

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SECRETARIA GENERAL

TRASLADO DE EXCEPCIONES

Art. 175 C.P.A.C.A.

HORA: 8:00 a.m.

JUEVES 07 DE FEBRERO DE 2013

Magistrada Ponente : Dr. LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ
Radicación : 13-001-23-33-000-2012-00162-00
ACCIONANTE : CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS
ACCIONADOS : INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Medio de Control : CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a la parte demandante de las excepciones formuladas en el escrito de contestación de la demanda presentada el día 5 de febrero de 2013, por el señor apoderado del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, visible a folios 358 – 387 del cuaderno numero dos (02), del expediente.

EMPIEZA EL TRASLADO: 07 DE FEBRERO DE 2013, A LAS 8:00 A.M.



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

VENCE EL TRASLADO: 11 DE FEBRERO DE 2013, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General



358

Cartagena de Indias D.T. y C., cinco (5) de febrero de 2013.

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR.

MAGISTRADO PONENTE: Dr. LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.

E.

S.

D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y PROPOSICIÓN EXCEPCIONES.
PROCESO: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.
DEMANDANTE: CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS.
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICADO: 13-001-23-33-000-2012-000162-00.

Cordial saludo:

ALVARO VILLARRAGA MONTES, abogado titulado e inscrito, identificado con la C.CN°7.921.419 exp en Cartagena y portador de la tarjeta de profesional N°127.869 expedida por el C.S.de la Judicatura, domiciliado y residiendo en esta ciudad, actuando en mi calidad de apoderado judicial del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, establecimiento público del orden nacional creado mediante la Ley 75 de 1968, acuerdo 102 de 1979, aprobado por el decreto 334 de 1980, identificado el con NITN°899999239-2, según poder adjunto, otorgado por su director nacional, doctor **DIEGO MOLANO APONTE**, mayor de edad, identificado con la C.CN°79.507.074 exp en Bogotá D.C., domiciliado y residiendo en la ciudad de Bogotá D.C., según nombramiento del decreto N°4266 del 8 de noviembre de 2011 y acta de posesión 490 del 8 de noviembre de 2011, por medio del presente escrito y de manera respetuosa proceso a contestar demanda de la referencia y proponer excepciones, oponiéndome a la totalidad de las pretensiones solicitadas por la parte actora, de la siguiente manera:

EN CUANTO A LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

Sobre los hechos de la demanda hago los siguientes pronunciamientos:



2
359

AL HECHO PRIMERO: Es cierto.

AL HECHO SEGUNDO: Es cierto.

AL HECHO TERCERO: No es cierto. La fecha final del contrato después de las prorrogas fue el 28 de febrero de 2010.

AL HECHO CUARTO: Es parcialmente cierto. El Instituto Colombiano De Bienestar Familiar en virtud de los reiterados **incumplimientos contractuales** y no por simples dificultades como señala el libelista del CONSORCIO SUPERVISORES INTER ICBF-2007, impuso dos multas de la siguiente manera:

- a) Mediante resolución 001968 de 19 de Mayo de 2008, se estableció una multa equivalente al 1% del valor del contrato por diferentes incumplimientos del contrato, sustentados en diferentes requerimientos realizados al contratista, la multa por valor de \$ 64.514.450. A dicho acto administrativo le fue interpuesto recurso de reposición, que fue resuelto mediante resolución 002765 de 07 de Julio de 2008, rechazando el recurso por haberse presentado de manera extemporánea.
- b) Mediante resolución 004323 de 10 de Octubre de 2008, se impuso una multa equivalente al 4% del valor del contrato por diferentes incumplimientos del contrato, sustentados en diferentes requerimientos realizados al contratista, esta multa ascendió a la suma de \$ 258.057.779.oo.

Ambas sanciones fueron debidamente motivadas por sus respectivos actos administrativos, notificada en debida forma y fueron impuestas con garantía del debido proceso y el derecho de defensa del CONSORCIO SUPERVISORES INTER ICBF-2007.

AL HECHO QUINTO: Es parcialmente cierto y se omiten por el libelista hechos importantes que son relevantes para el Tribunal respecto a la cesión del contrato. Frente a la solicitud de cesión, El CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS con Nit 900.247.668-5 y el CONSORCIO SUPERVISORES INTER-ICBF 2007, suscribieron el acuerdo de Cesión del contrato No 991 de 2007, autorizada por el INSTITUTO COLOMBIANO BIENESTAR FAMILIAR, mediante acta del 06 de noviembre del 2008, la cual especificó en los numerales 10, 11, 12 y 14, lo siguiente:

*“... 10) se advierte que al recibir el contrato objeto de cesión, el **CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS** asume las responsabilidades y obligaciones del mismo sin excepción alguna, 11) El **CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS** manifiesta en forma libre*

y espontánea que conoce en su totalidad las condiciones que el ICBF fijó para la aprobación de la cesión del mismo mediante la comunicación radicada con el No 061768 de octubre 29 de 2008, 12) El **CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS** conoce, acepta y se compromete a cumplir con las obligaciones contenidas en los Pliegos de Condiciones del Concurso Público ICBF-SN-014-07, el Contrato No 991 de 2007, el anexo No 1 y la Adición y Modificación No 1, acepta en su totalidad y sin reserva de ninguna naturaleza los términos y condiciones definidas para la cesión del contrato e igualmente conoce el alcance de las obligaciones que adquiere con la cesión del contrato y el estado actual del mismo, 14) En el evento en que se suscite cualquier diferencia entre los contratantes de la cesión (Cedente y cesionario) sobre la celebración, ejecución y cumplimiento del mismo, tales controversias no podrán reflejarse sobre la ejecución del contrato 991 de 2007 materia del contrato de cesión, la cual queda bajo responsabilidad del cesionario a partir de la firma de la presente acta.”

Como se evidencia el cesionario se obligó contractualmente a asumir todas las responsabilidades y obligaciones del mismo sin excepción alguna, es decir, que las obligaciones impuestas al cedente por su incumplimiento deberán ser transferidas al cesionario. En todo caso, puede pensarse en un evento de incumplimiento contractual entre el cedente y el cesionario, que no guarda relación con la existente entre el contratista y el Instituto.

En el evento de un incumplimiento contractual entre cedente y el cesionario, cualquier acción que pretenda iniciar el cesionario deberá intentarla contra el cedente, en virtud del principio de la “**relatividad de los contratos**” que establece que el contrato solo produce efectos entre las personas contratantes, regla esgrimida por la doctrina moderna, a partir de reconocer que solo el titular de un derecho puede disponer del mismo, establece la inoponibilidad de las obligaciones contractuales a terceros, esto es, que el contrato agota sus efectos entre los contratantes. De lo anterior es dable concluir con la doctrina que, “En esta forma, un contratante no puede vincular a un extraño a la ley contractual”, salvo los eventos excepcionales.

AL HECHO SEXTO: Es cierto que los integrantes del consorcio cedente hayan realizado esas manifestaciones, que en todo caso no son ciertas y no se ciñen a la realidad contractual como se explicó en el numeral anterior.

AL HECHO SEPTIMO: No es cierto. La mencionada cláusula que menciona el demandante se encuentra suscrita en el contrato de cesión firmado entre cedente y cesionario, es decir, entre el Consorcio Supervisores Inter ICBF- 2007 y el Consorcio Interventores Asociados. Por tanto, esa cesión no puede afectar al Instituto toda vez que opera el principio de la relatividad de los contratos, es decir, los contratos sólo obligan a quien en ellos intervienen.

Sólo los contratantes están ligados por el contrato; sólo respecto de ellos tiene el contrato fuerza obligatoria; y sólo a ellos perjudican y aprovechan sus efectos. Esto importa decir que el contrato no daña, ni beneficia a los que no han figurado en él como partes contratantes, porque el contrato no es para ellos una ley con fuerza obligatoria. En efecto, una regla de toda evidencia que en el Derecho Romano constituía un axioma: "*res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*". Este axioma, en palabras del jurista francés Robert Joseph Pothier en su obra tratado de las obligaciones, implica que "(...) una convención no tiene efecto sino respecto de las cosas que han sido objeto de la convención y solamente entre las partes contratantes", y agrega que "(...) La razón de este principio es evidente. La obligación que nace de las convenciones, y el derecho que de ellas resulta, estando formados por el consentimiento y el concurso de las voluntades de las partes, no pueden obligar a un tercero, ni dar derecho a un tercero, cuya voluntad no ha concurrido a formar la convención".

