



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, Diez (10) de Junio de dos mil quince (2015).

Medio de Control : Contractual.
Demandante : ANGELA YAMILE NOGUERA TORRES
Demandado : COLEGIO DE BOYACA
Radicación : 1500133330092014-0143

I. MEDIO DE CONTROL

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control contractual consagrado en el artículo 141 del C.P.A.C.A., interpuesto por la **ANGELA YAMILE NOGUERA TORRES** en contra del Establecimiento Publico Colegio de Boyacá.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Pretende la demandante que se declare el incumplimiento del contrato de servicios No 050 del 2001 por parte del Colegio de Boyacá suscrito con la actora cuyo objeto era la elaboración del Manual de Contratación del citado establecimiento por valor de 12.000.000. Que como consecuencia de lo anterior se resuelva y liquide el mismo en los términos pactados inicialmente y en el otro sí que lo modificó y que como consecuencia de lo anterior se condene al citado establecimiento a reconocer y pagar a la actora a título de indemnización la totalidad de daños y perjuicios tanto morales como materiales y la cláusula penal establecida en el mismo contrato, y se ordene el cumplimiento de la sentencia en os términos del art. 192 del CPACA.

Mediante escrito de adición de la demanda de 21 de Enero de 2015, se solicita la nulidad de la Resolución No 305 de 2013 por medio de la cual la Directora del Colegio de Boyacá declara la terminación y liquidación unilateral del contrato de servicios No 50 de 2011 y en consecuencia se ordene a la demandada su cumplimiento efectivo, y en forma subsidiaria se declare el incumplimiento del contrato antes referido, se resuelva y liquide el mismo y se paguen perjuicios materiales e inmateriales, la cláusula penal , el cumplimiento del fallo en los términos del art. 192 del CPACA.

2. Fundamentos fácticos.

Los hechos que relata la apoderada de la demandante, como fundamento de sus pretensiones son, en resumen, los que a continuación se relacionan:

- Establece que el día 28 de Noviembre de 2011 el Colegio de Boyacá y la señora ANGELA YAMILE NOGUERA TORRES suscribieron el Contrato de Servicios No 50 de 2011 cuyo objeto fue el de elaborar el Manual de Contratación de la primera entidad por valor de 12.000.000 con duración de 3 meses contados a partir del acta de inicio que lo fue el 28 de Noviembre de 2011.
- Que dentro del contrato citado se designó como supervisora a la funcionaria CLARA EUGENIA SUAREZ, quien con otras 3 asesoras externas fueron designadas para el desarrollo del contrato por parte del Colegio de Boyacá.
- Que mediante OTRO SI de fecha 5 de Diciembre de 2011 se modificó el termino de duración que ahora sería de 2 meses, y que frente al pago el mismo se realizaría en dos mensualidades de 6.000.000.
- Que del 28 de Noviembre de 2011 al 28 de Diciembre de 2011, la contratista realizó las siguientes actividades: revisión el Manual de Contratación del año 2009 del Colegio de Boyacá, confrontación del mismo frente a las disposiciones vigentes, reuniones con los representantes de las diferentes dependencias del Colegio de Boyacá que fueron designados para intervenir en la ejecución contractual y confección del bosquejo inicial del Manual de Contratación.
- Que cumplido lo anterior se hizo el desembolso y pago de la suma de los \$ 6.000.000 iniciales.
- Que mediante correo electrónico se envió a la asesora externa de contratación de la época y a la supervisora del Contrato el 13 de Enero de 2012 el texto de la primera parte del proyecto Manual de Contratación para que fuera revisado del que no recibió objeción alguna.
- Que mediante acta suscrita entre las partes el 20 de Enero de 2012 se suspendió el contrato de servicios No 050 por 5 meses en tanto se implementaba el software de información financiera y administrativa y dado el estado de gravidez avanzado de la contratista. Que no obstante la suspensión la contratista continuó desarrollando actividades enviando mediante correo electrónico a la asesora externa de contratación de la época y a la supervisora del Contrato el 23 de Enero de 2012 el texto de la segunda parte del proyecto Manual de Contratación para que fuera revisado, del que tampoco recibió objeción alguna. En igual sentido la tercera parte y texto final el 27 de Enero de 2012.
- Que en la segunda semana del mes de Febrero de 2012, la contratista se reunió con la asesora externa de contratación de la época, la supervisora del Contrato y la encargada del almacén, quienes hicieron observaciones al proyecto del Manual de contratación presentado. Que mediante correo electrónico se envió el 28 de Febrero de 2012 a la supervisora del Contrato documento de correcciones al manual de contratación que fuera respondido

por la funcionaria el 26 de Marzo de 2012, la que es respondida el 27 de Marzo de 2012 por vía electrónica y nuevamente respondida el 28 de Marzo de 2012.

