE-AROTEC COLOMBIANA SA, la cual tuvo como fundamento lo siguiente:

“b) que la Directora Administrativa y Financiera del SENA en comunicación del 30 de abril del 2003, solicita ampliar el plazo del contrato 2022027 teniendo en cuenta que la Dirección de Formación Profesional del SENA, se encuentra en proceso de revisión del proyecto agroindustrial que tiene cobertura nacional y es ese estado (sic) la División del Sector Primario y Extractivo del SENA ha solicitado ampliar el plazo del contrato celebrado por FONADE con AROTEC en un tiempo no inferior a 8 meses contados a partir de sus respectivo (sic) vencimiento, ya que el plazo del contrato actualmente se estaría cumpliendo el 23 de septiembre y sería inferior al plazo propuesto por la instancia técnica y necesario para la ejecución del proyecto. c) que la Gerente de la Unidad Técnica, el Gerente del Convenio y el Subgerente Comercial de FONADE en memorando interno del 8 de mayo del 2003 solicita adicionar el contrato hasta el 15 de diciembre del 2003, d) que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes proceden a la suscripción de la presente

³⁸ Ibid.

³⁹ fol. 196-197 c2

adición, al contrato 2022027, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA: Adicionar el plazo del contrato 2022027 hasta el 15 de diciembre del 2003. **PARÁGRAFO: La presente adición en plazo, no da lugar a adición en dinero.** SEGUNDA – GARANTÍA: **El CONTRATISTA deberá comunicar a la compañía de seguros la presente adición. (...)** (Subrayas y negrillas de la Sala).

Así mismo, el 12 de diciembre de 2003 se pactó la adición No. 2⁴⁰ al Contrato 2022027, con base en las siguientes consideraciones: (fol. 61-63 c7).

“b) Que el Gerente General de AROTEC en comunicación del 4 de diciembre del 2003, solicitar prorrogar hasta el 15 de noviembre de 2004 el contrato 202207, teniendo en cuenta las decisiones tomadas por el SENA y el contratista sobre las instalaciones diseños y reubicaciones de los talleres y laboratorios objeto del presente contrato, ya que a la fecha, salvo el de Santander, están siendo revisados por la interventoría Velnec y el SENA para ser debidamente aprobados y entregados a FONADE, para adelantar la convocatoria adjudicación y construcción estimada en aproximadamente 10 meses; el contratista aporta, cronograma de adecuaciones, entregas, instalación capacitación para todos los Centros contratados que culminará el 15 de noviembre del 2003, y en valor de acuerdo con las consideraciones de la interventoría del contrato mediante comunicación del 15 de diciembre del 2003; c) que la Gerente de la Unidad Técnica, el Gerente del Convenio y el Subgerente Comercial de FONADE en memorando interno del 12 de diciembre del 2003 solicita adicionar el contrato hasta el 15 de noviembre del 2004, d) que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes procedente a la suscripción de la presente adición, al contrato 2022027, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA: Adicionar el plazo del contrato 2022027 hasta el 15 de noviembre del 2004. **PARÁGRAFO: La presente adición en plazo, no da lugar a adición en dinero.** (...)” (Subrayas y negrillas de la Sala).

También, el 11 de noviembre de 2004 se realizó la adición No. 3⁴¹ al Contrato 2022027 FONADE - AROTEC COLOMBIANA SA, el cual tuvo como fundamento lo siguiente:

“a) que la Gerente de la Unidad, el Gerente del Convenio, y el Subgerente Técnico de FONADE en memorando interno del 11 de noviembre de 2004 solicitan adicionar el contrato hasta el 15 de junio de 2005, teniendo en cuenta que: 1) las obras de los centros del SENA donde se instalarán los laboratorios de control de calidad y los talleres de agroindustria están en proceso de contratación, ajustes de diseño y definición de alcances de obra; 2) que el contrato dentro de su objeto contempla la entrega de los equipos en funcionamiento; b) que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes proceden a las suscripción de la presente adición, al contrato 2022027, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA: Adicionar el plazo del contrato 2022027 hasta el 15 de junio del 2005. **PARÁGRAFO: El Contratista manifiesta que la presente ampliación del plazo no genera pagos adicionales a los pactados en el contrato inicial.** SEGUNDA – GARANTÍA: **El CONTRATISTA deberá comunicar a la compañía de seguros la presente adición.**” (Subrayas y negrillas de la Sala).

De igual manera, el 13 de junio de 2005 se suscribió la modificación y prórroga⁴² al Contrato No. 2022027, con base en las siguientes consideraciones:

⁴⁰ fol. 61-63 c7

⁴¹ fol. 198-199 c2

⁴² fol. 200-201 c2

“a) Que AROTEC mediante comunicación enviada a FONADE, solicita a FONADE modificar la forma de pago de la adición del contrato 2022027 teniendo en cuenta que la realización de los pagos se realice contra entrega, instalación y recepción de los Centros, además de la capacitación en los mismos; b) Que el gerente del Convenio, el Supervisor del Contrato y el Subgerente Técnico de FONADE, aceptan la solicitud realizada pro AROTEC, teniendo en cuenta la justificación de la misma y solicitan a la Asesoría Jurídica de FONADE, la presente modificación; y que además se prorrogue el término del contrato, el cual vence el próximo quince (15) de Junio de 2005, toda vez que la infraestructura física de los laboratorios de agroindustria se encuentra en proceso de terminación de acabados por parte del SENA; c) que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes proceden a la suscripción de la presente modificación y prórroga, al contrato 2022027, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA – MODIFICACIÓN: Modificar la forma de pago establecida en la cláusula 2 de la adición 2, del treinta por ciento (30%) restante del valor total del contrato así: 1) El veinticinco por ciento (25%) de valor total de cada Centro, según el valor presentado en la oferta del contrato una vez el contratista haya cumplido la totalidad de las obligaciones pactadas para cada Centro, incluyendo montaje, capacitación informes de actas de recibo a satisfacción de la Interventoría; 2) y un cinco por ciento (5%) del valor total del contrato a la liquidación del mismo. PARÁGRAFO PRIMERO: La presente modificación estará condicionada a que el contratista entregue la totalidad de los documentos que certifiquen la importación de los equipos objeto del contrato para cada Centro y el certificado en el cual conste haber dictado transferencia tecnológica, tal y como se acordó en la adición No 2. **PARÁGRAFO SEGUNDO: El Contratista manifiesta que la presente modificación no genera pagos adicionales a los pactados en el contrato inicial. SEGUNDA – PRÓRROGA: Prorrogar el contrato hasta el próximo 30 de Octubre de 2005. TERCERA – GARANTÍA: El CONTRATISTA deberá comunicara (sic) la compañía de seguros la presente modificación. (...)**” (Subrayas y negrillas de la Sala).