Incluso en la cláusula sexta del contrato de cesión, se observa que los consorcios aceptan sin ninguna reserva las condiciones del ICBF.

Por el contrario, en la cláusula 10 del acta de autorización de la cesión, se establece claramente lo siguiente: "...10) *Se advierte que al recibir el contrato objeto de cesión, EL CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS asume las responsabilidades y obligaciones del mismo sin excepción alguna...*"

AL HECHO OCTAVO: Es cierto. En la mencionada acta de autorización suscrita por la Dirección General del ICBF en los numerales 10 y 12, se estableció lo siguiente:

*"Numeral 10 "Se advierte que al recibir el contrato objeto de cesión, el **CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS** asume las responsabilidades y obligaciones del mismo sin excepción alguna".*

*"Numeral 12. El **CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS** conoce, acepta y se compromete a cumplir con las obligaciones contenidas en los Pliegos de Condiciones del Concurso Público ICBF-SN-014-07, el Contrato No. 991 de 2007, el Anexo No. 1 y la Adición y Modificación No. 1, acepta en su totalidad y sin reserva de ninguna naturaleza los*

términos y condiciones definidas para la cesión del contrato e igualmente conoce el alcance de las obligaciones que adquiere con la cesión del contrato y el estado actual de los mismos.”

Como puede observarse, el consorcio asume incondicionalmente todos los derechos y las obligaciones que tenía el contratante cedente conforme a lo autorizado por el contratante cedido, en este caso el ICBF.

AL HECHO NOVENO: No es cierto. Son descuentos legales amparados en las normas contractuales, en las multas impuestas y en el contrato de cesión aceptado por el cesionario. Los descuentos que afirma el demandante ocurrieron por prestaciones que no fueron ejecutadas por el contratista. El cesionario asumió la posición contractual del cedente con todos sus derechos y obligaciones sin realizar ninguna reserva de lo que se estableció en ese negocio jurídico.

AL HECHO DECIMO: No es cierto. Se trata de una afirmación subjetiva del demandante hablar de ceguera de la administración.

Los descuentos realizados al cesionario ocurrieron por obligaciones insolutas del contratante cedente y del cesionario, es decir, por obligaciones que no fueron ejecutadas, por tanto, no debían ser pagadas, porque se generaría un pago de una obligación no debida y un detrimento patrimonial para la administración. Los descuentos por obligaciones no ejecutadas ascendieron a la suma de \$ \$ 997.148.007.09. En la vigencia siguiente el contratista cesionario ejecutó obligaciones por \$142.933.056.99 que fueron efectivamente pagados posteriormente. De esta manera, se puede observar, que los descuentos ascendieron a la suma de \$ 854.214.950,10.

En relación a las obligaciones contractuales descontadas por no ser ejecutadas, presento cuadro discriminando cada uno de los tipos de obligaciones:

<i>DESCUENTOS</i>	<i>TOTAL</i>
Adulto mayor	\$ 19.748.042.50
<i>Desayunos Infantiles y raciones de emergencia</i>	\$ 228.461.011.69
<i>Descuento recuperación Nutricional</i>	\$ 2.266.114.36
<i>Descuentos 131-140</i>	\$ 603.739.781,54
<i>Total</i>	\$ 854.214.950,10

Adicionalmente, se realizaron descuentos por valor \$322.572.249 que consistían en las multas impuestas al contratista en las resoluciones 1968 de 19 de mayo de 2008 y 004323 de 10 de octubre de 2008.

AL HECHO UNDECIMO: Es una apreciación subjetiva del libelista. Por el contrario, como se evidencia a la respuesta del hecho anterior, los descuentos realizados se originaron en prestaciones no ejecutadas por el contratista, y como no fueron ejecutadas pues no podían ser pagadas.

Y el otro descuento realizado, operó por las multas impuestas por los reiterados incumplimientos contractuales del contrista tal como quedaron plasmadas en las resoluciones 1968 de 19 de mayo de 2008 y 004323 de 10 de octubre de 2008.

En particular reiteramos lo dicho en la respuesta al hecho 10 de este escrito.

AL HECHO DUODECIMO. Es parcialmente cierto. Esos criterios subjetivos del actor no son hechos que deban ser considerados en la demanda. En relación al incumplimiento de sus obligaciones al asumir la cesión del contrato es cierto, y por eso todas sus prestaciones ejecutadas fueron pagadas.

Debe aclararse, que el Comité de Supervisión de la Dirección de Evaluación presentó informe sobre los descuentos al contrato 991 de 2007, frente a las obligaciones ejecutadas por el cesionario, donde se establecen las siguientes obligaciones no cumplidas: Faltó realizar el 9.97% de visitas de los proyectos 131 a 140, las cuales se reprogramaron y ascienden a la suma de \$142.933.056.99. Obligaciones que fueron cumplidas en la vigencia siguiente del contrato.

AL HECHO DECIMO TERCERO: No es cierto. No puede hablarse de perversidad, no se realizó la liquidación bilateral toda vez que las partes no estuvieron de acuerdo en la liquidación del contrato propuesto por el Instituto.

AL HECHO DECIMO CUARTO: No es cierto. No se logró el acuerdo bilateral, por tanto, esa acta solo quedó en un proyecto de acuerdo bilateral que no tiene efectos jurídicos.

AL HECHO DECIMO QUINTO: Es cierto, se agoto el requisito de procedibilidad de conformidad con lo señalado en la Ley 1285 de 2009 y el decreto 1716 de 2009.

A LAS PRETENSIONES:

Me opongo rotundamente a la totalidad de las pretensiones principales y subsidiarias solicitadas por el libelista de la siguiente manera:

PRETENSIONES PRINCIPALES: A la primera serie de pretensiones principales:

364 7

PRIMERA: Me opongo porque tal como se demostrará en el proceso no existió incumplimiento contractual por el ICBF, por el contrario, siempre acudió a al juridicidad del contrato. Impuso multas por incumplimientos contractuales del contratista y realizó descuentos por obligaciones que el contratista no ejecutó. En dicha circunstancia no importa si hablamos del contratante cedente o cesionario, porque en el negocio jurídico de cesión se transfieren todos los derechos y obligaciones, es decir, el cedente y cesionario es uno solo.

Si el cesionario está inconforme con los efectos jurídicos del negocio de cesión por considerarlo lesivo de sus intereses patrimoniales debería intentar una acción ordinaria contractual contra los integrantes del cedente.

SEGUNDA: Me opongo pues como lo demostraremos en el debate probatorio la actuación del ICBF está enmarcada dentro del ordenamiento legal, razón por la cual no hay lugar a condenas ni indemnizaciones.

TERCERA: Me opongo pues las pretensiones carecen de soportes legales y facticos.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS: Frente a la segunda serie de pretensiones subsidiarias:

PRIMERA: Me opongo a la liquidación propuesta por el libelista, toda vez que el acta de inicio se aprobó el día 28 de diciembre de 2007 y por lo tanto, el contrato jurídicamente sólo podía dar inicio en su ejecución a partir de dicha fecha, sin perjuicio del cumplimiento de las demás condiciones contractuales.

La liquidación debe ajustarse a lo señalado en el inciso 2 del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

SEGUNDA: Me opongo pues como lo demostraremos en el debate probatorio la actuación del ICBF está enmarcada dentro del ordenamiento legal, razón por la cual no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones enlistadas en el acápite de la primera serie de pretensiones subsidiarias.

TERCERA: Me opongo a esta pretensión pues NO estoy de acuerdo a la forma como liquida el contrato la parte demandante, toda vez que mediante proyectos de resoluciones, las cuales estaban debidamente motivadas y sustentadas fáctica y jurídicamente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar trato de liquidar el contrato primero en forma bilateral y luego unilateralmente y el representante legal del CONSORCIO INTERVENTORES ASOCIADOS siempre se opuso, alegando un supuesto desequilibrio económico del contrato.

