

CONTRATO DE CONSULTORÍA – Contrato de prestación de servicios – Diferencias – Índole técnica

Por el alcance y similitudes que el contrato de consultoría tiene con el de prestación de servicios, vale precisar que la Ley 80 de 1993 los define como dos tipologías contractuales independientes, cuya distinción radica en que el primero se centra en la realización de estudios, diseños y asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría, gerencia y dirección de obras o proyectos, actividades cuyo común denominador es de marcada índole técnica acompañada de un matiz de especialidad; mientras que la prestación de servicios, que tiene un rango más general de cobertura, gira en torno al desarrollo de actividades relativas a la administración o funcionamiento de la entidad, que pueden o no incluir actividades técnicas, profesionales o no.

Así, las actividades a las que se refiere la norma relativa a la consultoría son las que corresponden a este arquetipo contractual, las demás se enmarcan en contratos de prestación de servicios; conclusión cuyo entendimiento ha adoptado, de forma mayoritaria, la Corporación.

CONTRATO DE CONSULTORÍA – Interpretación del pliego – Ajustes – Alcance

Estas previsiones, igualmente giran en torno al entendimiento que tiene el concepto ajustes y sus límites admisibles, el cual involucra la aplicación por parte del contratista de cambios o arreglos que son requeridos para que su propuesta metodológica, esto es, con la que resultó adjudicatario del proceso de selección, resulte acorde y coherente con la visión de la entidad, sin que conlleve una alteración transversal y sustantiva de la misma, pues, como se vio, los ajustes solo implican acomodar dos criterios para que no existan discordancias entre ellos, sin alterar el contenido esencial de alguno de éstos.

Esta hermenéutica se acompasa con una interpretación tanto sistemática como por la naturaleza del contrato -artículos 162134 y 162235 del Código Civil-, toda vez que comprende lo establecido en el pliego de condiciones -parte integrante del negocio jurídico- y la particularidad del contrato de consultoría suscrito, en función del propósito de contar con expertos para la formulación y diseño de una metodología de acción pedagógica dirigida a incrementar la importancia que la sociedad le asigna a la educación.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 250002336000201502350 01 (59.148)
Demandante: Consorcio TZ CIER
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: — *CONTRATO DE CONSULTORÍA – Naturaleza / INTERPRETACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES – criterios hermenéuticos de interpretación / OBLIGATORIEDAD DE LA PROPUESTA ADJUDICATARIA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – alcance de las cláusulas contractuales, en atención a una interpretación sistemática y teleológica*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

La controversia gravita sobre la pretensión de nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró el incumplimiento del contratista respecto de un contrato de consultoría; el apelante insiste en que la frustración del objeto convenido tuvo lugar por actuaciones e injerencia de la entidad contratante y la falta de planeación del negocio jurídico suscrito.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, de fecha 23 de enero de 2017, mediante la cual se adoptaron las siguientes determinaciones (se transcribe conforme obra, incluyendo eventuales errores):

*“PRIMERO: Se **niegan** las pretensiones de la demanda conforme a la parte motiva de esta providencia.*

*“SEGUNDO: Sin condena en **costas**, por las razones expuestas.*

*“TERCERO: Se **fija por agencias en derecho** a favor de la entidad demandada, la suma de **VEINTICUATRO MILLONES CIENTO VEINTE PESOS (\$24'000.120,00)** las cuales deberá pagar la parte demandante **CONSORCIO TZ CIER**, una vez quede ejecutoriada la presente sentencia.*

*“CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **liquídense** por secretaria de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al*

*interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 7 y 9 del Acuerdo N° 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura*¹.

2. El anterior proveído resolvió la demanda cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho son los siguientes:

Pretensiones

3. El 14 de octubre de 2015², el consorcio TZ CIER³, integrado por TZ IKIN AAJ Ltda. y la Corporación para la Investigación y el Desarrollo Regional -CIER-, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional (en adelante el Ministerio o MEN), con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“PRETENSIONES

“PRIMERA. DECLARAR la NULIDAD de la resolución No. 5488 del 15 de mayo de 2013, proferida por la Subdirección de contratación del Ministerio de Educación Nacional, acto administrativo mediante el cual se declaró el incumplimiento del contrato de consultoría No. 464 de 2011 por parte del Consorcio TZ CIER.

“SEGUNDA. DECLARAR la NULIDAD de la resolución No. 10604 del 12 de Agosto (sic) de 2013, proferida por la Subdirección de contratación del Ministerio de Educación Nacional, acto administrativo mediante el cual se confirmó la declaratoria de incumplimiento de la resolución No. 5488 del 15 de mayo de 2013, modificándose solo el monto del mismo y en consecuencia, la sanción a cancelar por parte del Consorcio Contratista.

“TERCERA. Que se DECLARE RESPONSABLE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL del incumplimiento del contrato No. 464 de 2011, así como de la alteración del equilibrio económico y financiero del mismo.

“CUARTA. Que se DECLARE RESPONSABLE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de todos los perjuicios sufridos por mis representados con ocasión de su incumplimiento contractual y de las resoluciones mencionadas en los numerales anteriores.

“2. CONDENAS.

“Como consecuencia de lo anterior, se SOLICITA a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a título de restablecimiento del derecho que:

“PRIMERA. Se RECONOZCA y ORDENE a favor del Consorcio TZ CIER integrado por las personas jurídicas: TZ IKIN AAJ Ltda. y Corporación para la Investigación y el Desarrollo Regional CIER, a la devolución de la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$57.355.488), que debieron cancelar con ocasión de la declaratoria de incumplimiento contemplada en la Resolución No. 5488 del 15 de mayo de 2013, a título de DAÑO EMERGENTE.

“SEGUNDA. Se RECONOZCA y ORDENE a favor del Consorcio TZ CIER integrado por las personas jurídicas: TZ IKIN AAJ Ltda. y Corporación para la Investigación y el Desarrollo Regional CIER, el pago del 40% pactado por los productos asociados al diseño y la evaluación que fueron debidamente entregados al Ministerio de Educación Nacional sin que esta entidad los aprobara, porcentaje que corresponde a la suma de

¹ Folio 196 del cuaderno principal.

² Folio 21 del cuaderno 1.

³ Conforme con el documento de constitución de esta forma asociativa, éste está integrado por TZ IKIN AAJ Ltda., en un 50%, y la Corporación CIER, con el 50% restante- (folios 220 a 222 del cuaderno 4).

DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$286.777.445)

“TERCERA. Se **RECONOZCA** y **ORDENE** a favor del Consorcio TZ CIER integrado por las personas jurídicas: **TZ IKIN AAJ Ltda.** y **Corporación para la Investigación y el Desarrollo Regional CIER**, al pago de los **PERJUICIOS** causados con ocasión del desequilibrio económico, esto es, el **DAÑO EMERGENTE** sufrido por los **SOBRECOSTOS** que la actuación de la convocada trajo a la parte ejecutada del proyecto, **avaluados en la suma de CUATROCIENTOS SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$407.191.372).**

“CUARTA. Que se **RECONOZCA** y **ORDENE** a favor del Consorcio TZ CIER integrado por las personas jurídicas: **TZ IKIN AAJ Ltda.** y **Corporación para la Investigación y el Desarrollo Regional CIER**, el pago de las rogaciones que se han tenido que efectuar por gastos de representación del Consorcio durante todo este tiempo que se ha extendido la existencia del mismo, lo cual asciende a la suma de **DOSCIENTOS OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA PESOS MDA. CTE. (\$208.765.190).**

“QUINTA. Que se **RECONOZCA** y **ORDENE** a favor del Consorcio TZ CIER integrado por las personas jurídicas: **TZ IKIN AAJ Ltda.** y **Corporación para la Investigación y el Desarrollo Regional CIER**, al pago de los **PERJUICIOS** causados con ocasión de la infundada declaratoria de incumplimiento, esto es el **LUCRO CESANTE** reflejado en las utilidades que debía recibir el contratista por la parte del contrato que no se terminó de ejecutar debido a la decisión del **Ministerio de Educación Nacional**, que corresponden a la suma de **OCHENTA Y DOS MILLONES NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS MDA. CTE (\$82.092.780).**

“SEXTA. Que se **RECONOZCA** y **ORDENE** a favor del Consorcio TZ CIER integrado por las personas jurídicas: **TZ IKIN AAJ Ltda.** y **Corporación para la Investigación y el Desarrollo Regional CIER**, al pago de la indemnización correspondiente por concepto de perjuicios inmateriales, concretamente el daño que tuvieron que soportaron (sic) mis poderdantes de orden **MORAL**, por la afectación a sus **DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS** (buen nombre y debido proceso) y la **PÉRDIDA DE CHANCE** u **OPORTUNIDAD**, por un valor de **DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (200 SMMLV).**

“SÉPTIMA. Que sobre cada una de las sumas que se encuentran debidamente reconocidas, se liquide y paguen a título de indemnización intereses moratorios e indexación, tomando como base la certificación expedida por la Superintendencia Financiera, desde la fecha en que debió realizarse el respectivo pago hasta el momento en que se cancelen cada una de las sumas reconocidas a favor de mi poderdante, según lo indica (sic) los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.).

“OCTAVA. Se condene a la demandada al pago de las costas procesales en que debió incurrir mi poderdante, conforme a lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A. (Ley 1437 de 2011)”⁴ (negritas del texto original).

Hechos relevantes

4. Como supuestos fácticos de sus pretensiones, la parte actora indicó que suscribió con el Ministerio de Educación Nacional (en adelante MEN) el contrato de consultoría 464 el 1 de agosto de 2011, cuyo objeto era “*elaborar la metodología y el diseño e implementar una estrategia de acción pedagógica, movilización social y comunicación que contribuya a incrementar la importancia que la sociedad asigna a la educación y así incentivar la transformación de comportamientos sociales*”⁵; para

⁴ Folios 2 a 4 del cuaderno 1.

⁵ Folio 5 del cuaderno 1.

su ejecución se acordó un plazo de 5 meses contados a partir de la firma del acta de inicio -ocurrida el 5 de agosto de 2011-, el cual fue prorrogado hasta el 30 de abril de 2012.

5. Según el actor, el aumento del plazo tuvo lugar por el redireccionamiento del Ministerio respecto al alcance metodológico de la consultoría, generando un incumplimiento del negocio, por las siguientes circunstancias:

(i) Respecto al diseño metodológico del diagnóstico participativo propuesto por el consultor, el MEN solicitó incluir la metodología CAP que difería de la metodología ofrecida en el concurso de méritos. Asimismo, la contratante exigió la presentación de las estrategias propuestas en cada una de las monografías por ETC (Entidad Territorial Certificada en educación), no en monografías o informes como los hizo el consorcio, *“replanteamiento que condujo a dos versiones de las 252 estrategias allí previstas”*⁶.

(ii) El Ministerio exigió al contratista elaborar un presupuesto completo con las especificaciones a corto, mediano y largo plazo, como insumo para futuras convocatorias, labor que no estaba obligado a realizar el consorcio; no obstante, *“con el interés de colaborar al MEN en este sentido”*⁷ entregó un presupuesto estimado de estrategia a corto plazo.

(iii) El 20 de diciembre de 2011, el consorcio entregó formalmente su planteamiento estratégico denominado “Fase dos”, respecto del cual el Ministerio no formuló observación alguna; sin embargo, el 6 de febrero de 2012 el MEN solicitó un giro en el desarrollo del proyecto, consistente en la modificación del esquema de la metodología, lo cual conllevó otro mes de atraso en el cronograma previsto y un aumento en los costos asumidos por el consorcio, razón por la cual este último expresó su determinación de no presentar nuevas elaboraciones estratégicas e invitar al Ministerio a debatir las discrepancias entre las concepciones planteadas.

6. Reconociendo que en el pliego de condiciones la propuesta se ajustara según el asesoramiento técnico del Ministerio, indicó que ello no implicaba la generación de sobrecostos ni prórrogas al contrato; además, la entidad le exigió al consorcio la elaboración de un marco teórico que absorbió gran parte del tiempo y presupuesto destinado para el contrato y que no estaba incluido dentro de la propuesta formulada en el proceso de selección.

7. Reseñó que el Ministerio impuso la elaboración de 45.627 estrategias, mediante el método CAP, circunstancia que excedió ampliamente lo ofrecido por el consorcio y que constituyó un incremento en tiempo, gastos del proyecto y la violación a la independencia técnica del consultor.

8. Agregó que en trasgresión del derecho al debido proceso, el Ministerio profirió la Resolución 5488 de 2013, declarando el incumplimiento del contrato 464 de 2011;

⁶ Folio 7 del cuaderno 1.

⁷ *Ibidem*.

decisión que fue recurrida y confirmada por medio de la Resolución 10604 de 2013, salvo en lo relacionado con el monto de la multa impuesta.

Fundamentos de derecho

9. Según el actor, las resoluciones enjuiciadas adolecen de falsa motivación y, además, fueron proferidas con violación al debido proceso.

10. Afirmó que la contratante desconoció durante toda la ejecución negocial, la naturaleza propia del contrato de consultoría y la autonomía que ostenta el contratista, pues, en uso indebido de su posición dominante, alteró la propuesta metodológica que el consorcio formuló, ocasionando desequilibrio económico del contrato e imposibilidad de ejecutarlo.

11. Agregó que las modificaciones exigidas por el Ministerio evidencian la falta de planeación y previsión de la Administración, al cambiar las condiciones iniciales del pliego de condiciones, ya que desde la etapa precontractual, la entidad debió definir claramente los requerimientos que le permitieran alcanzar los resultados deseados con la ejecución del contrato.