- Que para el 10 de Abril de 2012 el Colegio de Boyacá, pese a que la actora estaría dando a luz envía correo electrónico con algunas sugerencias, el que fuera respondido por la contratista el 17 de Abril de 2012. Que para los días 12, 23 y 24 de Mayo de 2012 la contratista envió un segundo proyecto de manual de contratación el cual acogía las observaciones señaladas, incluyendo las minutas de contratos y flujogramas solicitados.
- Que para el 04 de Junio de 2012 se le informa a la contratista que previo el reinicio formal del contrato el 19 del mismo mes se reunirían con el fin de socializar el segundo proyecto del manual de contratación, lo cual efectivamente ocurrió y donde se acordó reuniones que se dieron entre el 20 al 27 de Junio de 2012 con los funcionarios encargados de atender las sugerencias y observaciones. Que para los días 25 y 26 de Junio de 2012 recibió observaciones al segundo proyecto de manual de contratación (los que fueron atendidos vía correo electrónico) y cancelación de una reunión a celebrarse el 27 de Junio de 2012, frente a la que la contratista solicita la celebración de nueva reunión sin recibir respuesta.
- Que frente a lo anterior el 19 de julio se envía en medio físico y magnético la propuesta definitiva del Manual de Contratación y la cuenta de cobro, además de solicitar la liquidación y terminación del contrato.
- Que entre el 20 y el 28 de Junio de 2012 la contratista NOGUERA TORRES realizó las siguientes actividades: Socialización del manual de contratación presentado el 19 de Junio, elaboración de segundo proyecto e manual de contratación, corrección al mismo los días 26 y 27 de Junio de 2012. Que posteriormente se le informa que a juicio de los funcionarios de la institución educativa el trabajo contratado aún no estaba completo.
- Que el 20 de Agosto de 2012 la demandante envía a la supervisora del contrato y a la asesora externa, el que pensaba era el último proyecto de Manual de Contratación, el que posteriormente fue entregado en físico el 5 de Septiembre de 2012. Que el 11 de Septiembre de 2012 recibió un oficio de la supervisora del contrato donde le indicaba que no era posible aceptar el proyecto del Manual de Contratación con base en lo indicado por la asesora frente al que en oficio de fecha 19 de Septiembre de 2012 se dio respuesta escrita a cada una de las observaciones planteadas y que al no recibir respuesta alguna el 02 de Octubre de 2012 se envía solicitud de conciliación prejudicial.

3. Fundamento en derecho.

Establece que los contratos deben celebrarse de buena fe y en cumplimiento del principio "*pacta sunt servanda*" y que cuando se celebra un contrato donde una de las partes cumple y la otra no, debe existir sanción por parte del ordenamiento. Agrega que de conformidad con el art. 1546 del C.C. para el contratista incumplido

e insatisfecho de la obligación contractual solo queda uno de dos caminos: o exige el cumplimiento del contrato o pide su resolución, en ambos casos con la respectiva indemnización del perjuicio y que para el Consejo de Estado, para que se configure la condición resolutoria en los contratos bilaterales se requiere un incumplimiento de obligaciones de una de las partes, el cual debe tener el carácter de culposo.

Añade que el objeto del contrato era elaborar el manual de contratación del Colegio de Boyacá y que "elaborar" significa transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado. Que a lo largo de la ejecución contractual la contratista presentó 3 propuestas p proyecto de Manual de Contratación, corregidas por el personal de la entidad demandada.

Que la primera propuesta fue presentada el día 27 de Enero de 2012, la cual reunía las 3 partes enviadas con anterioridad a esa fecha frente a la cual los encargados de la entidad demandad realizaron las correcciones del caso y que fueran enviadas a la contratista vía email. Que se reconoce que a 26 de Marzo de 2012 la contratista venia atendiendo las correcciones que realizaba el Colegio de Boyacá y que después de esa fecha cambia la asesora externa de contratación del Colegio, por lo que una vez vinculada la nueva asesora externa, la misma plantea sugerencias que implican replantear íntegramente el proyecto de Manual de Contratación entregado.

Por lo expuesto, la contratista elaboró un segundo proyecto de Manual de Contratación, aun teniendo en cuenta el término de suspensión del contrato y el estado de gravidez de la actora y que tal como se informa en el acápite de hechos, se hace entrega de un tercer proyecto de manual de contratación.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto del 19 de Junio de 2014, el Despacho admitió la demanda (fls. 123-125).

Mediante providencia del 27 de Enero de 2015 se corre traslado de la adición de la demanda y mediante auto de 12 de Marzo de 2015 se fijó fecha a fin de realizar Audiencia Inicial para el día 15 de Abril de 2015 (fl. 161).

La Audiencia Inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas, fijándose fecha para su práctica. (fls. 372 a 376)

La Audiencia de Pruebas se llevó a cabo el día 12 de Mayo de 2015, durante la cual una vez recaudadas en su integridad, se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma.

1.- Razones de la defensa.

El apoderado de la entidad accionada se opone a las pretensiones de la demanda argumentando que en ningún momento el Colegio de Boyacá incumplió el contrato de servicios demandado, que las pretensiones carecen de fundamento, son

acomodaticias y carentes de sustento factico. Que en el desarrollo del contrato se presentaron inconformidades objetivas, que la contratista de manera caprichosa nunca atendió las solicitudes realizadas por el contratante, tan así es que los documentos que allegó al Colegio de Boyacá nunca han podido ser objeto de aplicación práctica.