365 8

CONTESTACIÓN A LAS PRUEBAS

Me opongo a las pruebas documentales aportadas que no reúnan los requisitos para su incorporación y solicito su ratificación de conformidad con lo consagrado en los artículos 254, 277 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil aplicables en los procesos contenciosos administrativos y el artículo 262 del Código General Del Proceso, toda vez que la acción contractual recae sobre un contrato estatal esencialmente solemne.

EXCEPCIONES DE FONDO, MERITO O PERENTORIAS:

1. EXCEPCIÓN DE CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL. EL CESIONARIO OCUPA LA POSICIÓN CONTRACTUAL DEL CEDENTE.

Como se demostrará dentro del trámite procesal el cesionario en virtud de la cesión de la posición contractual pasa a ocupar la posición del cedente con todos sus derechos pero también con sus consecuentes obligaciones.

El Código de Comercio atendiendo las necesidades del tráfico contractual, estableció en los artículos 887 a 896 la figura de la cesión de la posición contractual¹, que no tenía antecedentes en el código civil y fue una figura inspirada en el Código Civil Italiano de 1.942

Contractualmente se estableció lo siguiente: "El artículo 887 establece la figura y señala los supuestos de la siguiente manera: " <CESIÓN DE CONTRATOS>. *En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.*

1 ABELIUK MANASEVICH, René. Las obligaciones. Tomo II. 3 edición. Temis Editorial Jurídica de Chile. El autor define y señala las siguientes notas sobre la posición contractual: "Se habla de cesión de contrato cuando uno de los contratantes, con el consentimiento del otro, traspasa los derechos y obligaciones de un contrato bilateral a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente. Por la cesión del contrato se traspasa la calidad íntegra de contratante.

Y como en el contrato bilateral cada parte adquiere al mismo tiempo la calidad de acreedora y deudora, la cesión del contrato implica que el cedente traspase al cesionario sus derechos y obligaciones; tanto en el aspecto activo como el pasivo"...

El cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente, lo reemplaza en el contrato, y, en consecuencia, puede exigir el cumplimiento de los créditos que a su favor emanen de éste y queda obligado a cumplir con las obligaciones derivadas de él"

366 9

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”

De la norma citada se colige que opera para: I. Contratos de tracto sucesivo. El contrato 991 de 2007 es un contrato de interventoría donde las prestaciones se van ejecutando en el tiempo, es de los que se denominarían de ejecución sucesiva- II. Sustitución por un tercero en todo o en parte del contrato, sin necesidad de aceptación del contratante cedido sino se ha prohibido o limitado la sustitución. El consorcio Supervisores Inter ICBF-2007 cedió el contrato al consorcio interventores asociados previa aceptación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ya que dentro del contenido del contrato en su cláusula décima se requería la autorización del ICBF para la cesión del contrato, como se desprende del acta de autorización de la cesión del contrato de consultoría, suscrita por la Directora General del ICBF.

En un laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá, se hizo un estudio de la figura de la cesión de la posición contractual, donde se estableció lo que a continuación se transcribe: *“ El cesionario del contrato, en virtud de la cesión, sustituye al cedente en los derechos y obligaciones derivadas del contrato. Cuando el código se refiere a las “relaciones derivadas del contrato” no está haciendo mención a un vínculo unilateral entre acreedor y deudor, sino a una situación jurídica en que ambas partes son a la vez deudoras y acreedoras de las obligaciones interdependientes entre sí, que es precisamente lo que constituye la esencia de los contratos denominados bilaterales por la doctrina. Dicha relación es la que se transmite del cedente al cesionario, o lo que es lo mismo, en dicha relación es en la que el segundo sustituye al primero...”*

La mención a “relación” en lugar de “obligación” distingue entonces la cesión del contrato de la cesión del crédito, razón por la cual el cesionario, como lo expresa el código, viene a sustituir en dicha relación jurídica al cedente y en virtud de la cesión, ocupa el lugar que éste tenía en el contrato convirtiéndose en titular de los derechos y en deudor de las obligaciones que estaban radicados en cabeza del cedente”²

Sobre los efectos que recaen entre el contratante cedido -ICBF- y el cesionario en la cesión del contrato no son otros diferentes a los derechos y obligaciones que provienen del contrato y que son exactamente iguales a los que existían entre los contratantes iniciales³.

2 Laudo Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá. Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmelding Asociados y Cía Ltda. vs Corporación de Abastos de Bogotá S.A, Corabastos. 12 de diciembre de 2001.

3 CASTRO DE CIFUENTES. Marcela. Derecho de las Obligaciones. Tomo II volumen II. Editorial Temis 2010. Haciendo alusión a los efectos entre el contratante cedido y el cesionario, en su publicación se estableció: *“ Una vez aceptada o notificada la cesión, según el caso, las partes del contrato son el cesionario y la parte cedida. La ejecución de las obligaciones continúa a cargo de ellas, de la misma forma en que lo estaban inicialmente entre el cedente y el cedido...”*

En el fallo arbitral comentado se hace un importante estudio donde se hace referencia explícita a las obligaciones y derechos con que cuenta el cesionario que son idénticas a las que tenían las partes al momento de la cesión, sobre eso el interesante fallo afirmó:

“El cesionario en otros términos, asume el contrato en la situación en que lo deja el cedente; llega con los mismos derechos y obligaciones que aquél tenía desde el punto de vista sustancial; y en consecuencia, cuentas con las mismas acciones y excepciones que tenía su cedente.

Pensar lo contrario, esto es, considerar que a partir de que ingresa el cesionario al contrato, debe hacerse una especie de “borrón y cuenta nueva”, en forma tal que lo sucedido antes de la cesión ni beneficie ni perjudique al cesionario implicaría confundir la cesión del contrato, con la novación, que si comporta la extinción del vínculo obligacional anterior para dar nacimiento a uno nuevo”⁴

Así las cosas con el documento contentivo de la cesión contractual, donde el cesionario en la cláusula asume todos los derechos y obligaciones sin ninguna condición, y después de hacer el estudio legal, jurisprudencia y doctrinal, no queda otro camino de que la presente excepción este llamada a prosperar, en el sentido de que le corresponde al cesionario asumir todas las obligaciones precedentes como lo son las multas y los descuentos que se realizaron al cedente, por expresa disposición legal y contractual.

2. EXCEPCIÓN DE GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS QUE IMPUSIERON MULTAS AL CONTRATISTA.

Como se probará en el transcurso del proceso la imposición de las multas se realizó con garantía del debido proceso al contratista y sin extralimitar las potestades sancionatorias de la administración, como se desprende de las resoluciones Nos. 1968 de 19 de mayo de 2008 y 004323 de 10 de octubre de 2008. De conformidad

El contrato cedido se transfiere en el mismo estado que tenía en cabeza de los contratantes originales, por lo cual la cesión implica el traslado de todas las acciones, privilegios, garantías y beneficios legales pertenecientes a su naturaleza, mas no las que se funden en causas ajenas a él o en la calidad o estado de las personas contratantes. Las acciones de nulidad, resolutorias, de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual y todas aquellas que tienen los contratantes para la tutela de sus derechos se transmiten al sustituto en virtud de la cesión”.