Contestación de la demanda

12. El Ministerio, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones. Sostuvo que aunque la propuesta del consorcio TZ CIER fue la mejor calificada, en su evaluación se dejó constancia de que ésta no permitía precisar el cronograma en el corto, mediano y largo plazo, no perfilaba adecuadamente los instrumentos a utilizar, ni los criterios para definir contextos y escenarios de interacción, razón por la cual al calificarla hizo constar que “la propuesta metodológica presentada por el proponente no será vinculante, la misma tendrá que ser ajustada con el asesoramiento técnico del Ministerio para desarrollar la estrategia”⁸ y, por ello, se pactó en el contrato que el Ministerio haría sugerencias y observaciones al contratista sobre el trabajo a realizar, y éste se obligaba a acoger los ajustes y cumplir las especificaciones técnicas indicadas por el contratante.

13. Bajo este escenario, el MEN jamás actuó con extralimitación de sus compromisos; los requerimientos estaban dirigidos a mejorar la propuesta metodológica y como ésta no partía de un marco teórico, le sugirió identificar las causas de la Encuesta Nacional de Deserción Escolar (ENDE) y desde ello desarrollar conocimientos, actitudes y prácticas con una encuesta CAP, para el desarrollo del contrato. Además, las solicitudes hechas al contratista tuvieron origen en la falta de claridad de su metodología, porque los productos entregados no tenían coherencia con el objeto contratado o el material carecía de la calidad esperada.

14. Anotó que resultaría extraño que el consorcio no se manifestara en el momento oportuno sobre las solicitudes que, consideraba, desbordaban lo pactado, ya sea

⁸ Folio 54 del cuaderno 1.

durante la etapa precontractual, cuando la entidad plasmó las observaciones respecto de la propuesta, o en curso de la ejecución negocial; por ende, no debió esperar a efectuar sus reclamos al consumir su incumplimiento.

15. Sobre el procedimiento adelantado para declarar el incumplimiento del contrato, afirmó haber aplicado íntegramente el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Y concluyó que su conducta no produjo un desequilibrio económico, dado que no existió variación o modificación del contrato, ni se probó la mayor onerosidad reclamada por el contratista.

Trámite de primera instancia

16. En curso de la audiencia inicial⁹ se llevó a cabo el decreto de pruebas¹⁰ y, entre las determinaciones adoptadas, el *a quo* se pronunció en el sentido de aplazar el dictamen pericial pedido por el actor para determinar el *quantum* de los perjuicios, difiriéndolo al evento de que fuese expedida una sentencia condenatoria.

17. Luego de surtida la etapa probatoria se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegaciones y concepto, respectivamente; demandante y demandada insistieron en los argumentos esgrimidos en curso del proceso.

El Ministerio Público guardó silencio.

Fundamentos de la providencia recurrida

18. El Tribunal de primer grado¹¹ concluyó, de una parte, que ninguno de los cargos de nulidad está llamado a prosperar, dado que:

(i) las resoluciones debatidas están debidamente sustentadas y estudian a fondo lo declarado por el interventor y los descargos del contratista;

(ii) se garantizó el debido proceso del consorcio en todas las etapas del procedimiento según dispone la ley.

19. De otra parte, aseveró que el Ministerio no alteró las condiciones del contrato y si bien al comienzo de su ejecución requirió al consorcio modificar el cronograma de actividades, lo cierto es que éste no manifestó *preocupación* al respecto y se ajustó la metodología sin observación sobre afectación alguna.

⁹ Folios 117 a 119 del cuaderno 1.

¹⁰ Se decretaron como medios de prueba, los siguientes: (i) los documentales aportados por la actora -folios 1 a 300 del cuaderno 2; y 1 a 62 del cuaderno 3- así como los antecedentes administrativos anexados por la demandada -cuadernos 4 y 5-; (ii) los testimonios de los señores Carlos Eliécer Caghuana, Giovanni Torres y Emerson Devia Acevedo, pedidos por la demandante y la accionada; y (iii) se pospuso la determinación de decretar el dictamen pericial solicitado. Previo a la realización de la audiencia de pruebas, la demandante desistió de la práctica del testimonio del señor Giovanni Torres -fls. 124 y 125 del cuaderno 1- y en el curso de la aludida diligencia, celebrada el 31 de octubre de 2016 -fls. 131 y 132 del cuaderno 1-

¹¹ Folios 188 a 197 del cuaderno principal.

20. No halló demostrado que la entidad hubiera rechazado la metodología ofrecida por el contratista, pues los talleres pedagógicos propuestos por éste se celebraron, y solo cinco meses después de haber iniciado la ejecución del negocio el consorcio manifestó una alteración de las condiciones pactadas, lapso en el que éste pudo ajustar la estrategia que planteó en atención a lo solicitado.

21. Por último, fijó las agencias en derecho a favor del Ministerio de Educación en la suma correspondiente al 2% del valor de las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, aplicando el criterio objetivo fijado en el CPACA.

Síntesis del recurso de apelación:

22. La parte actora formuló recurso de alzada con el fin de que sea revocada en su totalidad la sentencia apelada. Para el efecto, adujo que el *a quo* erró al valorar la prueba documental y testimonial que obra en el expediente, en tanto allí se revela la inconformidad del consorcio con las imposiciones del Ministerio y la falta de aceptación de sus productos; además, demuestra que la propuesta presentada por el demandante era distinta a la instituida por la entidad contratante fundada en una pedagogía social, de corte participativo y cualitativo.

23. Reseñó que si bien se contempló como obligación a cargo del contratista realizar los ajustes solicitados por el Ministerio para la etapa de diagnóstico, diseño, implementación y evaluación, lo cierto es que dichos ajustes no implicaban “*el cambio total de la propuesta presentada*”, como ocurrió, pues en uso de la anterior atribución se alteraron las condiciones y autonomía del consultor al cambiar una metodología de tipo participativa y de diagnóstico, a través de talleres pedagógicos, por una metodología cuantitativa -CAP- (conocimiento, actitud y práctica) que le significó al consorcio aumentar el equipo de trabajo inicialmente planteado.

24. Finalmente, respecto del valor de la condena por agencias en derecho impuestas, aseveró que éstas debían corresponder a un porcentaje mínimo, es decir, al 1%, si a ello hay lugar, del valor de las pretensiones de la demanda y no al monto correspondiente al 2%.

Alegatos en segunda instancia

25. Al alegar de conclusión en segunda instancia, tanto la parte actora¹² como la accionada¹³ insistieron en los argumentos que expusieron en su alzada y defensa, respectivamente. El Ministerio Público no se pronunció.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

¹² Folios 231 a 239 del cuaderno principal.

¹³ Folios 240 a 266 del cuaderno principal.

26. Vistos los reparos que sustentan la alzada, la Sala discurrirá, en primer lugar, la naturaleza del contrato de consultoría y su caracterización; a partir de allí, realizará la valoración de los medios de prueba para definir si, como alega el censor, fue el cambio total de la metodología impuesta por el Ministerio lo que imposibilitó la ejecución del contrato, a diferencia de los argumentos expuestos en los actos acusados, y definir si se configuró alguno de los vicios objeto del pleito, insistidos en la alzada. Asimismo, se aclara que el pronunciamiento referido a la condena de las costas se realizará en el acápite especial previsto para el efecto.