Que cualquier actividad realizada en la época de suspensión del contrato lo realizó la contratista bajo su cuenta y riesgo, inclusive las actividades realizadas con anticipación a su parto porque como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado "uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de actividades del contratista", que efectivamente el 19 de julio de 2014 se llevó a cabo reunión con presencia de la contratista con el objeto de socializar las modificaciones al manual de contratación, que el 27 de junio de 2012 se remitió por correo por parte de la contratista un proyecto de manual frente a la que aduce que se le hicieron las correcciones del caso, frente a la que se le respondió vía correo electrónico que *"se observa que no se aplicaron las sugerencias hechas por parte de la Dra Judith Perez, en cuanto no desglosar en varias partes los procesos de contratación , es decir por ejemplo, si se encuentra en selección abreviada por subasta inversa, en la misma se encuentre desde que se inicia el proceso hasta que se termina, incluidos todos los requisitos, responsables, tiempos, entre otros, tocar las tres etapas precontractual, contractual y postcontractual, para cada uno y no en general como se está plasmando. Ya que se tendría que ir a varios apartes para su consulta..."*.

Que si bien es cierto los días 3 y 6 de Julio de 2012 la contratista solicitó reunión de socialización del tercer proyecto de manual de contratación, lo anterior no supone que el mismo cumpliera con las justificaciones y modificaciones que se le había solicitado realizara, y que por el contrario el Establecimiento Publico nunca dejó de lado sus obligaciones sino que era necesario realizar un estudio serio, prudente y de fondo que permitiera determinar si el documento entregado cumplía con las exigencias necesarias para el Colegio de acuerdo a los roles y responsabilidades de cada quien en los procedimientos de contratación.

Que si bien se realizaron algunas actividades, lo anterior no implica que las labores se hayan realizado en su integridad o que las labores hubiesen culminado satisfactoriamente pues era evidente que los documentos utilizados eran imposibles de usar por tener graves inconsistencias de índole sustancial *"por lo que si bien se realizaron estas actividades, las mismas gozaron de réplicas pertinentes, tal y como consta en la carpeta"* del citado contrato. Que no se recibió documento a satisfacción alguno.

Que el Colegio de Boyacá siempre ha estado presto a la colaboración en el desarrollo del contrato pues es el más interesado en su cumplimiento y que pretender el reconocimiento y pago del excedente del contrato sería avalar un enriquecimiento sin causa que lo soporte pues la entidad no ha recibido el objeto contratado en su integridad, pues si bien materialmente existe un trabajo, " los mismos son totalmente ineficiente, ineficaces y para nada prácticos", pues se encuentra un total desconocimiento del funcionamiento del establecimiento público.

Propuso como excepciones las que denominó *"EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO"*, *"ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA"* y la que denominó

"INEXISTENCIA DE DAÑO O PERJUICIO ALGUNO EN FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE".

2. Alegatos de Conclusión

2.1 Parte demandante.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente la apoderada de la demandante solicitó se concedan las pretensiones, reiterando la suscripción del contrato y su forma de pago. Cita que la supervisora del contrato no tenía experiencia alguna en contratación estatal y que el hecho de asumir funciones como auxiliar administrativo durante un año en la oficina de contratación, no quiere decir que la hubiera adquirido. Agrega que está probado que la entidad demandada recibió a satisfacción parcialmente el manual de Contratación como se evidencia en el informe de actividades del periodo 28 de Noviembre de 2011 al 27 de Diciembre de 2011, presentado a la supervisión del contrato, frente al que la entidad realizó un pago parcial equivalente a la mitad del contrato.

Añade que está probado que el contrato citado se suspendió y que el contrato carece de matriz de asignación de riesgos contractuales, entre ellos, el riesgo que originó la suspensión antes citada y en tal sentido la administración no puede de manera arbitraria exigirle al contratista que asuma los efectos negativos de tal riesgo. Que la entidad demandada no adelantó actuación administrativa alguna para declarar el supuesto incumplimiento del contrato, que no se declaró el siniestro de ninguna póliza, ni se adelantó actuación administrativa alguna con el fin de verificar el hecho del incumplimiento, que la única forma de probar el cumplimiento del contrato es por vía de prueba documental y no testimonial, que la única supervisora del contrato fue Clara Eugenia Suarez en tanto los demás son testigos de oídas que únicamente expresaron un concepto subjetivo propio y que frente a la supervisora resulta evidente la ausencia de conocimiento en materia de contratación.

Ratifica los fundamentos jurídicos de su demanda y agrega la falsa motivación en que se funda la Resolución 305 de 14 de Agosto de 2013, así como su expedición irregular, las obligaciones en materia contractual, por lo que solicita se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda.

2.2 Parte demandada.

No presentó escrito de alegatos.

La Delegada del Ministerio Publico guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES.

1.- Identificación del Problema Jurídico.

Como se mencionó en la fijación del litigio, el problema jurídico a resolver se contrae en determinar la legalidad de la Resolución No. 305 de 13 de agosto de 2013, mediante la cual se declaró la terminación y liquidación unilateral del contrato de servicios No. 50 de 2011, analizando igualmente si hay lugar a la declaratoria de cumplimiento del referido contrato suscrito entre las partes, junto con las demás declaraciones y condenas solicitadas.

2.- De las excepciones propuestas.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente la entidad demandada propuso como excepciones las que denominó, "EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO", "ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA" y la de "INEXISTENCIA DE DAÑO O PERJUICIO ALGUNO EN FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE" frente a la que el Juzgado en la audiencia inicial de fecha 15 de Abril de 2015 consideró que una vez estudiados los argumentos que las soportan, realmente las mismas tocaban el fondo del asunto, por lo que en estricto sentido no eran "excepciones", sino razones de defensa u oposición y en tal sentido, no era dable predicar o no su prosperidad, sino detenerse a analizar si se accede o no a las pretensiones, conforme a los hechos que resulten probados en el proceso.