4 Ibidem.

con las siguientes argumentaciones, que fueron las mismas que motivaron la imposición de las sanciones:

CONCEPTO DE LA OFICINA DE ASEGURAMIENTO A LA CALIDAD DEL ICBF:

La Oficina de Aseguramiento a la Calidad, en calidad de Supervisor del Contrato N° 991 de 2007, emitió concepto una vez se presentó la solicitud de conciliación prejudicial por parte del Consorcio, concluyendo que las reclamaciones del Consorcio demandante son improcedentes, según se expone en las siguientes argumentaciones:

1. *El procedimiento que se surtió, para la cesión del contrato cumplió con todos los requisitos de ley, lo que quedó ampliamente demostrado en el numeral I. ANTECEDENTES, del presente documento.*
2. *Las obligaciones del contrato, no fueron modificadas de manera unilateral por parte del ICBF. Las modificaciones y adiciones del contrato posteriores a la cesión, se encuentran soportadas en documentos suscritos y perfeccionados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y por el Consorcio Interventores Asociados, cesionario del contrato.*
3. *El cesionario tenía pleno conocimiento, con respecto a que sobre los futuros pagos se haría efectivo el valor de las multas, de acuerdo con lo establecido mediante los documentos suscritos por el ICBF para la cesión del contrato, tal como se detalló en los antecedentes de este documento, dando aplicación a los principios generales de la cesión de los contratos estatales y en concordancia con el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que establece: ". - - La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismo de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva...*
4. *Se anexa copia del Informe técnico sobre prestaciones no objeto de reconocimiento del contrato 991 de 2007, el cual se generó como resultado de la evaluación técnica de las obligaciones incumplidas que con posterioridad a la sesión no podrían ser ejecutas y de las demás obligaciones que debían ser de obligatorio cumplimiento por parte del cesionario del contrato, teniendo en consideración el tiempo de ejecución del contrato, lo realmente ejecutado por el cedente, la periodicidad establecida por el ICBF para la ejecución de las visitas y las demás actividades a desarrollar hacia el futuro, por parte del Consorcio Interventores Asociados como cesionario del contrato.*
5. *Con relación a la procedencia de las resoluciones de multa, las resoluciones fueron notificadas en debida forma y en la actualidad se encuentran en firme.*

369 12

Adicionalmente fueron sustentadas jurídica y técnicamente, sin que pueda esgrimirse en la actualidad argumento alguno que desvirtúe la legalidad y oportunidad de su contenido.

6. No se detalla por parte del peticionario, cuáles fueron las obligaciones adicionales solicitadas por la entidad, no contempladas dentro del contrato y sus documentos anexos.

La falta de especificación en cuanto a obligaciones adicionales se refiere, conlleva también a que en la solicitud de conciliación, las supuestas obligaciones adicionales no hayan sido valoradas con exactitud.

El valor de Mil cuatrocientos millones, correspondientes a 27184,46 SMMLV, que solicita el peticionario le sean devueltos o reintegrados a su poderdante, son el resultado de sumar el valor de las multas indexadas o con aplicación de la corrección monetaria, más un valor no determinado por concepto de supuesta mora injustificada para efectuar los pagos y las obligaciones adicionales no determinadas y por tanto no valoradas.

7. Respecto a la afirmación sobre que se presentó demora no excusable de los pagos a efectuar, puede afirmarse lo siguiente:

La cláusula sexta del contrato estableció la forma de pago - ...El ICBF pagará el valor del presente contrato así: 6.1. Un pago anticipado por valor de Seiscientos treinta y seis millones ciento setenta y cinco mil cuarenta y siete pesos (\$636.175.047), del valor del contrato, una vez legalizado y perfeccionado el contrato y la suscripción del acta de inicio entre el Interventor del contrato y el contratista. 6.2) Para la vigencia 2008, se realizarán cuatro (4) pagos iguales por un valor total de Dos mil setecientos noventa y cuatro millones ochocientos setenta y siete mil setenta y siete pesos (\$2.794.877.077) en los meses de Marzo, Junio, Septiembre y Diciembre, previa aprobación por parte del interventor del contrato de las actas e informes de avance entregados por el EL CONTRATISTA. 6.3) Para la vigencia 2009 se realizarán cuatro (4) pagos iguales por un valor total de Dos mil trescientos noventa y nueve millones cincuenta y un mil quinientos cincuenta y cinco pesos (\$2.399.051.555) en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre. Previa aprobación por parte del Interventor del contrato de las actas e informes de avance entregados por el CONTRATISTA. PARÁGRAFO PRIMERO: El CONTRATISTA autoriza al ICBF..... PARÁGRAFO SEGUNDO: Los desembolsos se efectuarán dentro de los (30) treinta días siguientes a la presentación de los documentos requeridos para cada pago y una vez se cuente con el respectivo PAC, previa certificación de cumplimiento expedida por el Interventor para realizar el pago..."

De acuerdo con los comprobantes de pago de los cuales, se anexa copia expedida por Tesorería, los desembolsos se hicieron dentro del término establecido en el

parágrafo segundo de la forma de pago del contrato, es decir dentro de los treinta días siguientes, a la presentación de los documentos requeridos para cada pago, previa certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato, la cual se expedía con base en los análisis y seguimiento efectuados por los profesionales de apoyo para la supervisión del contrato.

De lo anterior se deduce, que no existió demora injustificada para efectuar los pagos, como lo afirma el peticionario.

Dadas las consideraciones contenidas en el presente documento, no es procedente, aceptar ninguno de los puntos que se tuvieron en cuenta para solicitar la Conciliación extrajudicial y por lo tanto se conceptúa no acceder a lo solicitado."

LA MULTA:

En primer lugar debemos definir la multa como la facultad de las entidades públicas de imponer las sanciones pecuniarias incluidas en los contratos con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

La anterior decisión debe estar precedida de audiencia del afectado y debe aplicarse según el procedimiento establecido en el Manual de Contratación o en el propio contrato, mediante el cual se garantice el debido proceso del contratista y procede mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a su cargo.

Dicha sanción se hará efectiva directamente por la entidad a través de acto administrativo motivado.

De la definición anterior, extraemos los siguientes presupuestos específicos:

LAS SANCIONES ESTUVIERON PRECEDIDAS DE REQUERIMIENTOS Y AUDIENCIAS DONDE SE CITO AL AFECTADO:

El ICBF se cumplió con este presupuesto contemplado y para demostrar el cumplimiento al **derecho al debido proceso y derecho de contradicción.**

PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL MANUAL DE CONTRATACIÓN O EN EL CONTRATO Y QUE GARANTICE EL DEBIDO PROCESO DEL CONTRATISTA:

Éste presupuesto se cumple con lo dispuesto en el numeral 1 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato No. 991 de 2007, así: "...El ICBF, de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 2° del artículo 33 de la ley 1150

372 14

de 2007, podrá imponer multas al INTERVENTOR por el incumplimiento parcial de sus obligaciones, las cuales sumadas no podrán exceder el 10% del total del valor del contrato. Igualmente, vencido el plazo del contrato el ICBF podrá declarar el incumplimiento para hacer efectivo el valor de la cláusula penal pecuniaria.....

PROCEDE MIENTRAS SE HALLE PENDIENTE LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES A SU CARGO:

En este caso en particular y como se indicó en los hechos de incumplimiento, hay obligaciones que se han incumplido a la fecha se encuentran pendientes de cumplimiento.

PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA IMPONER DE LA MULTA FUERON LOS SIGUIENTES:

- a) LA OCURRENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO POR EJECUCIÓN PARCIAL DE LA PRESTACIÓN DEBIDA, SERVICIO, HECHO O COSA; O SOLUCIÓN O PRESTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN EN FORMA DIFERENTE A LA PACTADA; Y/O EXTRALIMITANDO DEL TIEMPO CONVENIDO.

El incumplimiento por la ejecución parcial de la prestación debida está determinado en forma detallada, en los requerimientos que realizó el ICBF al Contratista y que han sido señalados, al igual que en las actividades referidas que no han sido ejecutadas dentro de la oportunidad y con los requisitos exigidos, las cuales también se han puesto en conocimiento del Representante Legal y del Gerente del Consorcio en las reuniones adelantadas por el ICBF.

- b) LA PRESTACIÓN DEBIDA, SERVICIO, HECHO O COSA SE REQUIERAN O AÚN LO (LOS) NECESITE EL INSTITUTO:

A la fecha de la imposición de la multa el Instituto aún requiere de las actividades faltantes enunciadas, para contar con información sobre los programas, adelantar acciones correctivas en la ejecución de los contratos de los operadores del servicio, construir y socializar planes de asistencia técnica y optimizar los resultados con que debe cumplir el ICBF en desarrollo de su objeto social.