Y por último, el 26 de octubre de 2005 se suscribió una nueva prórroga⁴³ al Contrato No. 2022027, con base en las siguientes consideraciones:

“b) Que el Subgerente Técnico de FONADE, el Gerente del Convenio, el supervisor del Convenio y la Gerente de Unidad mediante memorando interno solicitan a la Asesoría Jurídica de FONADE que se realice la prórroga del contrato hasta el veintiocho (28) de Febrero de 2006 con el fin de recibir los equipos y seguir cumpliendo con las demás obligaciones del contrato. c) Que teniendo en cuenta lo anterior, las partes que conforman el presente contrato proceden a suscribir la presente prórroga, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA – PRORROGA: Prorrogar el contrato hasta el próximo veintiocho (28) de Febrero de 2006. **PARÁGRAFO: La presente no genera adición de recursos al contrato.**” (Subrayas y negrillas de la Sala).

Visto lo anterior, en primer lugar, la Sala considera que las partes del Contrato No. 2022027 de 2002 FONADE-AROTEC, suscribieron sendas modificaciones y prórrogas con el objetivo de dar cumplimiento a la ejecución del Negocio, pues la finalidad de todo contrato es el cumplimiento de las prestaciones que en él dispusieron las partes contractuales.

⁴³ fol. 202-203 c2

Ahora, por cuestiones metodológicas de esta sentencia, se desarrollará sobre la circunstancia de la oportunidad de las reclamaciones en materia contractual.

El Consejo de Estado ha establecido que para la prosperidad de las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que puedan dar lugar a tal alteración, se debe verificar que el factor de oportunidad no lo haga improcedente.⁴⁴

En esa secuencia, el Consejo de Estado ha establecido que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo **“los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”**

Y sobre la oportunidad para presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación, o por las circunstancias sobrevinientes e imprevistas, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo ha establecido que tales se deben presentar en el momento de realizar las suspensiones, modificaciones, prórrogas o adiciones del plazo contractual:

“Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.”(Consejo de Estado, Sentencia del 27 de enero de 2016, Radicación número: 88001-23-31-000-2011-00021-01(54415) CP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA).

La anterior regla se deriva del principio constitucional y negocial de la buena fe, en virtud del cual, las partes de un contrato están obligadas a *“(...) respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, **en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte**, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”⁴⁵ (Subrayas y negrillas de la Sala).*

Y sobre este tema, concluye el Consejo de Estado lo siguiente:

“En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos

⁴⁴ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 88001-23-31-000-2011-00021-01(54415).

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836, tomado de la Sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 88001-23-31-000-2011-00021-01(54415).

adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.” (Subrayas y negrillas de la Sala). (Ibid).

Esta Sala advierte, que esta postura jurisprudencial ha sido desarrollada por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, tal como se observa en la Sentencia del 23 de junio de 1992 expediente 6032, Sentencia del 22 de noviembre de 2001 expediente 13356, Sentencia del 30 de octubre de 2003 expediente 17213, y la Sentencia del 31 de agosto de 2011 expediente 18080.

Retomando el caso concreto, el contratista AROTEC presentó solicitudes de desequilibrio económico del contrato 2022027 ante FONADE el 12 de octubre de 2005 bajo radicado 200ER27416⁴⁶, y el 28 de febrero de 2006⁴⁷.

En lo relacionado con la solicitud de desequilibrio económico del 12 de octubre de 2005, la Sala advierte que con posterioridad a ella, entre AROTEC y FONADE, el 26 de octubre de 2005 se suscribió la última prórroga del contrato⁴⁸, sin que AROTEC expresara, manifestara o dejara la salvedad de circunstancias dirigidas al reconocimiento del desequilibrio económico del contrato, por el contrario, se pactó expresamente que tal modificación en el plazo no generaría adiciones a los recursos del contrato.

De acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁹ la Sala considera que siempre que se suscribe un contrato adicional (prórroga, modificación o adición), la voluntad de las partes retoma a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio, porque es en ese momento, en el que las partes consignan su voluntad en torno a los aspectos para el cumplimiento del contrato. Ahora, si las condiciones hacen imposible el cumplimiento del contrato, las partes tienen la posibilidad de abstenerse a suscribir las prórrogas. Al respecto el Consejo de Estado ha expuesto:

*“Pues bien, la Sala entiende que el término adicional no pudo causar una mayor permanencia en la obra imputable a la entidad, por varias razones: En primer lugar, porque este lapso fue objeto de un contrato donde las partes expresaron su voluntad sobre las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra, de manera que siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio –como cuando se suscribió el contrato inicial–, porque tanto contratante como contratista **tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio.** (...) (Subrayas y negrillas de la Sala).*

⁴⁶ c. 13 pruebas, acápite comunicaciones de AROTEC a FONADE.