(i) El contrato de consultoría

27. Una primera aproximación a la noción de *consultoría* permite destacar que, en la raíz de este concepto, el elemento intelectual y de especialidad se constituye en factor esencial y delimitador de esta figura, y de ello da fe su definición lingüística al referirse a la actividad de una “*persona experta en una materia sobre la que asesora profesionalmente*”¹⁴.

28. Esta noción llevada a la escena contractual supone, en clave del elemento subjetivo, la existencia de un *consultor* que es aquel dispuesto a proveer sus conocimientos especializados; y un *consultante* que es beneficiario de “*una información o dictamen sobre alguna cuestión tecnológica, comercial, financiera, legal o de otro orden que requiera de un análisis, evaluación y conclusión fundada en conocimientos científicos y técnicos*”¹⁵.

29. En punto a la contratación estatal, el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señaló las actividades que quedaban comprendidas bajo este modelo de negocio jurídico, en los siguientes términos:

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

“Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”.

30. A su turno, y con el propósito de ilustrar el espectro que incumbe a esta tipología contractual, la doctrina se ha referido al alcance y significado de las actividades que integran su definición, en los siguientes términos:

“1. Para la ejecución de proyectos de inversión: El estatuto orgánico del presupuesto general contempla el presupuesto de gastos, el presupuesto de gastos de inversión, instrumento que contiene el manejo del patrimonio público en el área de la inversión pública y que, conforme a la correspondiente programación de ejecución presupuestal, la entidad deberá ir comprometiendo mediante contrato según las necesidades correspondientes.

¹⁴ Consultado en: <https://www.rae.es/drae2001/consultor>

¹⁵ ALEGRÍA Héctor, “*El Contrato de Consultoría*” en Revista Latinoamericana de Derecho, 2006, p.648.

“2. Para estudios de Diagnósticos: Bajo esta modalidad a la entidad le interesa que el consultor efectuó un análisis o examen tendiente a determinar la naturaleza, viabilidad y confiabilidad de uno de sus proyectos, planes o programas.

“3. Pre factibilidad o factibilidad para programas específicos o proyectos específicos: El estudio está encausado a fijar las diversas partes y elementos de una acción administrativa genérica o concreta y establecer si puede realizarse o no.

“4. Asesorías técnicas: Puede obtenerse previo a pormenores estudios, la conclusión si es viable o no durante el empleo de procedimientos y experiencias, que utilizan las ciencias y las artes, la implantación de un proyecto o programa, o para desarrollar la coordinación, control o supervisión de un proyecto.

“5. Interventoría: Tiene por objeto la fiscalización y examen de la ejecución de un contrato. La actividad debe ser contratada por una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos u omisiones que le sean imputables.

“6. Asesoría: Surge este convenio cuando el contratista se compromete a dar o suministrar a la administración una recomendación, un consejo o una asesoría ...

“7. Gerencia de obras, proyectos, dirección y programación: La magnitud y proyecciones en la ejecución presupuestal y en especial el desarrollo de las obras públicas o de los proyectos, así como de la dirección o de la programación, requiere hoy en día de personal altamente especializado y responsable que se encargue de gerencia tanto de las obras que requieran la administración pública como de sus propios proyectos y programas.

“8. Ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos:

“Diseños: Mediante esta modalidad el contratista se compromete a delinear, desarrollar o planificar, mediante un proceso técnico de escenificación y duplicación de objetos, temas o áreas, en forma artística o metódica.

“Planos: Desarrollo de croquis en el que se indica las diferentes dimensiones de los objetos en él representados, topográficamente es la representación gráfica y esquemática de un terreno.

“Proyectos: Desde una perspectiva, un proyecto es el plan que se elabora para la ejecución de una obra u operación. También los proyectos prevén cálculos y dibujos que se diseñan para dar idea al costo de una obra de ingeniería, arquitectura o topografía, entre otras”¹⁶.

31. Por el alcance y similitudes que el contrato de consultoría tiene con el de prestación de servicios, vale precisar que la Ley 80 de 1993 los define como dos tipologías contractuales independientes, cuya distinción radica en que el primero se centra en la realización de estudios, diseños y asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría, gerencia y dirección de obras o proyectos, actividades cuyo común denominador es de marcada índole técnica acompañada de un matiz de especialidad; mientras que la prestación de servicios, que tiene un rango más general de cobertura, gira en torno al desarrollo de actividades relativas a la administración o funcionamiento de la entidad, que pueden o no incluir actividades técnicas, profesionales o no¹⁷.

Así, las actividades a las que se refiere la norma relativa a la consultoría son las que

¹⁶ PARRA GUTIÉRREZ, William, “Clases de contrato de consultoría”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994, p 156 y 157.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 30.832, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez.

corresponden a este arquetipo contractual, las demás se enmarcan en contratos de prestación de servicios; conclusión cuyo entendimiento ha adoptado, de forma mayoritaria, la Corporación¹⁸.

32. En los siguientes términos la Sala Plena de esta Sección se refirió a la caracterización del contrato de consultoría y su delimitación, de cara a la enunciación normativa de sus componentes:

“131.- Por consiguiente, la Sala precisa que la distinción entre el contrato de prestación de servicios y el de consultoría no depende, en lo mínimo, del grado de ‘intelecto’ aplicado a la ejecución del objeto contractual, pues ambas actividades son de carácter intelectual y por tanto intangible (...)

“133.- Y es que lo anterior encuentra pleno sentido si se tiene en cuenta que se está haciendo un análisis normativo a la luz del principio de legalidad estricta, a partir del cual se produce un acotamiento del radio de acción del contrato de prestación de servicios por vía de la exclusión de ciertas actividades y objetos contractuales específicos, los mismos que, por disposición legal expresa, deben ser satisfechos por medio del contrato de consultoría; de manera tal que corresponderá al operador verificar si el objeto a contratar se incluye dentro de aquellos que específicamente la Ley, y sus disposiciones reglamentarias, ubican dentro del ámbito propio de la consultoría, dado que siendo esto así implicará dar curso a un procedimiento de selección diferente al propio que establece la Ley para los contratos de prestación de servicios (de allí las amplias repercusiones prácticas de clarificar este punto); contrario sensu si el funcionario encuentra razonadamente que el objeto recae en el marco jurídico del contrato de prestación de servicios, podrá darle curso por vía de este específico modelo contractual, tal como lo había planteado de tiempo atrás esta Corporación¹⁹.

“134.- Se insiste, mientras que el contrato de consultoría está revestido de una cláusula de estricta tipicidad cerrada (que condiciona de manera detallada la procedencia de dicho contrato), el de prestación de servicios goza de una regulación jurídica amplia, que se instrumentaliza por vía de los mencionados tres contratos (profesional, de simple apoyo a la gestión y de ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales), de manera que los objetos contractuales que no estén comprendidos dentro del contrato de consultoría (de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las demás disposiciones legales especiales actuales o futuras) podrán ser satisfechos por medio del de prestación de servicios siempre que satisfaga los referentes conceptuales

¹⁸ “Puede deducirse de todo esto que el criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: Todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios.