- c) EL INCUMPLIMIENTO NO AFECTE DE MANERA GRAVE Y DIRECTA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y EVIDENCIE QUE PUEDE CONDUCIR A SU PARALIZACIÓN:

Es evidente que los incumplimientos aquí referidos son:

15
372

- Aplicar el proceso de supervisión en los años 2008 y 2009 al número de entidades contratistas
- Aplicar el proceso de supervisión en los años 2008 y 2009 al número de entidades contratistas y unidades aplicativas contenidas en el anexo No 10.
- Elaborar la programación de visitas de supervisión a las entidades contratistas y unidades aplicativas, en coordinación con el Centro Zonal respectivo, previendo la duración estimada por la guía de supervisión para cada tipo de visita.
- Realizar durante los años 2008 y 2009, dos (2) visitas de supervisión a cada entidad contratista y unidad aplicativa por vigencia.
- Realizar la primera visita de supervisión entre enero y junio y la segunda, entre julio y diciembre de cada año.
- Brindar acompañamiento a Regionales, Seccionales y Centros Zonales sobre el desarrollo de los Programas.
- Coordinar y participar en los comités de los programas y en las reuniones de seguimiento y evaluación que se realicen con los operadores y/o que convoque el ICBF
- Realizar los conceptos y recomendaciones para el ICBF que permitan la toma de decisiones oportunas para la adecuada ejecución de los programas.
- Preparar para el ICBF los conceptos técnicos en caso de incumplimiento de algunas de las obligaciones por parte de los proveedores y radicarlo ante el ICBF, debidamente documentado.
- Solicitar la aplicación de sanciones cuando determine un incumplimiento de cualquier obligación de los contratos.
- Recomendar la imposición de multas al contratista para que el ICBF adelante los trámites correspondientes.
- Informar oportunamente al ICBF las posibles irregularidades encontradas.
- Establecer un plan de supervisión específico, en caso de encontrar irregularidades para contemplar las visitas que sean necesarias hasta tanto se superen las irregularidades encontradas y sugerir las recomendaciones para dar solución a las mismas.
- Sugerir y ordenar de manera oportuna al proveedor y/o contratista, con copia al ICBF la toma de los correctivos pertinentes
- Registrar y consolidar los resultados de las visitas en los formatos EV 11.1 EV 12.1 para cada una de las modalidades de los proyectos 131 y 140, con fecha de corte a
- 30 de abril, 31 de julio, 30 de septiembre y 15 de diciembre y, remitirlos a la Subdirección de Seguimiento y Análisis de la sede nacional del ICBF, dentro de los 15 días siguientes a las respectivas fechas de

corte. Estos registros deben remitirse en un CD por regional, en el cual se debe organizar en una sola carpeta la información identificada por centro zonal teniendo en cuenta las modalidades que allí se supervisan y un CD adicional que contenga el consolidado por modalidad de la respectiva regional.

- Presentar al supervisor del contrato informe técnico y financiero, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada una de las vigencias.
- Presentación de la programación para la realización y práctica de las pruebas microbiológicas para los programas que los requieren.

COORDINACIÓN:

- Realizar sesiones de trabajo con las regionales para socializar y realizar planes de mejoramiento sobre los aspectos que se requieran para el adecuado desarrollo y ejecución de los programas.
- Brindar acompañamiento a Regionales, Seccionales y Centros Zonales sobre el desarrollo de los programas.
- Coordinar y participar en los comités de los programas y en las reuniones de seguimiento y evaluación que se realicen con los operadores y/o que convoque el ICBF.
- Realizar los conceptos y recomendaciones para el ICBF que permitan la toma de decisiones oportunas para la adecuada ejecución de los programas. Tomar aquellas medidas que a pesar de no estar estipuladas en el contrato se consideren necesarias para la correcta ejecución de Supervisión y Control y/o que estén contempladas en el Manual Operativo, lineamientos del programa y demás normas vigentes.

VISITAS:

- El número de visitas mensual deberá contener una distribución que cubra los municipios de los departamentos objeto del contrato, debiendo garantizar como mínimo mensualmente 2.5% de la totalidad de los puntos para el programa Desayunos Infantiles y el 12% mensual para el programa Adulto Mayor.

INFORMES:

- Pliego de Condiciones numeral 5.1.2.6. Los contratistas interventores deberán presentar al supervisor del contrato, en medio impreso y en medio magnético informes mensuales, dentro de los ocho días del mes siguiente, que incluya: consolidado sobre el estado de los contratos, actividades,

metodologías utilizadas, resultados, conclusiones, dificultades encontradas y recomendaciones sobre las acciones a emprender, además de reporte del seguimiento a las quejas y reclamos presentados sobre el programa. Resultados de la gestión de supervisión y control frente a los reclamos realizados por los beneficiarios, los Centros Zonales, las Regionales o la Sede Nacional del ICBF. Incluir la memoria fotográfica de los componentes verificados. Presentar los informes incluyendo los diferentes aspectos que el ICBF solicite sea incluidos.

VISITAS DE SUPERVISIÓN A PUNTOS DEL PROGRAMA ADULTO MAYOR Y DESAYUNOS INFANTILES, se encontró lo siguiente:

- Para el Programa de Adulto mayor, se observa que para ese período, en los departamentos de Atlántico, La Guajira, San Andrés y Sucre el cumplimiento es de 0%, para Bolívar es de 6,25 % y Magdalena del 22%.
- En el programa de Desayunos Infantiles se observa que en Atlántico, Bolívar, Magdalena, San Andrés y Sucre, el cumplimiento de la meta es de 0% y en la Guajira es del 80%".

Se observa que dichos incumplimientos no son de tal magnitud, que en un momento determinado se pueda manifestar que los mismos afecten de manera directa y grave la ejecución contractual y mucho menos que se evidencia que los mismos puedan conducir a su paralización.

QUE LA CLÁUSULA DE MULTA ESTE PACTADA EN EL CONTRATO:

Respecto de ésta condición, la misma se evidencia en el numeral 1 de la Cláusula Décima segunda del Contrato No. 991 de 2007, en donde se dispone que: "...El ICBF, de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 2º del artículo 33 de la ley 1150 de 2007, podrá imponer multas al INTERVENTOR por el incumplimiento parcial de sus obligaciones, las cuales sumadas no podrán exceder el 10% del total del valor del contrato. Igualmente, vencido el plazo del contrato el ICBF podrá declarar el incumplimiento para hacer efectivo el valor de la cláusula penal pecuniaria....."

ASPECTOS JURISPRUDENCIALES:

Adicionalmente, se debe analizar los argumentos jurisprudenciales que debemos acudir como soporte jurídico teniendo en cuenta lo manifestado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 3 de

julio de 1963 cuando explicó: "Es principio general de derecho civil, que los contratos se celebran para cumplirse y, en consecuencia, que el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos en forma **íntegra, efectiva y oportunamente. La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido**". (Consejo de Estado, Sección Tercera expediente N° 12278 del 31 de octubre de 2001, ponente Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros) (Negrilla y subrayado nuestro).

De allí se desprenden tres supuestos que son de vital importancia y que deben ser tenidos en cuenta para la imposición de una sanción por incumplimiento así-

INTEGRIDAD y EFECTIVIDAD:

Cómo la Jurisprudencia lo refiere, cuando uno adquiere una obligación de dar, hacer o no hacer, debe cumplirse completamente y en la forma es que quedó pactada en el contrato. De los informes, comunicaciones y actas que reposan como acervo probatorio de la imposición de la multa debemos resaltar los siguientes:

- Aplicar el proceso de supervisión en los años 2008 y 2009 al número de entidades contratistas y unidades aplicativas contenidas en el anexo No 10.
- Elaborar la programación de visitas de supervisión a las entidades contratistas y unidades aplicativas, en coordinación con el Centro Zonal respectivo, previendo la duración estimada por la guía de supervisión para cada tipo de visita.
- Realizar durante los años 2008 y 2009, dos (2) visitas de supervisión a cada entidad contratista y unidad aplicativa por vigencia.
- Realizar la primera visita de supervisión entre enero y junio y la segunda, entre julio y diciembre de cada año.
- Brindar acompañamiento a Regionales, Seccionales y Centros Zonales sobre el desarrollo de los Programas.
- Coordinar y participar en los comités de los programas y en las reuniones de seguimiento y evaluación que se realicen con los operadores y/o que convoque el ICBF
- Realizar los conceptos y recomendaciones para el ICBF que permitan la toma de decisiones oportunas para la adecuada ejecución de los programas.
- Preparar para el ICBF los conceptos técnicos en caso de incumplimiento de algunas de las obligaciones por parte de los proveedores y radicarlo ante el ICBF, debidamente documentado.