⁴⁷ fol. 93 c7

⁴⁸ fol. 202-203 c2

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648

Por su lado, en cuanto al pacto expreso de la no adición a los recursos del contrato, el Consejo de Estado también ha precisado la subregla, según la cual, es al momento de la suscripción del contrato modificatorio que se presenta la posibilidad de modificar los precios de la ejecución del objeto negocial de acuerdo a los precios del mercado en cada momento.

“Esto significa que es perfectamente posible modificar, de común acuerdo, en los contratos adicionales, los precios unitarios o globales del contrato a celebrar, bien para reducirlos o para incrementarlos, definición que cada parte valorará y seguramente concertará en función de los precios del mercado del momento. Claro está que si desde el negocio inicial el contratista se comprometió en alguna de sus cláusulas a mantener los precios, en caso de que se adicione el contrato, entonces la libertad de pacto se habrá empeñado desde esa ocasión, y a ella se atenderá la parte comprometida. En este mismo sentido ya ha expresado esta Sala que:

“... En este sentido, tampoco es aceptable, como lo afirma el actor, que por tratarse de un contrato adicional los precios unitarios debían ser los mismos del contrato inicial, so pretexto de que este aspecto era inmodificable.

*“Este criterio es equivocado, porque bien pudo el contratista asumir una de estas dos conductas, al momento de celebrar los negocios: **i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems –en otras palabras, debió pedir la revisión del precio-, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica, teniendo en cuenta que estaba vigente un impuesto que gravaba la actividad adicional que pretendía ejecutar.** (Subrayas y negrillas de la Sala).*

Ahora, en lo relacionado con la solicitud de desequilibrio económico del contrato del 28 de febrero de 2006, la Sala advierte que esta se hizo en la fecha en la que el plazo contractual había finalizado, de manera que, tal solicitud tampoco está llamada a prosperar en razón a su improcedencia, pues resulta contrario a la buena fe contractual que las partes suscriban las prórrogas al contrato sin que la parte presuntamente afectada exprese en ellas las réplicas a las situaciones económicas del negocio que ya conocía, y que con posterioridad al fenecimiento del plazo contractual, alegue el desequilibrio financiero del contrato.

En igual sentido, el Consejo de Estado ha precisado:

“Es así como, si acaso se le causó un daño al contratista se trata de una conducta imputable a él, porque suscribió varios negocios jurídicos pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica⁵⁰.

“Por tanto, es inadmisibile que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, en vigencia de leyes que claramente señalaban las condiciones tributarias del momento, solicite una indemnización por hechos imputables a la gestión propia, pues de haber sido precavido no se habrían generado las consecuencias que dice padecer.”

(...)

En estos términos, el actor pudo acordar nuevos precios, pero no lo hizo; y mal puede venir ahora, ante el juez, a pedirle que lo haga mediante una sentencia, cuando debió negociar en su momento este aspecto. Otra cosa sería que se alegara la materialización de la teoría de la imprevisión, por cuya virtud la alteración de las condiciones de un negocio, ya celebrado, por circunstancias posteriores y ajenas a

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 octubre de 2003, Exp. 17.213 (La cita es del texto citado).

las partes, se hace difícil en su ejecución y cumplimiento, rompiendo la igualdad y el equilibrio del negocio. Pero este no es el caso, porque sin duda la suscripción de los dos contratos adicionales -tanto el de valor como el de plazo-, estaba precedido de las circunstancias que verdaderamente lo originaron, y fue sobre esas razones - conocidas por el contratista- que se pactó lo que consta en esos dos documentos. En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero⁵¹.” (Ibid).

Por último, en el sub-judice no se presentan las características de la teoría de la imprevisión, puesto que las circunstancias que dieron lugar a la reclamación judicial del desequilibrio económico, esto es, la extensión en el tiempo de la ejecución del contrato 2022027, era un hecho previsible para el Contratista, en razón a su calidad de profesional en compra, importación e instalación de equipos de tecnología, y como quedó probado en el proceso, porque desde el 12 de octubre de 2005, fecha en la que se hizo la solicitud de desequilibrio económico del contrato, ya tenía conocimiento de tal circunstancia, sin que nada expresara en la prórroga suscrita el 26 de octubre de 2005.

Ahora, respecto al presunto incumplimiento de FONADE para que dé lugar al desequilibrio económico del contrato, la Sala considera que de las primeras modificaciones con prórroga, con excepción de la última, esto es, las del 15 de mayo de 2003, 12 de diciembre de 2003, 11 de noviembre de 2004 y 13 de junio de 2005, no se puede reputar un incumplimiento del Contrato por parte del FONADE, pues precisamente, al haberse realizado las modificaciones y prórrogas, teniendo como la última, la del 26 de octubre de 2005, la intención de las partes era la de superar las cortapisas y escollos que se presentaron durante su ejecución, para que efectivamente se cumplieran las obligaciones estipuladas en el negocio. Refuerza lo anterior que ninguna de las partes hubiera acudido a solicitar la terminación del contrato por incumplimiento de la contraparte, sino que por el contrario, lo que se buscó fue el cumplimiento de las prestaciones.

Así mismo, como se precisó *supra*, no hay lugar a reprochar un incumplimiento de FONADE durante los periodos de tiempo anteriores a cada prórroga, porque con cada una de ellas *“siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio – como cuando se suscribió el contrato inicial-, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio. (...)”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648).

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648

Entonces, solo queda analizar si hubo incumplimiento o no durante la ejecución del Contrato No. 2022027, a partir de la suscripción de la última prórroga, esto es, desde el 26 de octubre de 2005 hasta la culminación del plazo contractual el 28 de febrero de 2006; anticipándose desde ya en esta Providencia, que no hubo incumplimiento por parte de la Entidad Contratante FONADE, cuestión que se explicará en el acápite siguiente.