“La razón de ese criterio reside en la especialidad de la definición, ya que la noción de contrato de consultoría es de menor alcance y más concreta que la de prestación de servicios.

“En este sentido, la distinción entre ambos contratos resulta ser relativamente fácil de establecer, tratándose de la comparación de los típicos contratos de consultoría en relación con los característicos contratos de prestación de servicios, como ocurre, por ejemplo, con la interventoría de una obra y con la contratación de una secretaria para realizar trabajos ocasionales en una oficina pública”. Ibidem.

¹⁹ Nota original: “Así las cosas, la diferencia específica que permitirá distinguir con claridad entre un contrato estatal de **prestación de servicios** y un contrato estatal de **consultoría**, aunque en principio y en teoría en el objeto de ambos contratos se incluyan actividades similares –como por ejemplo brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.-, estará dada por el campo en el cual han de desarrollarse tales actividades.

“Si las actividades que integran el objeto del respectivo vínculo –brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato-, están llamadas a ejecutarse en relación directa e inmediata con proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, estudios de prefactibilidad, proyectos específicos, etc., que correspondan a obras, proyectos de infraestructura, proyectos tecnológicos o técnicos, indubitadamente se estará en presencia de un típico contrato estatal de **consultoría**.

Por el contrario, si las actividades que integran el objeto de la relación correspondiente –brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.-, están concebidas y estipuladas para ser desarrolladas en campos o asuntos directamente vinculados a la administración propiamente dicha de la entidad contratante o a su funcionamiento, el contrato estatal respectivo deberá catalogarse como de **prestación de servicios**”. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto suscrita por el Consejero Mauricio Fajardo Gómez al fallo de 30 de noviembre de 2006, exp. 30832”.

que establece el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, conforme a la debida planeación contractual y en armonía con los criterios jurídicos que han sido decantados en el precedente de esta Corporación y en esta providencia”²⁰.

33. Finalmente, a la par de lo anterior, es de señalar que la tipificación del contrato de consultoría determina, a su turno, la modalidad de selección del contratista a través del concurso de méritos, lo que lleva a recordar que este procedimiento de escogencia recoge los elementos centrales que orientan la elección del proponente con las calidades profesionales, de experiencia, académicas, técnicas y demás relevantes a los fines de la contratación, de cara a aspectos o materias de alta o marcada especialidad, que imponen a la Administración acudir a este dispositivo contractual.

(ii) Caso concreto

34. Analizado el material probatorio que obra en el expediente, la Sala se adelanta en afirmar que no comparte el criterio del *a quo*, pues el MEN, a través de sus requerimientos de ajuste metodológico no delimitados y sucesivos, provocó que el contrato de consultoría fuera inejecutable. Bajo esta tesis, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se declarará la nulidad de los actos enjuiciados por adolecer de falsa motivación, conforme a los siguientes razonamientos.

35. En los antecedentes que justificaron el negocio jurídico materia de esta controversia, se observa que el documento denominado “*insumo de contratación*”²¹ indicó que la necesidad a suplir a través de dicho proceso de selección consistía en la implementación de estrategias de permanencia educativa, mediante la aplicación de acciones focalizadas y regionalizadas, construidas a partir de las causas de deserción estudiantil identificadas en las distintas ETC –entidades territoriales certificadas en educación-.

36. Igualmente, se plasmó la importancia de la Encuesta Nacional de Deserción Escolar –ENDE– realizada por el MEN entre 2009 y 2010, la cual le permitió a esta entidad profundizar sobre las condiciones de los desertores y sus hogares, así como las circunstancias particulares de las instituciones educativas y la acción institucional. Entre las múltiples causas de deserción estudiantil, el Ministerio centró su atención en el “*poco gusto por el estudio y poca importancia a la educación*”, factor determinante en el fenómeno de desescolarización en el país, lo que llevaba a implementar estrategias relacionadas con la valoración de la educación en la sociedad. Señaló la importancia de continuar con campañas como la denominada “*Ni uno menos*”, puesta en marcha desde 2005, por medio de estrategias masivas de comunicación y de movilización social.

37. Expuso que llevaría a cabo un concurso de méritos, con propuesta técnica detallada, para desarrollar acciones orientadas a incrementar la importancia que la

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, radicación 11001-03-26-000-2011-00039-00 (41719), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²¹ Folios 1 a 27 del cuaderno 4.

sociedad le asigna a la educación de manera sostenible, campaña que debía estar articulada con la actividad estatal adelantada para garantizar el acceso y permanencia en el sector educativo y que significaría que todos los actores que inciden en dicho proceso debían ser identificados y contemplados en el diseño e implementación de cada una de las líneas de acción propuestas por el contratista.

38. Para suplir tal necesidad, en los pliegos de condiciones se definió que su objeto consistía en elegir al proponente para realizar “la metodología, diseño e implementación de una estrategia de acción pedagógica, movilización social y comunicación que contribuya a incrementar la importancia que se le asigna a la educación y así incentivar la transformación de comportamientos sociales”²²; tal encargo comprendería, al menos, las siguientes etapas: a) diagnóstico, b) diseño, c) implementación y d) evaluación.

Para esos fines, el proponente debía cumplir como equipo mínimo de trabajo, los siguientes requerimientos: i) un director de proyecto con título profesional en educación, ciencias sociales o humanas, economía o ingenierías, con al menos 5 años de experiencia en el diseño, producción, ejecución o implementación de estrategias de acción pedagógica o cultural, ii) un experto en educación, con experiencia mínima, con un experiencia mínima de 5 años en planeación, gestión, ejecución y evaluación de proyectos dedicados a la educación, iii) un investigador, con al menos 5 años de experiencia en educación y en el diseño, producción, ejecución o implementación de estrategias de acción pedagógica o cultura ciudadana, movilización social y comunicación, y iv) un profesional en comunicación, con experiencia de mínimo 5 años en planes de comunicación publicitaria, trabajo con comunidades y con poblaciones vulnerables, planeación y desarrollo de estrategias locales y comunitarias.

39. Se precisó que las propuestas técnicas presentadas se evaluarían sobre un puntaje total de 100 puntos, donde *la propuesta metodológica* tendría una asignación de máximo 19 puntos –numeral 3.1. del pliego–, con la aclaración que ésta última debía ser expuesta tanto de forma oral como escrita y que estaría compuesta por los siguientes criterios de evaluación²³:

| CRITERIOS DE EVALUACIÓN | Cumple | Cumple y supera expectativas |
|---|--------|------------------------------|
| 1. Las actividades propuestas se ajustan al cronograma de la ejecución del contrato | 2 | 3 |
| 2. La metodología específica para la elaboración del diagnóstico incluye como mínimo: i) los resultados de la Encuesta Nacional de Deserción Escolar, ii) diagnósticos adicionales relacionados con el objeto del contrato, iii) trabajo con las entidades territoriales certificadas de acuerdo con la clasificación del Ministerio de Educación Nacional (abordaje integral, abordaje por énfasis, sostenibilidad). La metodología está en concordancia con el diseño muestral. | 3 | 4 |
| 3. Las actividades propuestas contemplan como mínimo padres o | 2 | 3 |

²² Folio 241 del cuaderno 4.