376 19

- Solicitar la aplicación de sanciones cuando determine un incumplimiento de cualquier obligación de los contratos.
- Recomendar la imposición de multas al contratista para que el ICBF adelante los trámites correspondientes.
- Informar oportunamente al ICBF las posibles irregularidades encontradas.
- Establecer un plan de supervisión específico, en caso de encontrar irregularidades para contemplar las visitas que sean necesarias hasta tanto se superen las irregularidades encontradas y sugerir las recomendaciones para dar solución a las mismas.
- Sugerir y ordenar de manera oportuna al proveedor y/o contratista, con copia al ICBF la toma de los correctivos pertinentes
- Registrar y consolidar los resultados de las visitas en los formatos EV 11.1 EV 12.1 para cada una de las modalidades de los proyectos 131 y 140, con fecha de corte a 30 de abril, 31 de julio, 30 de septiembre y 15 de diciembre y, remitirlos a la Subdirección de Seguimiento y Análisis de la sede nacional del ICBF, dentro de los 15 días siguientes a las respectivas fechas de corte. Estos registros deben remitirse en un CD por regional, en el cual se debe organizar en una sola carpeta la información identificada por centro zonal teniendo en cuenta las modalidades que allí se supervisan y un CID adicional que contenga el consolidado por modalidad de la respectiva regional.
- Presentar al supervisor del contrato informe técnico y financiero, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada una de las vigencias.
- Presentación de la programación para la realización y práctica de las pruebas microbiológicas para los programas que los requieren.

COORDINACIÓN:

- Realizar sesiones de trabajo con las regionales para socializar y realizar planes de mejoramiento sobre los aspectos que se requieran para el adecuado desarrollo y ejecución de los programas.
- Brindar acompañamiento a Regionales, Seccionales y Centros Zonales sobre el desarrollo de los programas.
- Coordinar y participar en los comités de los programas y en las reuniones de seguimiento y evaluación que se realicen con los operadores y/o que convoque el ICBF.
- Realizar los conceptos y recomendaciones para el ICBF que permitan la toma de decisiones oportunas para la adecuada ejecución de los programas. Tomar aquellas medidas que a pesar de no estar estipuladas en el contrato se consideren necesarias para la correcta ejecución de

377 20

Supervisión y Control y/o que estén contempladas en el Manual Operativo, lineamientos del programa y demás normas vigentes.

VISITAS:

- El número de visitas mensual deberá contener una distribución que cubra los municipios de los departamentos objeto del contrato, debiendo garantizar como mínimo mensualmente 2.5% de la totalidad de los puntos para el programa Desayunos Infantiles y el 12% mensual para el programa Adulto Mayor.

INFORMES:

- Pliego de Condiciones numeral 5.1.2.6. Los contratistas interventores deberán presentar al supervisor del contrato, en medio impreso y en medio magnético informes mensuales, dentro de los ocho días del mes siguiente, que incluya: consolidado sobre el estado de los contratos, actividades, metodologías utilizadas, resultados, conclusiones, dificultades encontradas y recomendaciones sobre las acciones a emprender, además de reporte del seguimiento a las quejas y reclamos presentados sobre el programa. Resultados de la gestión de supervisión y control frente a los reclamos realizados por los beneficiarios, los Centros Zonales, las Regionales o la Sede Nacional del ICBF. Incluir la memoria fotográfica de los componentes verificados. Presentar los informes incluyendo los diferentes aspectos que el ICBF solicite sean incluidos.

VISITAS DE SUPERVISIÓN A PUNTOS DEL PROGRAMA ADULTO MAYOR Y DESAYUNOS INFANTILES, se encontró lo siguiente:

- Para el Programa de Adulto mayor, se observa que para ese período, en los departamentos de Atlántico, La Guajira, San Andrés y Sucre el cumplimiento es de 0%, para Bolívar es de 6,25 % y Magdalena del 22%.
- En el programa de Desayunos Infantiles se observa que en Atlántico, Bolívar, Magdalena, San Andrés y Sucre, el cumplimiento de la meta es de 0% y en la Guajira es del 80%".

Ejemplo de ello es:

Incumplimiento en la entrega de informes y documentos con plazos determinados en las obligaciones del contrato, como: informes financieros

trimestrales, segundo informe trimestral de los programas 131 y 140, primer informe de estudios en profundidad, segunda entrega de registros EV12, certificaciones de pagos de aportes y parafiscales, entre otros.

Escasa coordinación con las Regionales y Centros Zonales. No se tiene evidencia de las reuniones de coordinación de las programaciones de visitas y de la entrega de resultados de las mismas.

Deficiencias en la calidad de los análisis reportados en los informes correspondientes a cada proyecto.

No realización pruebas microbiológicas en los programas que lo tienen establecido.

OPORTUNIDAD:

Este bajo porcentaje de cumplimiento de metas de primeras visitas representa una situación de suma gravedad para el Instituto, ya que la estructura del sistema de supervisión está fundamentado en un proceso que está diseñado para obtener información pertinente, suficiente y oportuna durante el primer semestre para orientar la acción de asistencia técnica que deben formular e implementar tanto las regionales, como sus respectivos centros zonales.

El tiempo que debe transcurrir entre una primera y segunda visita, está definido técnicamente y en este momento se está viendo significativamente afectado por el atraso que el Consorcio ha tenido en la realización de las primeras, al igual que se exige un mayor esfuerzo para la realización de las segundas y terceras (para los casos establecidos por los lineamientos del ICBF), dado que el tiempo para su ejecución se reduce.

Es así como, el no cumplimiento del objeto del contrato, ocasiona también para el Instituto la imposibilidad de hacerle seguimiento, control y elaboración oportuna a los planes de asistencia técnica para los contratos suscritos con los operadores del servicio en la macroregión 3.

Por su parte, el particular al suscribir un contrato con una entidad pública adquiere un mayor compromiso y responsabilidad toda vez que la administración pública busca con la contratación estatal garantizar el interés público tendiente a satisfacer necesidades generales y colectivas.

Por lo anterior se demuestra que el ICBF al imponer la multas al CONSORCIO SUPERVISORES ICBF lo realizo con el debido ajuste al derecho de defensa y debido proceso permitiendo en 13 oportunidades al

379 22

requerirlo para el cumplimiento y en 6 reuniones para el mismo efecto desde el mes de abril hasta el mes de octubre de 2008 que demostrara el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sin que lo haya realizado, por lo anterior se desvirtúa al argumento indicado en la solicitud de conciliación extrajudicial de que se violó su derecho a la defensa pues conoció del trámite realizado por el ICBF previamente a su sanción.

De otra parte frente a la indicación de que al momento de la imposición de la multa el CONSORCIO SUPERVISORES ICBF hubiese podido dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales pues según su solicitud la primera multa se debió a que se estaba en la primera fase de ejecución del contrato es de resaltar que a través del interventor y del ICBF se requirió el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y no se dio cumplimiento a las mismas, y frente al segundo argumento de que se genero el incumplimiento cuando estaba en la fase de cesión del contrato, no es de recibo en razón a que al momento de la imposición de las multas como se halla fehacientemente demostrado era evidente los incumplimientos allí indicados y dichos incumplimientos son de igual forma demostrados en el documento de cesión del contrato de consultoría No.991 de 2007 en el cual el CONSORCIO SUPERVISORES INTER ICBF, en el acta de inicio se compromete a realizar lo no ejecutado por el CONSORCIO SUPERVISORES ICBF, relacionando todas las actividades no ejecutadas por el cedente, y el argumento central del recurso es que se vulnero el debido proceso sobre este particular es claro que en ningún momento se vulnero este derecho como se ha demorado en todos los requerimientos realizados por el ICBF para que diera cumplimiento al objeto contractual y de igual forma al concederle los recursos en la vía gubernativa.