3.- El cumplimiento del contrato estatal y el caso concreto.

Establece el art. 141 de la Ley 1437 de 2011 que cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato.

Este medio de control es de naturaleza "*subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional*", pues mediante el mismo las partes del contrato estatal, con independencia a su régimen jurídico, puede pedir cualquiera de las pretensiones que enuncia el art. 141 de la Ley 1437 de 2011 (existencia, revisión, nulidad del contrato o de los actos administrativos contractuales, incumplimiento, indemnización de perjuicios, liquidación del contrato) u otra distinta a las allí mencionadas pues el texto determina que podrá solicitarse que "se hagan otras declaraciones y condenas".

El medio de control debe estudiarse de la mano de todas las normas atinentes a la contratación estatal, partiendo de la misma ley 80 de 1993 que determina en su art. 32 lo que debe entenderse por contrato estatal: "*todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad*".

El contrato estatal es solemne, por virtud de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 en consonancia con lo establecido en el art. 41 del mismo estatuto, en tanto que debe constar por escrito. No requiere ser elevado a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que deban cumplir con tal formalidad por expresa imposición legal; adicionalmente es *intuitu personae*, razón por la cual una vez celebrado no puede cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

Verificada la existencia del contrato estatal en el caso concreto (fls. 7-9), entrará a analizar el Despacho su clausulado a efectos de clarificar las condiciones de pago del 50 % restante.

De conformidad con la cláusula tercera del Contrato de servicios 50 de 2001:

*“TERCERA: VALOR Y FORMA DE PAGO. Para todos los efectos legales, el valor total del presente contrato es de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000) moneda corriente, AFECTANDO EL RUBRO 102120-20 DENOMINADO Honorarios Profesionales. Su forma de pago será: un 50% a manera de anticipo **y el restante 50% está sujeto a entrega de la versión terminada del manual de contratación y constancia escrita de cumplimiento de parte del supervisor del contrato**”.*

De la misma forma en el OTRO SI firmado por las partes el 5 de Diciembre de 2011 se pactó frente a la forma de pago:

*“Los honorarios antes mencionados se pagarán a el contratista en dos (2) mensualidades de SEIS MILLONES DE PESOS (\$ 6.000.000,00) M/CTE cada una, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: Presentación de la cuenta de cobro correspondiente, la cual deberá cumplir con los requisitos del Estatuto Tributario y demás exigencias de la DIAN, **visto bueno o certificación del Supervisor del Contrato con la presentación del informe de actividades desarrolladas y/o acta de seguimiento parcial de la ejecución del contrato** y los documentos que acredite el pago de los aportes al Sistema Integral de Pensiones y Salud”*

Según la tesis de la demandante, la misma cumplió a cabalidad sus funciones contractuales, en tanto para la demandada ello no se hizo o solo se hizo parcialmente, por lo que el Despacho deberá verificar si con las pruebas allegadas al plenario se encontraba justificada la entidad para emitir la Resolución 305 de 2013, dar por terminado el contrato 050 de 2011 y en consecuencia abstenerse de cancelar el excedente del 50 % o si por el contrario el citado acto se emite con falsa motivación, su expedición es irregular y el no pago del excedente del contrato 050 de 2011 es imputable a la culpa de la entidad demandada.

En razón al carácter sinalagmático del contrato estatal, para demostrar que la contraparte incumplió, debe probarse previamente el cumplimiento propio: *“para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista,*

es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales". (Consejo de Estado. 24 de Febrero de 2005. C.P.: German Rodríguez Villamizar).

Verificado el acervo probatorio arrimado al plenario, no se advierte prueba del absoluto e completo cumplimiento de las actividades a cargo de la contratista NOGUERA TORRES, como pasará a explicarse:

Una primera mención que realizará el Despacho será la relacionada con el mecanismo de prueba conducente para verificar el cumplimiento del contrato, que en términos de la actora debe hacerse mediante documentos y no mediante testimonios, lo que no se aviene a la libertad probatoria y ausencia de tarifa legal probatoria imperante en el ordenamiento nacional.

Frente a ello, el Consejo de Estado ha manifestado: ***"No sólo las pruebas documentales, testimoniales y periciales dan cuenta del efecto de las dificultades para la aprobación de los diseños por parte de terceros sobre el plazo contractual. Empero, sin poner en duda que se trataban de obligaciones del contratista, pues así se derivan de los términos de referencia, es razonable pensar que debió solicitar a la entidad las suspensiones y ampliaciones del plazo correspondientes, sin que esté demostrado que así haya procedido, cuando los peritos, desde su especialidad, confirman la necesidad de proceder en tal sentido. En efecto, conociendo la suerte de los mismos, el contratista debió solicitar las medidas conducentes para paliar los efectos de tales demoras, tal como sucedió con la única prórroga otorgada"***¹.

En el caso concreto, la documental allegada deja entrever que aun para el 16 de Noviembre de 2012, fecha de suscripción del acta de revisión suscrita por la representante legal de la entidad demandada vista a fls. 166-184 del cuaderno de contestación de la demanda, subsistían aun falencias frente al producto relacionadas con el orden lógico, el alcance del Manual de contratación, la estructura de la entidad, los funcionarios y oficinas que participan en el proceso de contratación, tiempos, supervisoría e interventoría, comités propuestos, procesos internos que se manejan en el Establecimiento, estudios de mercado, proyecto de pliego de condiciones, perfeccionamiento del contrato, ejecución del contrato y pólizas, los que fueron puestos en conocimiento de la contratista en la reunión de fecha 21 de Noviembre de 2014 (fl. 186 cuaderno de contestación de la demanda).