De otra parte, la Sala no pasa por alto que los alegatos de AROTEC que tenían como objetivo el reconocimiento en sede judicial del desequilibrio económico del contrato, no están plenamente demostrados ni cuantificados, sino que se basan en argumentos generales y abstractos concernientes a que el tiempo total de la ejecución del negocio hizo más oneroso el cumplimiento de las prestaciones para AROTEC.

Por lo tanto, en el presente asunto, no se cumplieron los siguientes requisitos para acceder a las pretensiones de desequilibrio económico del contrato:

- No se realizaron las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.
- Las solicitudes, reclamaciones o salvedades no se realizaron de manera específica y concreta en cuanto a su concepto y valor, por lo que entonces, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta.

En suma, i) al no haberse presentado las solicitudes de desequilibrio económico del Contrato No. 2022027 durante sus modificaciones y prórrogas, y por el contrario, haberse pactado que tales prórrogas no generaban adiciones a los recursos del negocio; ii) no haberse probado de manera específica y concreta en cuanto a su valor las circunstancias de desequilibrio económico; y iii) no haberse configurado un incumplimiento por parte de FONADE durante los periodos de tiempo anteriores a las prórrogas; iv) ni estar ante la presencia de un acto general del Estado (hecho del príncipe), y v) no cumplirse con los requisitos de imprevisibilidad de las circunstancias de la ejecución del contrato, no hay lugar a acceder a la pretensión de desequilibrio económico y financiero planteada por AROTEC en su demanda de reconvención.

9.3. Del incumplimiento contractual:

9.3.1. De la transferencia de tecnología:

En cuanto al punto relacionado con la obligación de AROTEC consistente en realizar la transferencia de tecnología, en los informes de Interventoría de VELNEC, y en los

dictámenes periciales, se concluyó que AROTEC había cumplido con esta obligación.

Lo anterior, en razón a que en el dictamen rendido por el perito Francisco Acevedo Fonseca, se concluyó⁵²:

“Con base en la información contable con sus respectivos soportes, la firma AROTEC S.A, invirtió la suma de \$253.679.974 (anexo 5), en la capacitación impartida a los 6 instructores del SENA.”

Así mismo, en el informe de interventoría del 05 de abril de 2006, realizado por VELNEC, visible a folios 343 a 351 del cuaderno No. 3:

“(…)

• Ampliación del informe presentado por la interventoría, sobre la transferencia de tecnología, en cuanto a la capacitación de los instructores del SENA en Chile:

Mediante nuestra comunicación número 2169.05 GCN (Se adjunta copia) con radicación 2005ER32128 del 18 de noviembre/05, presentamos claramente los antecedentes y el alcance de la transferencia de tecnología sugerida por el SENA, de la cual se dio cumplimiento por parte del contratista, como se puede evidenciar en las actas de dicha transferencia y el informe final, en las que se manifiesta conformidad por parte de los asistentes del SENA. Es de anotar que las inconformidades manifestadas por los funcionarios del SENA, correspondiente, en su momento, a una falta de oportunidad con el giro de los viáticos, situación que obedeció a una falta de coordinación entre el contratista y las directivas del SENA, situación que fue subsanada y aclarada en las diferentes reuniones que se llevaron a cabo en las instalaciones de la Dirección General del SENA, posteriores a la transferencia de tecnología, en las que no se presentaron objeciones o inconformidades por parte de los delegados del SENA.”

9.3.2. De las demás obligaciones del contrato:

En primer lugar, se advierte que la cláusula cuarta del contrato 2022027 de 2002, sin prórrogas establecía⁵³:

“CUARTA-FORMA DE PAGO: FONADE cancelará al CONTRATISTA la suma de que trata la cláusula anterior, así: a) Un anticipo del 50% del valor del contrato, una vez sean aprobadas las garantías por parte de la Asesoría Jurídica de FONADE. b) Un 10% como pago anticipado, dentro de los primeros quince (15) días de ejecución del contrato. c) Un 20% contra presentación de los documentos de embarque entregados a FONADE y dictada la transferencia tecnológica en el extranjero en fábrica, tratándose de adquisición de tecnologías de origen nacional, a la presentación de órdenes de compra o certificaciones de manufactura y aprobados los diseños. d) Un 10% contra montaje e instalación y capacitación en sitio en un 50%, previo informe de actividades avalado por el interventor. e) Un 10% a contra acta de finalización de actividades recibidos los bienes, servicios y capacitación del 100% a satisfacción por parte del interventor del contrato.”

⁵² Fol. 334-351, 368 c. principal, y c11.

⁵³ Fol. 180-192 c2.

Sin embargo, la referida cláusula fue modificada por última vez el 13 de junio de 2005, por las partes, y quedó de la siguiente manera (fol. 200-201 c2):

*“a) Que AROTEC mediante comunicación enviada a FONADE, **solicita a FONADE modificar la forma de pago de la adición del contrato 2022027 teniendo en cuenta que la realización de los pagos se realice contra entrega, instalación y recepción de los Centros, además de la capacitación en los mismos;** (...) PRIMERA – MODIFICACIÓN: Modificar la forma de pago establecida en la cláusula 2 de la adición 2, del treinta por ciento (30%) restante del valor total del contrato así: 1) El veinticinco por ciento (25%) de valor total de cada Centro, según el valor presentado en la oferta del contrato una vez el contratista haya cumplido la totalidad de las obligaciones pactadas para cada Centro, incluyendo montaje, capacitación informes de actas de recibo a satisfacción de la Interventoría; 2) y un cinco por ciento (5%) del valor total del contrato a la liquidación del mismo. PARÁGRAFO PRIMERO: La presente modificación estará condicionada a que el contratista entregue la totalidad de los documentos que certifiquen la importación de los equipos objeto del contrato para cada Centro y el certificado en el cual conste haber dictado transferencia tecnológica, tal y como se acordó en la adición No 2. (...)”*

Los cambios relevantes de las cláusulas sobre forma de pago, entre el contrato original 2022027 y la modificación del 13 de junio de 2005 consistieron en que el pago se realizaría ahora contra entrega de la instalación y recepción de los equipos en los Centros, además de la capacitación en los mismos; y no como se tenía pactado con antelación, que consistía en que el pago del 20% adicional al anticipo del 50% y el pago anticipado del 10%, se realizaría una vez se presentaran los documentos de embarque de los equipos que iban a ser entregados a FONADE.