3. EXCEPCIÓN DE IMPOSIBILIDAD DE PAGO DE OBLIGACIONES QUE NO FUERON PRESTADAS POR EL CONTRATISTA.

Como se demostrará dentro del proceso frente a la pretensión de “descuentos ilegales” realizados por el contratista, el Instituto aplicó la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 del Código Civil, en el entendido de que si el contratista no ejecutaba las prestaciones contractuales era imposible que el Instituto procediera a su pago. Es imposible desde un punto de vista lógico y jurídico pensar que una de las partes contractuales proceda a pagar prestaciones que no fueron cumplidas por la otra parte.

Con las pruebas documentales aportadas en el proceso, el Comité de Supervisión de la Dirección de Evaluación estableció que existían obligaciones no ejecutadas por parte de los contratistas interventores: Por el contratante cedente por valor de \$854.214.950,10 y por el contratante cedido por valor de \$142.933.056.99, para un total de \$ 997.148.007.09. De la certificación del supervisor, se infiere claramente que las obligaciones fueron prestadas en la vigencia siguiente.

El Comité de Supervisión de la Dirección de Evaluación presentó informe sobre los descuentos al contrato 991 de 2007, frente a las obligaciones no ejecutadas por el cedente, donde se establecieron las siguientes conclusiones:

DESCUENTOS	TOTAL
Adulto mayor	\$ 19.748.042.50
Desayunos Infantiles y raciones de emergencia	\$ 228.461.011.69
Descuento recuperación Nutricional	\$ 2.266.114.36
Descuentos 131-140	\$ 603.739.781,54
Total	\$ 854.214.950,10

En virtud de lo anterior, el Instituto procedió a descontar de los pagos al cesionario, las obligaciones no cumplidas por el cedente, ya que si el Instituto procediera a pagar obligaciones no ejecutadas por sus contratistas estaría incurriendo en un claro evento de detrimento patrimonial. Se insiste conforme se explicó en la excepción anterior, el cesionario asumió la cesión del contrato con todos los derechos y obligaciones que tenía el cedente al momento de realizarse el negocio jurídico. Por lo anterior, el ICBF realizó un descuento por \$ 854.214.950,10 que se insiste refleja obligaciones no prestadas por el contratante.

El Comité de Supervisión de la Dirección de Evaluación presentó informe sobre los descuentos al contrato 991 de 2007, frente a las obligaciones ejecutadas por el cesionario, donde se establecen las siguientes obligaciones no cumplidas: Faltó realizar el 9.97% de visitas de los proyectos 131 a 140, las cuales se reprogramaron y ascienden a la suma de \$142.933.056.99. Obligaciones que fueron cumplidas en la vigencia siguiente del contrato.

4. EXCEPCIÓN DE FONDO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

La fundamenta en el hecho de que de conformidad con lo narrado a lo largo de la contestación de la demanda fue el contratista el que incumplió con sus obligaciones contractuales, no le asiste causa petendi al actor para formular las pretensiones y de hacerse tal reconocimiento incurriríamos en pago indebido, por falta de causa real y lícita de la pretendida obligación o, dicho en otras palabras, estaríamos frente a un pago excesivo de lo desembolsado por el instituto demandado que asciende a **CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS \$5.733.776.941,44.**

Por otro lado a la teoría de la imprevisión alegada por la parte demandante, tanto jurisprudencial como doctrinalmente tiene establecidos unos requisitos, dos de esos requisitos son:

* Las circunstancias que alteran el equilibrio económico del contrato no pueden derivarse de la negligencia o el descuido de la parte que las alega.

* La prestación debe estar pendiente de cumplir, pues si la circunstancia sobreviene durante la mora, la parte afectada debe asumir los riesgos provenientes de su incumplimiento.

La parte demandante por su negligencia incurrió en retardo en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que, por ejemplo, si las multas afectaron en forma grave el equilibrio del contrato, situación que refutó, las mismas se impusieron cuando el contratista incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que la parte contratista debe asumir los riesgos provenientes de su incumplimiento.

5. LA EXCEPCIÓN QUE OBSERVE O VERIFIQUE EL JUZGADOR DE INSTANCIA DE ACUERDO A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA O PERSUACIÓN RACIONAL.

En el evento de que aparezcan probados los hechos que constituyen una excepción, ruego al honorable magistrado reconocerla así en la sentencia de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

392 25

Igualmente a lo largo del proceso se darán a conocer nuevos hechos, con la práctica de pruebas, razón por la cual desde ya solicito que se declaren probadas las excepciones y se absuelva al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, con base en tales nuevas situaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Son fundamentos de derechos de esta controversia el Código Civil artículo 1602; Código de Comercio Artículos 887 a 869; y la Ley 1150 de 2007.

PRUEBAS:

DOCUMENTALES:

De conformidad con el parágrafo 1º del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

1. Copia autenticada de la solicitud de conciliación prejudicial presentada por el abogado Oscar Gustavo Calderón Medina en calidad de apoderado del Consorcio Inter.
2. Copias autenticas del pliego de condiciones del contrato.
3. Copia autentica del acta de inicio del contrato del 28 de diciembre de 2007.
4. Copia autenticada del Contrato 991 del 28 de diciembre de 2007.
5. Copia autenticada Acta de Autorización de Cesión del contrato de consultoría No. 991 de 2007.
6. Copia autenticada de las actas de adición, modificación al contrato desde la N°1 hasta la N°5.
7. Copia autenticada Prorroga N°1 al contrato 991 de 2007
8. Copia autentica de los poderes otorgados al abogado Oscar Gustavo Calderón Medina para el proceso conciliatorio en la procuraduría.
9. Copia autentica del informe sobre descuentos al contrato 991 de 2007.
10. Copia autentica de la resolución N°00265 del 7 de julio de 2008.

11. Copia autentica de la actuación administrativa previa a la conciliación prejudicial en la Procuraduría 137 Judicial II Administrativa.
12. Copia autentica del acta N°217 del 7 de octubre de 2010.
13. Copia autentica del Informe ejecutivo de liquidación de empresas Grupo Nule.
14. Copia autentica de la certificación del jefe de la oficina de aseguramiento a la calidad del ICBF.
15. Copia autentica del acta N°229 celebrada en la Procuraduría N°137 judicial II Administrativa el 25 de octubre de 2010.
16. Copia auténtica del concepto sobre conciliación extrajudicial solicitada por el Consorcio Interventores Asociados en relación con el contrato 991.
17. Copia autentica del acta N°261 celebrada en la Procuraduría N°137 judicial II Administrativa el 25 de noviembre de 2010.
18. Copia autentica ficha análisis conciliaciones del comité del 25 de noviembre de 2010.
19. Copia autenticada del Acta No. 276 de la Procuraduría 137 Judicial II Administrativa de 15 de Diciembre de 2010, donde existió una solicitud con base en los mismos hechos, causa, diferente objeto donde no existía animo conciliatorio por las partes.
20. Copia autenticas memorando trámite administrativo en ICBF relacionado contrato 991 de 2007.
21. Copia autenticada de la resolución No. 0001968 de 19 de mayo de 2008.
22. Copia autenticada de la resolución 004323 de 10 de octubre de 2008.
23. Copia autenticada acuerdo de Cesión del contrato del 17 de octubre de 2008.
24. Copia autentica de la autorización de la cesión del contrato N°991 del 6 de noviembre de 2008.
25. Copia autentica de la certificación existencia del contrato de consultoría.
26. Copia autentica del estado de cuenta a corte del 19 de agosto de 2010.
27. Copia autentica del proyecto de acta de liquidación bilateral del contrato de consultoría N°991 de 2007, con la cual no estuvo de acuerdo el contratista y no fue firmada.