Pese a que la mayoría de testimonios tienen algún vínculo laboral o comercial con el Colegio de Boyacá (lo cual hace que la valoración probatoria deba hacerse con mayor recelo), confirman lo citado en los documentos:

- Judith Constanza Perez-asesor jurídico (05:59) manifiesta: ***"... Ella hizo varias entregas...es un documento donde en verdad habían algunos errores como "En la Alcaldía tal...o el tesorero...o el asesor de planeación". Yo me reuní con la Dra Ángela Yamile, digamos que en ese ser colegas le dije mire Dra existen errores que son ya de fondo, se nota que este es un***

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12807-01(25392).

documento corte y pegue...yo corregía y la Dra corregía esas cosas y volvía y traía el documento...realmente no recuerdo cuantas revisiones le hice y en ese ir y venir la Dra Ángela Yamile presentó un oficio en contra mía...yo no tengo ningún interés particular distinto a que se entregue un buen documento, pues es el documento con el que vamos a tener que trabajar...Se le dijo en más de 4 ocasionesen la última reunión dijo yo ya no lo reviso no lo termino...".

- William Hernandez Gamba-asesor en calidad (26:14): "...Cuando yo revisé yo hice la observación de que el contenido que estaban presentando ahí. no correspondía con la organización del colegio...decía: oficina de contratación, aquí no hay oficina de contratación, oficina de control interno, aquí no hay oficina de control interno...esa responsabilidad queda sin piso, queda sin responsable...**PREGUNTADO: En su concepto sus observaciones fueron debidamente diligenciadas por la señora Noguera Torres una vez se realizaron. CONTESTO: No recibí contestación del correo... Vi el ultimo manual que se entregó y no corresponde, no se hicieron los ajustes...**".
- Milena Rubiano Rubiano-Auxiliar administrativo con funciones de almacén: (51:34) "...Los documentos entregados por la contratista tenían bastantes errores...era un documento muy desordenado...por ejemplo...primero presentaba los estudios previos, luego se remitía al certificado de disponibilidad presupuestal, posteriormente al estudios de mercado, cuando el orden no es ese...no era muy claro, desactualizado además...remitía al CISE cuando el CISE ya había sido derogado, **esas cuestiones no las cambió...en tres reuniones se lo hicimos saber...y pues ella nunca las tuvo en cuenta...**".
- Mario Ernesto Lopez-Profesional Universitario con funciones de contabilidad: (01:01:30) "...yo asumí el cargo de subdirector administrativo del Colegio...se le busco la forma de solucionar y de llevar a feliz término el contrato... reuniones, en varias oportunidades se citaba pero ella no asistía...era un proyecto con muchos vacíos...**ella nunca tuvo la voluntad de hacernos las correcciones respectivas al proyecto...**".
- Yaneth Emilcen Piña-auxiliar administrativo de subdirección administrativa: (01:11:29) "...le hicimos algunas observaciones sobre el manual...le dijeron que el manual no era lo esperado...no explicaba procedimientos, no explicaba tiempos, ...era muy difícil de consultar... **PREGUNTADO: En su concepto esas observaciones hechas a la contratista Noguera Torres fueron atendidas por la misma. CONTESTO: No...Ella presentó 3 escritos todos parecidos...**".

El despacho advierte que pese a que los testigos tienen algún vínculo laboral o comercial con el Colegio de Boyacá, sus manifestaciones están soportadas en documentos, razón por la cual, el Despacho no les restará valor probatorio, salvo la de la testigo CLARA EUGENIA SUAREZ VARGAS en razón a la tacha por propuesta por la apoderada de la demandante (34:38) por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez.

Frente a ello el Consejo de Estado en sentencia del 19 de Julio de 2007, con radicado 2006-02791, siendo Consejera Ponente la doctora Martha Sofía Sanz Tobón, manifestó:

“La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un matiz más denso que aquel por el que deben pasar personas libres de sospecha. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se haya contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez”.

Todos demás testigos son convergentes y coincidentes en establecer: 1. El acompañamiento a la contratista para la debida ejecución del contrato. 2. Las observaciones realizadas, las que no se tuvieron en cuenta en los productos entregados posteriormente por la contratista. 3. El cumplimiento parcial del contrato por parte de la contratista. Lo anterior ratifica las manifestaciones plasmadas en los documentos ya referenciados en precedencia y si bien los testigos no eran los directos supervisores del contrato, ello no les resta credibilidad ya que al hacer parte de la estructura del Colegio de Boyacá, conocían de primera mano las observaciones realizadas a un Manual de Contratación que a futuro y en forma obligatoria deberían aplicar en el desarrollo de sus funciones.

No todas las afirmaciones realizadas en la demanda pueden verificarse probatoriamente: Se manifiesta en el libelo que frente a la entrega realizada por la contratista el 27 de Junio de 2012 no recibió respuesta alguna, no obstante se advierte a fl. 218 del cuaderno de contestación que para esa misma fecha se le respondió vía correo electrónico que *“se observa que no se aplicaron las sugerencias hechas por parte de la Dra Judith, Chao angelita. Gracias. Clara S.”.*

4.- Debido proceso contractual en el caso concreto.