²³ Folio 255 del cuaderno 4.

| | | |
|---|-----------|-----------|
| <i>acudientes, Escuelas de Padres, Gobierno Escolar u otros espacios de interacción de padres o acudientes, estudiantes, responsables institucionales como directivos y docentes, autoridades como la Policía Nacional y Comisarías de Familia, responsables gremiales y comunitarios, como sindicatos de docentes y responsables empresarios.</i> | | |
| <i>4. Las líneas de acción propuestas para corto, mediano y largo plazo, contemplan como mínimo: escenarios de interacción (lugares en los que se encuentra la población desescolarizada), multiplicadores potenciales (público objetivo) y contextos de interacción entre los actores involucrados (lugares en los que la ciudadanía se relaciona con la educación y con las autoridades).</i> | 3 | 4 |
| <i>5. Articulación de la propuesta de implementación para la divulgación de la estrategia de comunicación integral con el concepto de la estrategia</i> | 1 | 2 |
| <i>6. La metodología de evaluación propuesta para corto, mediano y largo plazo debe estar acorde con el desarrollo de la propuesta general para la estrategia</i> | 2 | 3 |
| TOTAL | 13 | 19 |

“Lo anterior se evaluará de la siguiente manera:

“- *Cumple: Cumple con los objetivos previstos, sin agregar o tener nuevos componentes.*

“- *Cumple y supera expectativas: Cumple con los objetivos previstos y aporta nuevos componentes que inciden determinadamente para el cumplimiento del objeto de la contratación.*

“*Nota: La propuesta metodológica debe estar acorde con los tiempos de ejecución pactados en este proceso y el presupuesto establecido.*

“*La propuesta metodológica presentada por el proponente no será vinculante, la misma podrá ser ajustada con el asesoramiento técnico del Ministerio para desarrollar la estrategia, este ajuste no causará sobre costos ni prorrogas (sic) al contrato*” (se subraya).

40. Al evaluar el ofrecimiento del consorcio actor, en punto al ítem de propuesta metodológica, el comité evaluador le otorgó un puntaje de 15, así:

| | |
|--------------|-----------|
| Criterio 1 | 2 |
| Criterio 2 | 4 |
| Criterio 3 | 3 |
| Criterio 4 | 3 |
| Criterio 5 | 1 |
| Criterio 6 | 2 |
| Total | 15 |

Consignó, a su vez, el siguiente análisis relacionado con cada uno de los citados criterios de evaluación (se transcribe *in extenso* dada su pertinencia en el *sub examine*):

“*En términos generales hay deficiencias en la estructuración y redacción de la propuesta, lo que dificulta la evaluación de la misma.*

“*Criterio de evaluación 1*

“*La propuesta no permite precisar el cronograma en el corto, mediano y largo plazo.*

“*Criterio de evaluación 2*

“*Plantea una propuesta básica de metodología para el desarrollo del diagnóstico, no obstante, no perfila adecuadamente los instrumentos que va a utilizar. Incluye una*

focalización básica de grupos de interés para el diagnóstico. No define temporalidad o cronograma para el diagnóstico.

“Criterio de evaluación 3

“Vincula el diseño de las líneas de acción con los resultados del diagnóstico. Menciona la construcción de una línea de base, indicadores y metas, a partir del diagnóstico y de las líneas de acción diseñadas para cada etapa (corto, mediano y largo plazo).

“Criterio de evaluación 4

“Vincula la implementación con resultados del diagnóstico. Se incluyen los grupos de interés definidos por el MEN con una focalización básica pero no precisa los criterios para definir contextos y escenarios de interacción. Si bien plantea una ruta metodológica de implementación en el corto, mediano y largo plazo, con alguna articulación, no contempla alternativas innovadoras para la implementación.

“Criterio de evaluación 5

“No es claro como se articula el concepto de comunicación con el diagnóstico, ni con la etapa de corto plazo. Se plantean unas estrategias de comunicación regionales en el mediano y largo plazo, no obstante, no se proponen alternativas innovadoras.

“Criterio de evaluación 6

“La evaluación se vincula con el diagnóstico, y una metodología participativa, sin embargo, no precisa un objeto de evaluación ni criterios más amplios de la metodología”²⁴.

41. El aludido concurso de méritos –CM-MEN-04-2011– fue adjudicado al consorcio TZ CIER mediante Resolución 5932 del 21 de julio de 2011²⁵, por valor de \$716'943.612, incluido IVA; el respectivo contrato fue suscrito el 1 de agosto de 2011, con el objeto de *“elaborar la metodología y el diseño, e implementar una estrategia de acción pedagógica, movilización social y comunicación que contribuya a incrementar la importancia que la sociedad asigna a la educación y así incentivar la transformación de comportamientos sociales”²⁶*; actividad que comprendía cuatro etapas²⁷:

| Etapa | Contenido |
|-----------------------|--|
| 1. Diagnóstico | <p><i>Para la realización del diagnóstico se debe tener en cuenta:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>a) Los resultados de la ENDE</i> <i>b) La Encuesta mundial de Valores en lo referente a educación</i> <i>c) El desarrollo de diagnósticos adicionales relacionados con las líneas de acción a desarrollar o el público objetivo de la campaña.</i> <i>d) Las piezas de comunicación y mensajes desarrollados en la campaña anterior “Ni uno Menos”</i> <i>e) Las tipologías desarrolladas por el Ministerio de Educación sobre el desempeño educativo de las entidades territoriales certificadas y el de los establecimientos educativos para determinar la focalización de acciones.</i> |
| 2. Diseño | <p><i>El cual debe contener:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>a) Propuesta de líneas de acción para el corto, mediano y largo plazo, la cual debe incluir: el público objetivo para cada línea y sus roles, los aliados gubernamentales y no gubernamentales, los comportamientos que se espera sean modificados, las normas que establecen mecanismos de protección de niños, las políticas y ofertas del sector educativo, coherencia y coordinación con otras líneas del gobierno.</i> <i>b) Propuesta de implementación para cada una de las líneas de acción para el corto, mediano y largo plazo.</i> <i>c) Mecanismos de seguimiento para cada una de las líneas de acción.</i> |

²⁴ Folio 345 del cuaderno 4.

²⁵ Folios 446 a 448 del cuaderno 4.

²⁶ Folio 252 del cuaderno 5.