384 27

28. Copia autentica del proyecto de acta de liquidación del contrato del 3 de septiembre de 2010, que no fue suscrita por el representante legal del demandante.
29. Copia autentica de la carta del 2 de septiembre de 2010 donde el representante legal del Consorcio dice que no está de acuerdo con la clausula tercera del proyecto acta de liquidación.
30. Copia autentica del estado de cuenta de fecha 3 de febrero de 2011.
31. Copia autentica de otro proyecto de acta de liquidación del contrato 991.
32. Copia autentica de la carta del 3 de marzo de 2011 donde el jefe de la oficina jurídica del ICBF de esa época cita al representante legal del Consorcio para la liquidación del contrato.
33. Copia autentica de la carta del 9 de marzo de 2011 donde el jefe de la oficina jurídica del ICBF de esa época cita al representante legal de Servinc Ltda, para la liquidación del contrato.
34. Copia autentica de la carta del 9 de marzo de 2011 donde el jefe de la oficina jurídica del ICBF de esa época cita a la representante legal de ATI Internacional Ltda, para la liquidación del contrato.
35. Copia autentica del acta del 8 de marzo de 2011, donde se deja constancia que el consorcio no suscribe el acta de liquidación del contrato porque no están de acuerdo con la clausula tercera.
36. Copia autenticada del Concepto del Comité de Supervisión de la Dirección de Evaluación sobre la ejecución del contrato y las actividades no realizadas por el contratista.
37. Copia autentica del proyecto de resolución con la cual se realizaba la liquidación unilateral del contrato.
38. Copia autentica del cuadro consolidado de verificación de obligaciones contractuales para liquidación.
39. Copia autentica del memorando interno 006816, enviado dentro de la actuación administrativa radicado el 30 de abril de 2012, suscrito por el subdirector de abastecimiento estratégico con funciones de coordinador de contratos.
40. Copia autentica del memorando de respuesta al memorando 006816 del 30 de abril de 2012.

305 28

41. Copia autentica del memorando radicado el 22 de mayo de 2012 suscrito por el subdirector de abastecimiento estratégico con funciones de coordinador de contratos.
42. Copia autentica del memorando de respuesta al memorando 008083 del 22 de mayo de 2012.
43. Copia autentica del proyecto de acta de liquidación bilateral del contrato, que no fue suscrita por objeción del representante legal del consorcio.
44. Copia autentica de la póliza de cumplimiento expedida en Bogotá el 28 de diciembre de 2007.
45. Copia autentica de la póliza de cumplimiento expedida en Bogotá el 13 de febrero de 2008.
46. Copia autentica de los Comprobantes de pagos realizados por la Tesorería del ICBF.
47. Copia autenticada de los estados de Cuenta del contrato 991 de 2007 del Coordinador Grupo Financiero.
48. Copia autenticada de la certificación de la dirección de evaluación y dirección técnica del ICBF donde se puede observar los descuentos establecidos por las multas impuestas.
49. Copia autentica de la Tabla con el detalle de pago donde están los descuentos por las multas impuestas.
50. Copia autentica de la certificación de la dirección de evaluación y dirección técnica del ICBF donde se puede observar los descuentos establecidos por las labores no ejecutadas.
51. Copia autentica de la certificación del director de evaluación por valor de \$ 85.759.834.19 sobre labores ejecutadas en la vigencia posterior.
52. Copia autentica de la certificación del director de evaluación por valor de \$ 34.303.933.68 sobre labores ejecutadas en la vigencia posterior.
53. Copia autentica del recurso de reposición que presentó el jefe de la oficina jurídica por falta de competencia de fecha 20 de junio de 2012.
54. Copia autentica del memorando radicado el 3 de diciembre de 2012 suscrito por la asesora de dirección general encargada con funciones de la dirección de contratación.

306 29

Son trescientos cincuenta y cinco (355) folios anexos de la actuación administrativa que fueron debidamente autenticados por el director regional Bolívar.

INTERROGATORIO DE PARTE:

Solicito comedidamente se fije fecha y hora para realizar interrogatorio de parte a los señores representantes legales de la parte actora, los señores **ALVARO BETTIN DIAGO, GLORIA GUZMÁN GÓMEZ y MIGUEL ANGEL BETTIN JARABA**. con el fin que depongan sobre los hechos de la demanda, esta contestación y sobre las sanciones impuestas a los integrantes del consorcio, todas vez que se desempeñaron como representantes legales de los contratistas, según formulario escrito que allegaré en su oportunidad legal o mediante cuestionario verbal, el día y la hora que señale el Despacho.

TESTIMONIALES:

Solicito muy comedidamente se libre despacho comisorio para que ante el Juzgado Administrativo de Bogotá D.C (Reparto). Se cite a declarar al Dr. **ALBERTO HIGUITA GOEZ** en su calidad de Jefe de la Oficina de Aseguramiento a la Calidad y supervisor del contrato para que deponga sobre los hechos, contestación a los hechos de la demanda y excepciones propuestas por el Instituto, toda vez que los conoce en forma directa.

También solicito de manera comedida se libre despacho comisorio para que ante los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C. se llamen a declarar a los **Doctores FREDDY TORRES Y HECTOR ARIAS**, quienes acompañaban al supervisor del contrato, en el manejo financiero y contable del contrato 991 de 2007 para que depongan sobre los hechos, contestación a los hechos de la demanda y excepciones propuestas por el Instituto.

Los testimonios de todos estos señores son conducentes, pertinentes y no son dilatorios del procedimiento toda vez que conocen directamente los hechos narrados en la demanda y su contestación en su calidad de supervisores del contrato.

Los mencionados testigos pueden ser citados a declarar en la **Carrera 68 No. 64C-75 sede principal ICBF de la ciudad de Bogotá D.C.**

ANEXOS:

Anexo con el presente escrito las enunciadas como documentales en el acápite probatorio, poder a mi favor para actuar, resolución de decreto de nombramiento del director nacional y pagina del libro de posesiones y copia de la cedula de ciudadanía



387 30

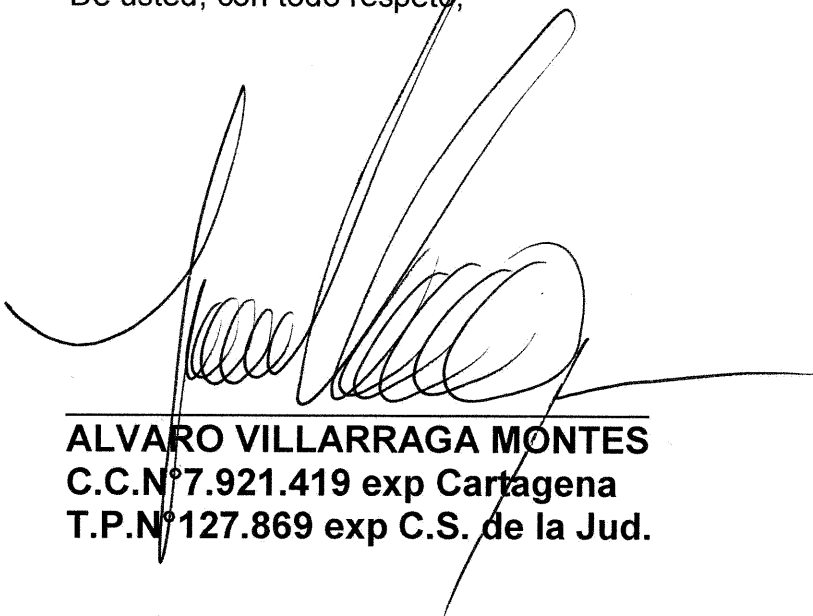
del director nacional. Son treinta y cinco (35) folios del escrito de contestación, poder decreto nombramiento y acta de posesión, más trescientos cincuenta y cinco (355) folios anexos de la actuación administrativa.

NOTIFICACIONES:

La entidad que represento así como su Director General recibirá notificaciones en la Carrera 68 No. 64C-75 de la ciudad de Bogotá D.C. O en el Correo electrónico: Diego.Molano@icbf.gov.co

El suscrito en las instalaciones de su despacho o en el Centro, la Matuna, Edf. Concasa, Piso 16, de esta ciudad ó en el correo electrónico: ALVARO.VILLARRAGA@icbf.gov.co.

De usted, con todo respeto,



ALVARO VILLARRAGA MONTES
 C.C.N°7.921.419 exp Cartagena
 T.P.N°127.869 exp C.S. de la Jud.

Fecha: 05-02-2013

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR	
RECIBIDO	
FECHA: <u>05 FEB 2013</u>	HORA: <u>1:42 P.M.</u>
ENTREGA: <u>ALVARO DE S. VILLARRAGA MONTES</u>	
CEDULA: <u>7921.419</u>	T.P.: <u>127.869</u>
No. DE FOLIOS: <u>390</u>	FOLIOS: <u>390</u>
FIRMA QUIEN RECIBE:	