Como lo ha manifestado el Consejo de Estado² el artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, que cobija no sólo a los procesos sino a todas las actuaciones administrativas, sino que rige también en materia contractual, con matices propios, pero cumpliendo actualmente su función garantística en esta materia, con la misma fuerza con que es observado en otros campos. El debido proceso es un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales y en tal virtud, las entidades podrán imponer ejercer sus poderes administrativos con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, pero dicha decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado, que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso.

² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Bogotá D.C. dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012). Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00780-01(20611)

En el caso concreto resulta relevante al despacho que previo a la expedición de la Resolución No 305 de 2013 por medio del cual el Colegio de Boyacá declara terminado unilateralmente el Contrato de Prestación de servicios No 050 de 2011, la contratista ANGELA YAMILE NOGUERA TORRES fue citada a audiencia en la que se lleva a cabo investigación para determinar el incumplimiento o no de la ejecución de contrato citado, citaciones a las que en algunas oportunidades asistió la contratista (21 de Noviembre de 2012, fls. 164-165) y en otras no, pero dejándose constancia de la reunión (28 de Diciembre de 2012, fl. 186 cuaderno de contestación de la demanda).

Debe resaltar el Despacho que en la reunión llevada a cabo 21 de Noviembre de 2012 **a la que asistió la contratista** se dijo: *"El doctor Mario Lopez comenta a la doctora Angela Yamile que es una situación delicada puesto que este contrato se firmó en la vigencia 2011 y no puede pasar otra vigencia 2013, ya que quedó registrada como una cuenta por pagar para el año 2012. Concede la palabra a Clara Suarez, quien es la supervisora del Contrato, quien saluda y hace entrega formal del acta de revisión de fecha 16 de noviembre de 2012, en la que se reunieron los funcionarios que intervienen en el proceso de contratación para revisar la última versión del Manual de contratación entregada por la Contratista. Acto seguido se procede a socializar punto por punto las falencias encontradas en dicho manual. Se concluye que el Manual aun no cumple con las expectativas y exigencias hechas por el Colegio de Boyaca, ya que dicho manual debe ser una guía para los procesos de contratación (...) Finalmente la doctora Yamile Noguera manifiesta el inconformismo con respecto a las observaciones realizadas al Manual ya que considera que éste cumple con las exigencias de la entidad. Rechazando las sugerencias que se estaban socializando y solicita se dé por terminada la reunión y no recibe formalmente el acta de revisión de fecha 16 de noviembre de 2012, dejando abandonado el documento con algunas anotaciones hechas por ella misma, la cual hace parte constitutiva de la presente acta"*.

Lo que significa que el Colegio de Boyacá cumplió con debido proceso al: (i) citar en forma previa a la contratista NOGUERA TORRES, (ii) exponer las falencias que se advertían en el producto entregado y (iii) dar la oportunidad que la contratista ejerza su derecho a la contradicción.

Contrario sensu, si en el contrato 050 de 2011 las partes pactaron que la entrega del segundo pago del 50% excedente del contrato por valor de \$ 6.000.000 estaría condicionado a la constancia escrita de cumplimiento por parte del supervisor del contrato, no es posible en esta instancia modificar la voluntad de las partes, pues probatoriamente resulta concluyente que la supervisora del contrato no había dado su visto bueno, en tanto en el acta de revisión de fecha 16 de Noviembre de 2012 se dejaron consagradas las siguientes falencias que se le pusieron de conocimiento a la contratista en la reunión de fecha 21 de Noviembre:

- *"Se evidencia que el Manual no tiene un orden lógico, este debe ir de acuerdo con la realización de cada proceso y desarrollarlos en cada uno de los aspectos, debe darse un orden normativo y este se evidencia desde el índice del mismo, por lo cual se hace necesario modificarlo en su totalidad. Un ejemplo de lo anterior es que en el capítulo III Del Proceso Contractual en la Etapa Precontractual, está plasmado primero los Estudios Previos, luego los Estudios de Mercado, el Certificado de Disponibilidad Presupuestal, las licencias o permisos, etc, a lo que debe dar un*

orden normativo de acuerdo con la realización del proceso, ya que para realizar el Estudio Previo, primero necesitamos el estudio de Mercado con las respectivas cotizaciones, las fichas o documentos técnicos si se requieren, las licencias, la disponibilidad y por último estudio previo. (...)