Entonces, como FONADE ya había desembolsado el 70% del valor del contrato a favor de AROTEC, con la modificación del 13 de junio de 2005, se pactó que el 30% se pagara contra entrega, de la siguiente manera: 25% a la fecha de instalación de los equipos y capacitación en sitio, y un 5% con la liquidación final del contrato.

En ese orden, la Sala advierte que existen errores en los dictámenes periciales, concernientes a que se le causó un perjuicio a AROTEC en razón a que FONADE no le desembolsó ni otorgó liquidez para terminar con la ejecución del contrato. Lo anterior, se itera, porque según la modificación del 13 de junio de 2005 al contrato 2022027, el pago del 30% restante de los recursos del contrato se iba a realizar contra entrega, y no de manera anticipada por parte de FONADE.

Teniendo claro lo anterior, de acuerdo con los dictámenes periciales y las pruebas documentales obrantes en el expediente, se tiene que la fecha de terminación del plazo contractual, 28 de febrero de 2006, fue AROTEC quien había incumplido el contrato, en razón a lo siguiente (c.4):

- En el laboratorio de control de calidad de Duitama faltaba por instalar equipos por la suma de \$88.797.814, quedando pendiente por ejecutar un 19.12%.
- En el laboratorio de control de calidad de Álamos faltaba por instalar equipos por la suma de \$115.450.656, quedando pendiente por ejecutar un 30.78%.

- En el laboratorio de control de calidad de Gaira faltaba por instalar equipos por la suma de \$97.653.856, quedando pendiente por ejecutar un 26.15%.
- En el laboratorio de control de calidad de Zipaquirá faltaba por instalar equipos por la suma de \$70.306.030, quedando pendiente por ejecutar un 19.06%.
- En el laboratorio de control de calidad de Mosquera faltaba por instalar equipos por la suma de \$11.623.301, quedando pendiente por ejecutar un 29.33%.
- En el laboratorio de control de calidad, taller de fruver y taller de cárnicos de Pamplona faltaba por instalar equipos por la suma de \$471.151.365, quedando pendiente por ejecutar un 25.98%.
- En el laboratorio de control de calidad y taller de fruver de Guatiguará (Santander) faltaba por instalar equipos por la suma de \$1.273.552.340, quedando pendiente por ejecutar un 82.53%.
- En el laboratorio de control de calidad y taller de lácteos de Valledupar faltaba por instalar equipos por la suma de \$101.204.351, quedando pendiente por ejecutar un 8.77%.

Ahora, en el expediente, no se demostró por parte de AROTEC, que con posterioridad a la prórroga del plazo pactada en la modificación del 13 de junio de 2005 al contrato 2022027, la no entrega de equipos de tecnología para los talleres de control de calidad, fruver, lácteos y cárnicos en los Centros de Capacitación del SENA, hubiera sido por causa imputable a FONADE o al SENA, puesto que, como quedó establecido en la cláusula modificatoria de la forma de pago, FONADE pagaría a AROTEC el 30% del valor restante del contrato, contra entrega de los equipos y capacitación en sitio por parte de AROTEC.

Así mismo, si bien durante la ejecución del contrato pudieron haberse presentado circunstancias de incumplimientos imputables a FONADE, lo cierto es que en el expediente no está probado que durante la última prórroga, esto es, del 26 de octubre de 2005 al 28 de febrero de 2006, hubiera ocurrido algún hecho del cual se infiriera un incumplimiento imputable a FONADE. Como lo ha considerado el Consejo de Estado, las circunstancias de que algunas de las instalaciones no hubieran estado disponibles para la instalación de los equipos de tecnología, en etapas iniciales del contrato, se superó con cada una de las prórrogas y modificaciones al contrato inicial, con las cuales AROTEC estuvo de acuerdo.

“Dicho con otras palabras, si con la solicitud de un plazo y un valor adicional el actor pretendió ajustarse al cumplimiento de las prestaciones a su cargo – las cuales fueron atendidas por la entidad demandada-, mal puede fundar su pretensión indemnizatoria en dichas situaciones, toda vez que estuvo de acuerdo con ellas en cada prórroga, adición, modificación, suspensión y reinicio suscrita con la entidad contratante.” (Consejo de Estado, sentencia del 27 de enero de 2016, radicado 54415, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Ahora, por el contrario, visto el porcentaje de ejecución del contrato relacionado *supra*, y teniendo en cuenta las siguientes pruebas documentales, se termina por concluir que fue AROTEC, quien incumplió el Contrato No. 2022027 de 2002, a partir de la modificación y prórroga del 13 de junio de 2005, que estipulaba la forma de pago contra entrega, y a partir también de la prórroga del 26 de octubre de 2005, la cual ampliaba el plazo de ejecución del contrato hasta el 28 de febrero de 2006.