²⁷ Según lo previsto en la cláusula primera del contrato –folios 253 a 256 del cuaderno 5-.

| | |
|--------------------------|---|
| 3. Implementación | <p>La cual debe adelantarse teniendo en cuenta:</p> <p>a) El desarrollo de las líneas de acción. b) Las entidades territoriales focalizadas. c) El proceso de matrícula del calendario A. d) Medios de comunicación masivos, comunitarios y/o alternativos. e) Experiencias que permitan hacer seguimiento a los cambios de comportamiento y a la transformación cultural que pretende.</p> |
| 4. Evaluación | <p>La cual incluye la valoración de:</p> <p>a) Metodología de medición de impacto temprano. b) Metodología de evaluación para cada línea de acción y etapa. c) Componentes cualitativos y cuantitativos.</p> |

42. Así las cosas, la Sala encuentra que el negocio jurídico en estudio, el 464 de 2011, se enmarcó en la tipología de contrato de consultoría, pues su objeto, relativo a la elaboración de una metodología, diseño e implementación de una estrategia de acción pedagógica, movilización social y comunicación que contribuya a incrementar la importancia que se le asigna a la educación y así incentivar la transformación de comportamientos sociales, encuadra definitivamente en las actividades enunciadas en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como caracterizadoras del aludido tipo contractual, en la medida que, vistos los antecedentes que dieron lugar a su suscripción y las cuatro etapas que lo comprendían, encajó en la elaboración de estudios de diagnóstico (dirigidos a dilucidar las razones de la poca asignación de relevancia a la educación) y en la ejecución de diseños y proyectos -en este caso, la metodología pedagógica-, labores que, efectivamente, distan de las actividades que definen a los contratos de la prestación de servicios. En este punto, se aclara que si bien el contrato en estudio se enmarca dentro de las atribuciones que le competen al Ministerio, ello no significa que implique la prestación de un servicio relativo a la administración o funcionamiento de la entidad, por cuanto, como se vio, trata sobre una construcción ideológica que incumbe a la consultoría, sin que su pertinencia con las funciones de la contratante, desdibuje sus matices particulares y la autonomía en la prestación del objeto contratado a cargo del consultor.

43. Asimismo, en los términos de la cláusula 9, el contrato contaba con un “interventor”²⁸ que, en este caso, era el señor Emerson David Devia Acevedo, profesional de la Subdirección de Permanencia de la entidad contratante, encargado de: *i)* velar por el cumplimiento de las obligaciones de las partes; *ii)* verificar el cumplimiento del contrato en cuanto a plazo, lugar, cantidad, calidad, proyectos y acciones; *iii)* efectuar los requerimientos al contratista cuando las exigencias de cumplimiento así lo precisen; *iv)* informar al jefe inmediato sobre los cambios durante la ejecución contractual y velar por la suscripción de las modificaciones, adiciones o prórrogas necesarias; *v)* suscribir las actas de inicio; *vi)* elaborar los informes parciales; y. *vii)* realizar el informe final de gestión y el certificado de cumplimiento del objeto, con el fin de dar trámite a la liquidación del contrato.

²⁸ Si bien el contrato utiliza la denominación de *interventor*, tal nombre es usado de manera imprecisa, en tanto dicho tipo contractual no se hallaba presente en tanto las funciones de seguimiento fueron encargadas a un funcionario de la misma entidad contratante; no obstante, en aras de guardar consonancia con todos los documentos contractuales que así lo refieren, se mencionará al señor Devia Acevedo como el “interventor” o supervisor, indistintamente, con la aclaración aquí efectuada.

44. Como contenido del negocio, en punto a los aspectos en controversia, se pactaron, entre otras, las siguientes obligaciones a cargo de las partes:

"a) El CONTRATISTA se obliga a realizar los ajustes solicitados por el Ministerio de Educación a las propuestas presentadas, en cada caso en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles.

"(...)

"e) El CONTRATISTA deberá cumplir con las especificaciones técnicas solicitadas por el Ministerio"²⁹.

"El MINISTERIO se compromete a través del presente contrato a: (...)

"4. Presentar al CONTRATISTA, a través del interventor, las sugerencias y observaciones sobre el trabajo a realizar para que se satisfaga la necesidad del MINISTERIO y el objeto de la contratación.

5. Exigir la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato"³⁰.

45. Con los anteriores referentes contractuales despunta necesario definir la interpretación del apartado del pliego que señala que "*la propuesta metodológica presentada por el proponente no será vinculante*", a la luz de la obligación que, a su turno, fue incorporada al contrato de establecer a cargo del consultor la realización de los ajustes solicitados por el Ministerio –aspecto central para desatar la controversia–.

46. Para explicar la forma en que debe ser interpretado el pliego y el contrato respectivo, viene bien recordar que aquel corresponde a un acto administrativo general –que rige el procedimiento de selección, define la necesidad pública a suplir y señala las reglas del futuro contrato– y luego, a partir de su celebración, trasciende y se hace parte del negocio jurídico respectivo, convirtiéndose en ley para las partes.

Como lo ha señalado esta Corporación, el pliego de condiciones se erige en la "*hoja de ruta o el plan de navegación*"³¹ que conduce el proceso de selección y define con precisión, entre otros aspectos, los bienes o servicios que requiere el Estado, las condiciones para su prestación, los riesgos asumidos y el alcance de los compromisos que vinculan a las partes. Justamente por el papel originario y determinante inherente al pliego, se afirma que "*entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último*"³².

47. En el concurso de méritos que dio lugar a la celebración del contrato de consultoría *sub lite*, se estableció que la propuesta metodológica presentada no era vinculante. Una lectura plana de tal contenido daría a entender, *prima facie*, que el pliego previó una excepción que autorizaba apartarse del sometimiento a la misma, eximiéndola de su carácter *vinculante*. En este punto, es necesario volver sobre el texto de dicha estipulación para fidelidad del análisis:

²⁹ Folio 266 del cuaderno 5.

³⁰ Folio 267 del cuaderno 5.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 25.642, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

³² Ibidem.

“La propuesta metodológica presentada por el proponente no será vinculante, la misma podrá ser ajustada con el asesoramiento técnico del Ministerio para desarrollar la estrategia, este ajuste no causará sobre costos ni prorrogas (sic) al contrato”.

48. Esta regla o enunciado, interpretada en un sentido lato, aislado del contexto del contrato y su objeto, se aparta de la naturaleza del proceso de escogencia del consultor y termina por sustraer las reglas que gobiernan el principio de selección objetiva, pues daría lugar a variaciones e interpretaciones subjetivas que podrían alterar las reglas del concurso y modificar las bases mismas de la adjudicación realizada, en desmedro de éste y de otros proponentes, lo que de paso desconocía el postulado de seriedad y firmeza de la oferta, cuya garantía es un imperativo de ley.

Entonces, sin que tenga mérito legal la proposición solitaria de no hacer *vinculante* la propuesta, la Sala avanzará en la interpretación de las demás subreglas allí descritas que establecen la posibilidad de que la misma sea *ajustada* bajo asesoramiento del Ministerio, que es el contexto en que debe entenderse y al que estaba dirigido el contenido general de tal disposición para entenderse de manera omnicomprensiva, como se pasa a explicar.