- *En la resolución por medio del cual se adopta el Manual de Contratación del ESTABLECIMIENTO PÚBLICO COLEGIO DE BOYACÁ y se expiden otras disposiciones se encuentran algunas inconsistencias como por ejemplo: el numeral cuarto del considerando de la resolución dice que "se hace necesario relacionar la documentación que hará parte de los procesos de contratación del Establecimiento Público, en especial del proceso de adquisición de bienes, servicios y la ejecución de obras." Cuando se deberían incluir todos los procesos.*
- *En el alcance del Manual de contratación menciona que "se aplicarán las normas de derecho civil y comercial pertinentes, sin perjuicio de la observancia de los principios de la Función Administrativa y Gestión Fiscal, al tiempo que se aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades propios de la contratación estatal" y en el Colegio no manejamos Gestión Fiscal. (...)*
- *En algunas partes del manual menciona la oficina de Contratación, cuando esta no existe en realidad, se hace necesario buscar la figura correcta para ello.*
- *De los funcionarios y oficinas que participan en el proceso de contratación sobra el Gerente del Proyecto y las funciones del mismo no se asemejan a la realidad. (...)*
- *El tiempo mencionado en el ÁREA O DEPENDENCIA QUE SOLICITA EL BIEN O SERVICIO no se encuentra acorde con la realidad, es muy largo, por lo tanto se hace necesario modificarlo de una forma más favorable para el Establecimiento Público Colegio de Boyacá (...)*
- *Con respecto a la parte de SUPERVISOR E INTERVENTOR DE LOS CONTRATOS, no se ajusta con la realidad ya que en este numeral, menciona que la interventoría será únicamente para licitación Pública. Igualmente se encuentra que faltan las demás responsabilidades y relacionar los documentos que deben emitir de los cuales están obligados los supervisores y /o interventores e indicar procedimiento para notificación. (...)*
- *Los comités propuestos no son acordes con la realidad del Establecimiento Publico Colegio de Boyacá, ya que se encuentran demasiados comites y estos tienen similares funciones y competencias.*
- *Los comites tampoco tienen coherencia..., porque por ejemplo el comité de planeacion es el comité matriz, de donde se derivan los demás. Hay comités que se deben suprimir y reglamentar aquellos que realmente requiera la Entidad.*
- *Igualmente se recomienda crear el comité del Manual de Contratación con su respectivo procedimiento, con el fin de dar solidez y seguridad al Establecimiento Publico Colegio de Boyacá.*
- *Los procesos, funciones y tiempos descritos dentro de cada uno de los comités no están acordes con la realidad del Establecimiento Publico Colegio de Boyacá, ya que allí se describen procesos que no se manejan en el Establecimiento Publico Colegio de Boyacá, por ejemplo en el comité de cierre. Igualmente dentro de estos comites realmente no existen algunos integrantes allí mencionados como por ejemplo, el presidente, la secretaria... etc. No todas las actividades tienen definidos los tiempos, por tanto se debe incluir en todas esta especificación.*
- *Del Capítulo III, Del Proceso Contractual en el plan de contratación, falta especificar responsabilidades, falta mencionar el cronograma mes a mes.*
- *Los requerimientos no están acordes con el Colegio ya que allí menciona que en la primera semana del mes de enero de cada año, se radicarán dichos requerimientos*

y recordemos que para esta época los docentes y la mayoría de los funcionarios se encuentran en receso.

- *En los Estudios de Mercado, falta definir para cada tipo de proceso de selección los mecanismos y procedimientos necesarios, por ejemplo número de cotizaciones que debe llevar cada estudio, al igual la descripción detallada de la forma del proceso. También se encuentra que con respecto al Certificado de Disponibilidad Presupuestal, no define tiempos, ni tampoco describe el proceso con la realidad del Establecimiento Publico Colegio de Boyacá. (...)*
- *Con respecto al Numeral 6 Proyecto de pliego de condiciones, este no debe ser generalizado, se debe especificar cada modalidad y tipo de contrato. (...)*
- *Del perfeccionamiento del contrato, ejecución del contrato, generaliza la parte de los aportes en seguridad social... desde el inicio del contrato se le ha pedido que este tema sea muy claro, mencionando los requisitos para cada tipo de contrato, tipo de contratista, por ejemplo si es persona natural, si es persona jurídica o si es persona natural con establecimiento de comercio, en fin definir este procedimiento de manera completa clara y precisa.*
- *Con respecto a las garantías solicitamos que se establezcan las pólizas que se deben exigir para cada proceso de selección y contrato, además esta no debe ir en esta parte del manual donde se colocó, ya que esta hace parte del proceso precontractual. No sirve de nada que nos transcriban la norma y definir cada una de ella sino las sabemos aplicar.*
- *Se deben indicar los documentos necesarios para realizar el pago de un contrato de acuerdo con la Ley Antitrámites, para cada tipo de contrato”.*

El no aceptar las mencionadas recomendaciones por parte de la contratista no es razón en que pueda sustentar su defensa o en que pueda argumentar el incumplimiento del contrato por parte del Colegio de Boyacá, pues se repite, fue de la voluntad de las partes que ese segundo pago del 50 % del contrato estaría sujeto a la aceptación escrita del supervisor del contrato y la misma no se verificó.

Aun desde antes del 27 de Junio de 2012 la supervisora del contrato no manifiesta su aceptación al trabajo entregado por la contratista: según se advierte a fl. 230 del cuaderno de contestación de la demanda mail dirigido por la supervisora del contrato donde advierte: *“Revisado el manual por las dependencias involucradas en el proceso, se sigue encontrando la misma inquietud en general, plasmada en reunión anterior: No es muy claro, ágil, ni practico ni preciso es copia y pegue de la norma. Insistimos en la creación de los comités, quedó claro que solamente va a existir el comité técnico evaluador, revisar integrantes...implementación del sistema de calidad y software. Favor revisar si aplica para el Colegio de Boyaca: Claridad en que tipo de contrato se utilizan las garantías. En cuanto a la forma de pago de acuerdo con el tipo de contrato varían los requisitos?. No son claras las normas tributarias...en que caso aplican. Coordinar que lo consignado en el texto del manual esté acorde con la descripción del procedimiento en las modalidades de selección. Definir en que procesos o casos necesita interventoría o supervisión. Administración, imprevistos y utilidad no aparece. En que caso y como se realiza el anticipo”.*

Y si bien la contratista responde el anterior correo oponiéndose parcialmente a su contenido según se verifica a fl. 229 del cuaderno de la contestación de la demanda, insiste el Despacho que el no aceptar las mencionadas recomendaciones por parte de la contratista no es razón en que pueda argumentar su defensa porque fue su

voluntad que el segundo pago del 50 % del contrato estaría sujeto a la aceptación escrita del supervisor del contrato y la misma no se verificó.