En ese orden, se encuentran las siguientes pruebas (las negrillas y subrayas a continuación son de la Sala):

- Copia de la comunicación del 03 de noviembre de 2005 dirigida por AROTEC a FONADE, en que, entre otras, manifestó: **“3. Por lo anterior le comunicamos que las actividades de entrega de equipos que se establecieron en los comités mencionados quedan suspendidas hasta tanto se nos aclare la decisión final de continuar o de terminar el contrato por mutuo acuerdo como lo manifiesta en su comunicado.”** (c. 13 pruebas, acápite comunicaciones de AROTEC a FONADE).
- Copia de la comunicación del 28 de noviembre de 2005 dirigida a FONADE, en la que la Interventora del contrato 2051790, **informa que las actividades de instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias a realizarse por parte de AROTEC en el laboratorio de Álamos se debían haber iniciado desde el 17 de noviembre de acuerdo con la programación de la obra, sin embargo, hasta la fecha no se habían ejecutado.** (fol. 59 c13).
- Oficio 2005EE22963 del 30 de noviembre de 2005, suscrito por la Gerente de Unidad Técnica de FONADE, en el que informó a AROTEC, en relación con el laboratorio de Álamos, que **“De acuerdo al oficio No. ETA – 2042454/04-020-05 enviado por la Interventoría del contrato de la referencia, en el que manifiesta que según la programación de obra se deberán desarrollar las actividades que le corresponden a AROTEC a partir de la semana del 28 de Noviembre de 2005”. Por esta razón, amablemente le solicitamos dar inicio a las obras necesarias para la instalación de los equipos, ya que de lo contrario el retraso de la ejecución de las mismas conllevaría a retrasar también la ejecución de la obra por parte del contratista”**. (fol. 58 c13).
- Comunicación del 16 de febrero de 2006, dirigida al Gerente de Proyecto de FONADE del contrato 2051790 por parte de la Interventoría del contrato de Construcción del taller agroindustrial y adecuación para el laboratorio de control de calidad del SENA en la sede de Álamos de Bogotá D.C.). (fol. 56 c 13):

“En atención al Comité No. 8 efectuado el pasado 3 de febrero quiero informarles las siguientes observaciones realizadas por el Comité de Obra a las actividades ejecutadas por AROTEC en el laboratorio de control de calidad:

La red sanitaria no presenta la pendiente mínima requerida (1.5%) para un adecuado desague de los líquidos que se puedan generar en el laboratorio,

vale la pena aclarar que allí se emplearán los químicos de diversos tipos siendo indispensable que el recorrido de desagüe hasta la cámara de neutralización se realice en el menor tiempo posible para no afectar la tubería sanitaria.

Los elementos de anclaje a la placa de entepiso no son los adecuados, impidiendo un correcto manejo del pendiente y dificultando un posterior proceso de sustitución de tubería en el evento que se requiera debido a alguna avería o mantenimiento.

Los daños causados por AROTEC a la placa de entepiso en el proceso de instalación de las redes hidráulica y sanitaria deberán ser reparados, dejando en cada perforación de placa los resanes requeridos.

El punto cero de cada red está ubicado en la placa de piso, por lo tanto AROTEC deberá hacer las conexiones complementarias para el laboratorio de control de calidad a las construidas hasta ahora.”

- Copia del Acta de reunión del 05 de abril de 2006 entre FONADE y AROTEC, en la que se consignó (fol.308-309 c9):

“Desarrollo:

4. Arotec comunica que sus proveedores le informaron que Fonade quería negociar directamente con ellos y Fonade por su parte aclara que en ningún momento la intención de la entidad era negociar con los proveedores de los equipos sin la presencia de Arotec, ya que se convocó a una reunión el pasado 30-04-2006 a la cual fueron citados Arotec y sus respectivos proveedores con el fin de buscar soluciones que facilitarían la entrega de los equipos a los cuales ya se les realizó alguna inversión anticipada y no se han pagado en su totalidad. Por tal motivo Fonade manifiesta que no se está desconociendo los contratos ya celebrados con los proveedores y Arotec y que en ningún momento se actuará de forma irregular. Toda vez que Fonade no es parte contractual con los proveedores y que la responsabilidad de la entrega de los equipos es de Arotec.

5. El plazo de ejecución del contrato terminó el 28-02-06 y teniendo este precedente se buscará lograr algún acuerdo que permita adquirir la mayor cantidad de equipos.

6. AROTEC

Se compromete a entregar a Fonade el 18-04-06 de acuerdo con los requerimientos efectuados, la justificación y soporte de todos los gastos imputables al anticipo y pagos anticipados entregados a Arotec durante la ejecución del contrato. Esta debe contener de forma específica, el inventario de todos los equipos entregados por regional y a su vez el listado de todas las actividades realizadas por centro que hacían parte de las obligaciones contractuales adquiridas.”

- Y por último, el 26 de octubre de 2005 se suscribió la última prórroga al Contrato No. 2022027, resaltándose en sus consideraciones que el fin de la misma era recibir los equipos (fol. 202-203 c2):

“b) Que el Subgerente Técnico de FONADE, el Gerente del Convenio, el supervisor del Convenio y la Gerente de Unidad mediante memorando interno solicitan a la Asesoría Jurídica de FONADE que se realice la prórroga del contrato hasta el

veintiocho (28) de Febrero de 2006 con el fin de recibir los equipos y seguir cumpliendo con las demás obligaciones del contrato. c) Que teniendo en cuenta lo anterior, las partes que conforman el presente contrato proceden a suscribir la presente prórroga, la cual se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA – PRORROGA: Prorrogar el contrato hasta el próximo veintiocho (28) de Febrero de 2006. PARÁGRAFO: La presente no genera adición de recursos al contrato.”