No obstante, aun si la negativa a aceptar fuera arbitraria o caprichosa, como se argumenta en la demanda, la misma no está soportada en pruebas ya que se evidencia que ante las inconformidades planteadas por la supervisora del contrato, la respuesta dada por la contratista fue: *"El sistema de calidad no ha sido implementado en su totalidad, así las cosas se dejó mencionado el sistema SYSMAN según las indicaciones recibidas por el asesor de planeación y auxiliar administrativo (...) Finalmente, con relación a los siguientes interrogatorios, me permito indicar que los mismo fueron plasmados en el manual y que como se advierte, las condiciones de cada contrato en especial, la exigencia de algunas garantías se debe describir en los estudios previos, mismo que deben ser indicados por el asesor de contratación (...)"* (fl. 229 cuaderno de contestación), no obstante frente a los requerimientos relacionados con impuestos, garantías, requisitos para pago, definición de los casos donde se necesita interventoría o supervisión, administración, imprevistos y utilidades y anticipos, la respuesta no debía limitarse a la manifestación de que las mismas se incluyeron en el manual o que las mismas son responsabilidades del asesor de contratación porque si la condición para el pago era la anuencia del supervisor -que precisamente no es experto en contratación estatal-, debía indicársele en que parte de manual se encuentra la respuesta a la inquietud y porque la elaboración de un Manual de Contratación se hace con el fin de ilustrar a funcionarios que no son expertos en contratación, cada uno de los pasos a realizar en cada una de las etapas del contrato³, sin perjuicio de las responsabilidades del asesor de contratación.

Recuérdese que de conformidad con el No 2 del art. 5 de la Ley 80 de 1993, los contratistas: *"Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla"*.

Advierte la contratista en la comunicación antes referida que son las condiciones de cada contrato en especial, las que determinan la exigencia de algunas garantías y que ello se debe describir en los estudios previos, no obstante advierte el Despacho que precisamente es el Manual de Contratación el documento que debe advertir lo anterior pues de conformidad con el Decreto 734 de 2012 (vigente al momento en que se reactivó la suspensión del contrato 050 de 2011): *"Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán contar con un manual de contratación, en el que se señalen las funciones internas en materia contractual, las tareas que deban acometerse por virtud de la delegación o desconcentración de funciones, así como las que se derivan de la vigilancia y control de la ejecución contractual"*. (Artículo 8.1.11).

³ *"El Manual de Contratación es un documento que: (i) establece la forma como opera la Gestión Contractual de las Entidades Estatales y, (ii) da a conocer a los partícipes del sistema de compras y contratación pública la forma en que opera dicha Gestión Contractual. El Manual de Contratación es también un instrumento de Gestión Estratégica puesto que tiene como propósito principal servir de apoyo al cumplimiento del Objetivo Misional de cada Entidad Estatal"*. (Colombia compra eficiente. Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación. http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_contratacion_web_r01.pdf).

5. De la ejecución de actividades en desarrollo de la suspensión bilateral del plazo del contrato.

Si bien para el Despacho la contratista desarrollo actividades en forma posterior a la suspensión bilateral del contrato de fecha 20 de Enero de 2012 como las de realización de correcciones y reuniones, las mismas no pueden ser argumento en pro de sus pretensiones o que ameriten reproche a la conducta del Colegio de Boyacá entre el 20 de Enero al 20 de Junio de 2011 porque precisamente las partes pactaron que las actividades a desarrollar dentro del contrato (tanto las de la contratante como las del contratista) quedarían suspendidas debido a la implementación del Software integrado de sistematización de la información financiera y administrativa de la entidad.

En tal sentido el Consejo de Estado ha manifestado: *"No tiene discusión alguna que un contrato en curso puede suspenderse por la ocurrencia de diversas circunstancias o por la voluntad de las partes y que uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista. En tanto la suspensión sea provisional o temporal es porque el contrato se reiniciará cuando las partes así lo determinen (...) En ese orden de ideas, la suspensión de común acuerdo constituye una convención que altera o impide de manera temporal la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato"*⁴.

Como conclusión a lo anterior el Despacho negará las suplicas de la demanda.

6. Costas.

Respecto de las costas, de conformidad con lo previsto por el numeral 8º del art. 365 del C. G. del P., el Despacho se abstendrá de condenar en costas, en la medida que en el expediente no aparece probado que se causaron.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA.

PRIMERO: Niéguese las pretensiones de la demanda

⁴ SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 07001-23-31-000-1997-00554-01(16431)..

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Una vez en firme esta providencia archívese el expediente. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvase al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CUARTO: Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del C. G del P.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


FERNANDO ARIAS GARCIA
Juez

Sentencia medio control contractual radicado bajo el No. 2014-0143