9.4. De la cláusula penal pecuniaria:

La cláusula décima quinta del Contrato 22020227 FONADE-AROTEC, dispuso⁵⁴:

“DECIMA QUINTA – CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo de **EL CONTRATISTA, FONADE** podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en un monto equivalente al diez (10%) del valor total del contrato, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que **FONADE** pueda solicitar a **EL CONTRATISTA** la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que excedan del valor de la cláusula penal pecuniaria. **PARÁGRAFO: EL CONTRATISTA** autoriza que **FONADE** descuenta de las sumas que le adeude, los valores correspondientes a la cláusula penal pecuniaria.”

Ahora, el valor total del contrato No. 2022027 era de \$7.699.131.730.

Por su parte, según los dictámenes periciales el valor de recursos entregados a AROTEC por parte de FONADE para la ejecución del Contrato 2022027 de 2002, habían ascendido a la suma de \$5.693.278.212.oo.

Ahora, los tres (3) dictámenes periciales practicados concluyeron valores muy cercanos entre sí, correspondientes a inversiones que realizó AROTEC COLOMBIANA SA, en la ejecución del contrato No. 2022027 de 2002.

Entonces, la Sala adoptará la cifra resultante en el dictamen rendido por el perito Francisco Acevedo Fonseca⁵⁵, relativa a la inversión efectuada por AROTEC, ya que fue esa la experticia que también tuvo por objeto cuantificar los perjuicios ocasionados a FONADE con ocasión de la falta de ejecución de la totalidad del contrato 2022027 de 2002. Lo anterior, para resolver la liquidación del contrato con factores concluidos en un mismo dictamen pericial.

En ese orden, se tendría que AROTEC invirtió la suma de \$6.065.922.037 en la ejecución del contrato 2022027, menos el valor por concepto de abogados correspondiente a \$44.564.289 (fol. 620 c11) es igual a \$6.021.357.748; por lo que entonces, el total del valor del contrato \$7.699.131.730 menos lo invertido por AROTEC \$6.021.357.748, arroja un valor no invertido de \$1.677.773.982.

Teniendo en cuenta entonces, que el valor de la penalidad por incumplimiento dispuesta en la cláusula décimo quinta es el 10% del valor total del contrato, pero

⁵⁴ Fol. 180-192 c2.

⁵⁵ Fol. 334-351, 368 c. principal, y c11.

considerando el principio de proporcionalidad que rige las actuaciones administrativas, y que en el sub-exámine el incumplimiento por parte de AROTEC sería por la suma de \$1.677.773.982, el valor por concepto de cláusula penal sería de \$167.777.398, con cargo a AROTEC.

9.5. De los perjuicios causados a FONADE por la terminación del objeto del contrato 2022027:

Según el dictamen presentado por el perito Francisco Acevedo Fonseca, en el cuadro 5 se indica que el valor de las soluciones tecnológicas que AROTEC dejó de realizar dentro del contrato 2022027, y que FONADE tuvo que adjudicar en los Contratos 191160 y 194087, alcanzaron un valor de \$2.246.019.181 a precios corrientes del año 2008, que son equivalentes a la suma de \$1.888.903.151 a precios del año 2005, es decir una vez descontada la inflación.

La cifra de \$1.888.903.151 correspondiente al año 2005, actualizada a febrero de 2006 es equivalente a \$1.911.750.190; de donde:

$RA = \$1.888.903.151 * IPC \text{ FINAL (febrero de 2006) / IPC INICIAL (diciembre de 2005)}$

$RA = \$1.888.903.151 * 59.41/58.70$

$RA = \$1.888.903.151 * 1,01209$

$RA = \$1.911.750.190.$

Entonces, si AROTEC se abstuvo de cumplir el contrato 2022027 en un valor de \$1.633.209.693 a febrero de 2006, el perjuicio causado a FONADE, que se materializó en la suscripción de nuevos contratos que requirió para la ejecución de las obras pendientes en el contrato 2022027, es la diferencia de restar el valor de los contratos 191160 y 194087, menos la parte incumplida o no invertida por AROTEC, esto es, \$1.633.209.693.

De donde, $\$1.911.750.190 - \$1.633.209.693 = \underline{\underline{\$278.540.497.}}$

Se tiene, que el valor de los perjuicios sufridos por FONADE, consistentes en la suscripción de nuevos contratos para la ejecución de lo faltante en el contrato 2022027, fue de \$278.540.497.

9.6. De la liquidación del Contrato 2022027 de 2002 FONADE-AROTEC:

Para la liquidación del contrato se tendrán en cuenta las siguientes variables:

- Valor total del contrato 2022027 = \$7.699.131.730
- Recursos entregados por FONADE a AROTEC= \$5.693.278.212.00
- Recursos ejecutados por AROTEC en el contrato 2022027= \$6.021.357.748.
- Diferencia entre recursos desembolsados a AROTEC con la inversión real de AROTEC= \$328.079.536.

- Cláusula penal a favor de FONADE = \$167.777.398
- Inversión que tuvo que asumir FONADE para concluir las obras= \$278.540.497.

Sobre el valor de la cláusula penal pecuniaria y el valor de los perjuicios causados, la Sala advierte que de la redacción de la cláusula décimo quinta del Contrato 2022027 de 2002, se entiende que si el valor de los perjuicios causados a FONADE, exceden el valor de la cláusula penal pecuniaria, FONADE puede solicitar el exceso.

“DECIMA QUINTA – CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: (...) sin perjuicio de que FONADE pueda solicitar a EL CONTRATISTA la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que excedan del valor de la cláusula penal pecuniaria.”

Entonces, como el valor de los perjuicios causados a FONADE ascendió a la suma de \$278.540.497 para el año 2006, es decir, que es mayor que el valor de la cláusula penal (\$167.777.398), AROTEC debería a FONADE únicamente \$278.540.497.

Ahora, como en la misma cláusula décimo quinta del Contrato 2022027 de 2002 se introdujo la facultad de compensar los valores adeudados con el valor de la cláusula penal, se procederá de esa manera:

“PARÁGRAFO: EL CONTRATISTA autoriza que FONADE descuente de las sumas que le adeude, los valores correspondientes a la cláusula penal pecuniaria.”

Entonces, si AROTEC invirtió \$328.079.536, los cuales no habían sido girados por FONADE para la ejecución del contrato No. 2022027 de 2002, se debe descontar de esa suma, el valor de los perjuicios causados a FONADE por la falta de ejecución del contrato (\$278.540.497), para un resultado de \$49.539.039.

En consecuencia, de la liquidación del Contrato No. 2022027 de 2002, FONADE debe a AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, la suma de \$49.539.039.

Ahora, como el Contrato No. 2022027 de 2002 no se rige por el Estatuto de Contratación Pública, es inaplicable lo dispuesto sobre intereses contemplado en el numeral 8º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

De otro lado, como la liquidación del contrato se efectúa a través de la presente providencia, antes de su expedición no había certeza sobre los valores que adeudada una parte a la otra, por lo que al no haber existido una obligación clara, expresa y exigible, no hay lugar a la causación de intereses, sino que el valor adeudado AROTEC, se actualizará a la fecha de expedición del presente fallo de la siguiente manera:

RA=\$49.539.039* IPC FINAL (agosto de 2020) / IPC INICIAL (febrero de 2006)

RA=\$49.539.039* 104.96/59.41

RA= \$49.539.039* 1,766705941760646

RA= \$87.520.914.

Valor actualizado es equivalente a OCHENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS (\$87.520.914).

9.7. De las obligaciones de la Compañía Aseguradora De Fianzas-CONFIANZA SA.

Obran en el expediente las siguientes pruebas en relación con la Compañía Aseguradora de Fianzas-CONFIANZA SA:

- Carátula de póliza de seguro de cumplimiento 1560392 expedida el 02 de septiembre de 2002, tomada por AROTEC COLOMBIANA SA y asegurado FONADE, con vigencia desde 30 de agosto de 2002 hasta el 30 de diciembre de 2006, en la que se insertó:

“OBJETO:

AMPARAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO NO. 2022027 REFERENTE A LA MODERNIZACIÓN DE LA TECNOLOGÍA DE LOS CENTROS DEL SENA AGROINDUSTRIAL TALLERES DIDACTICOS DE LACTEOS, CARNICOS Y FRUVER LABORATORIO DE BIOTECNOLOGIA VEGETAL Y CONTROL DE CALIDAD DE ALIMENTOS.”

El amparo del anticipo y de cumplimiento tiene vigencia entre el 30 de agosto de 2002 y el 30 de noviembre de 2003. (fol. 204 c2 pruebas).

- Copia del certificado de modificación 1768782 del 01 de noviembre de 2005 a la póliza de seguro expedido por CONFIANZA SA, en la que registra como tomador AROTEC COLOMBIANA SA, y asegurado el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE, con la que se amparó el anticipo y el cumplimiento del contrato desde el 01 de noviembre de 2005 hasta el 31 de mayo de 2006. (fol. 224 c2 pruebas).
- Copia del certificado del contrato de seguro No. 1560392 expedido por CONFIANZA SA, en el que consta que se amparó por parte de AROTEC COLOMBIANA SA a favor de FONADE, la inversión del anticipo y el cumplimiento del contrato No. 2022027 desde el 21 de enero de 2003, y el 30 de agosto de 2002, respectivamente, hasta el 31 de mayo de 2006. (fol. 226-228 c2 pruebas).

Sin embargo, como no se profirió una condena con cargo a AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, no hay lugar a condenar a la ASEGURADORA CONFIANZA SA.

X. CONDENA EN COSTAS

El artículo 171 del CCA⁵⁶ no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso.

Analizado dicho aspecto, la Sala estima que no hay lugar a imponer condena en costas, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, - Subsección "C", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR que la Sociedad AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, incumplió el Contrato No. 2022027 de 2002, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR liquidado judicialmente el Contrato No. 2022027 de 2002 celebrado entre FONADE y AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, en los términos de las consideraciones de esta sentencia, esto es, con un saldo a favor de la Sociedad Contratista AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, de OCHENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS (\$87.520.914).

TERCERO: NEGAR las excepciones propuestas por AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, a la demanda principal.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda principal presentada por el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE, de conformidad con lo expuesto.

QUINTO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las objeciones por error grave presentadas contra los dictámenes periciales rendidos por los Auxiliares de la Justicia Francisco Acevedo Fonseca, Gerardino Vivas y Marco Aurelio Farfán Chaparro, de conformidad con lo expuesto.

⁵⁶ **ARTICULO 171. CONDENACION EN COSTAS.** En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA la objeción por error grave presentada contra el dictamen pericial rendido por el Auxiliar de la Justicia Juan José Rondón Sánchez, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia.

OCTAVO: Sin condena en costas.

NOVENO: DAR CUMPLIMIENTO a lo dispuesto en la sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

DÉCIMO: En caso de no ser apelada la presente providencia, por Secretaría liquidar las costas y entregar el remanente al demandante.

UNDÉCIMO: ARCHIVAR el expediente, previas anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

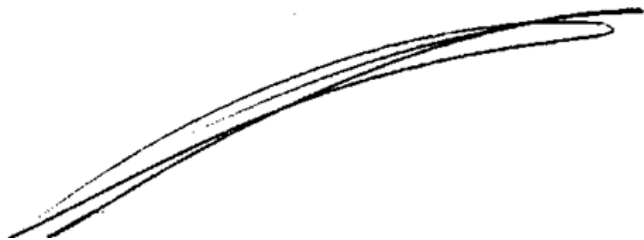
(Aprobado en sesión de la fecha. Sala No. 104)



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

DRD