49. Para la Sala es claro que delimitar la facultad de solicitar “ajustes” entraña, en más de las veces, escenarios de dificultad, por manera que para dilucidar el asunto acudirá a los criterios de interpretación de los contratos y al contenido de legalidad que ata el procedimiento de escogencia del contratista en función de la naturaleza del contrato *sub examine*.

Con este horizonte, el significado gramatical o exegético será el que prevalecerá cuando el tenor literal sea claro; agotada esa vía, es pertinente recurrir al espíritu (criterio histórico) y al significado de las palabras en su contexto legal, el de uso común y el sentido técnico de las mismas (criterio semántico); así también, de requerirse, se acudirá a la hermenéutica por contexto (criterio sistemático) para ilustrar el alcance de la norma a partir de los elementos fácticos y jurídicos que la enmarcan; de igual forma, es posible elucidar la finalidad u objetivos perseguidos por la disposición (criterio teleológico); o incluso precisar de otros criterios hermenéuticos –de naturaleza subsidiaria– relacionados con la articulación general del ordenamiento jurídico y la equidad.

50. El sentido común y natural asignado al concepto de *ajustes* corresponde a la acción de “[h]acer y poner algo de modo que case y venga justo con otra cosa y [c]onformar, acomodar algo a otra cosa, de suerte que no haya discrepancia entre ellas”³³; de esta forma, la autorización de separación del contenido original de la propuesta está dado bajo la comprensión de realizar los cambios requeridos, sin que de tal enunciado se desprenda una alteración integral de la misma, puesto que tales rectificaciones o arreglos implican una articulación de criterios entre lo formulado por el proponente y la asesoría de la entidad, con el fin de que no exista “*discrepancia*” entre dichos sujetos.

³³ Consultado en: <https://dle.rae.es/ajustar#1PKzxcm>

Los cambios o precisiones admisibles son aquellos que no alteran de forma relevante la propuesta –lo que se ratifica en la condición fijada en los pliegos de condiciones al indicar que aquellos *no causarán sobrecostos ni prórrogas* al contrato–, y tampoco puede tratarse de una modificación que afecte alguno de los elementos que definen la naturaleza de este tipo contractual, pues para ello haría falta activar una competencia excepcional que, justamente por su enunciado, comprende una prerrogativa de poder que no se sustituye bajo una autorización convencional para modificar el contrato, a través de instrucciones y requerimientos, como parecería deducirse de lo que la entidad pública explica que ocurrió.

51. De manera que la interpretación de la aludida previsión desde un criterio teleológico fortalece el discernimiento explicado, por cuanto resulta un despropósito que la entidad pública contratante, en uso de los recursos administrativos, financieros y humanos que conlleva adelantar un proceso de selección, decida ignorar o restar eficacia a los resultados de este último en el que calificó la propuesta metodológica con puntaje suficiente para ser elegido, se itera, bajo ajustes razonables en armonía con lo propuesto.

52. Al respecto, es línea de conducta y deber de la Administración concluir el proceso de selección iniciado con la adjudicación respectiva, a menos que las condiciones específicas le *impidan* definitivamente a la entidad culminarlo de esta manera y se imponga su declaratoria de desierta, lo que ocurre cuando los motivos aducidos evidencien que no se daban las condiciones para realizar la escogencia objetiva de alguna propuesta.

Por ende, si se lleva a cabo un concurso de méritos que culmina satisfactoriamente, que no es otra cosa que efectuar su adjudicación al proponente que alcanzó los criterios de escogencia, resulta evidente que la Administración no puede alejarse del ofrecimiento que ella misma calificó y aceptó bajo la sola expresión incorporada en el pliego de que la *propuesta no será vinculante*, pues con la adjudicación, aquella fue aceptada para ser ejecutada y eventualmente ajustada, más no para desarrollar un proyecto o una metodología que al suscribir el contrato se torna diversa o no es aceptada.

53. El anterior razonamiento debe enlazarse con las obligaciones del negocio jurídico en estudio que, por un lado, conminan al contratista a ajustar la propuesta en atención a lo solicitado por el MEN y a cumplir con las especificaciones técnicas solicitadas por este último; y, por otro, autorizan a la entidad a presentar al consorcio sugerencias y observaciones necesarias para lograr el objeto de la contratación.

Estas previsiones, igualmente giran en torno al entendimiento que tiene el concepto *ajustes* y sus límites admisibles, el cual involucra la aplicación por parte del contratista de cambios o arreglos que son requeridos para que su propuesta metodológica, esto es, con la que resultó adjudicatario del proceso de selección, resulte acorde y coherente con la visión de la entidad, sin que conlleve una alteración transversal y sustantiva de la misma, pues, como se vio, los *ajustes* solo implican

acomodar dos criterios para que no existan discordancias entre ellos, sin alterar el contenido esencial de alguno de éstos.

54. Esta hermenéutica se acompasa con una interpretación tanto sistemática como por la naturaleza del contrato -artículos 1621³⁴ y 1622³⁵ del Código Civil-, toda vez que comprende lo establecido en el pliego de condiciones -parte integrante del negocio jurídico- y la particularidad del contrato de consultoría suscrito, en función del propósito de contar con expertos para la formulación y diseño de una metodología de acción pedagógica dirigida a incrementar la importancia que la sociedad le asigna a la educación.

55. Explicado el entendimiento de las cláusulas negociales aludidas, la Sala pasa a examinar lo acontecido durante la ejecución del negocio, así:

Luego de suscrita el acta de inicio el 5 de agosto de 2011, mediante oficio MEN_CM_464_2011_006³⁶ del 10 de agosto siguiente, el consorcio entregó: 1) el diseño metodológico del taller diagnóstico³⁷; 2) la construcción de las herramientas didácticas del diagnóstico y aproximación al diseño; 3) el diseño comunicacional de la convocatoria para diagnóstico; 4) creación de plegables para el diagnóstico; y 5) cd con soporte del material radial, diseño de plegables y banner.

A su vez, mediante correo electrónico del 19 de ese mismo mes y año³⁸, el contratista remitió varios documentos corregidos al interventor, en atención a las reuniones celebradas el 12 y 16 de agosto, entre ellos, la metodología del diagnóstico, del taller diagnóstico para el diseño, presentación para el Viceministro y herramientas comunicativas.

56. Por medio de mensaje de datos del 7 de octubre de 2011³⁹, el *interventor* relacionó los compromisos y puntos concertados en torno a la ejecución del negocio, entre los cuales estaban, a cargo del contratista, entregar los ajustes de la propuesta metodológica, marco de referencia, presentaciones y cronograma; y, a cargo del MEN, adjuntar las matrices diligenciadas por ETC, para la fase de talleres diagnósticos.

57. Luego, en correo electrónico del 17 de noviembre de 2011, el *interventor* dio cuenta de las conclusiones de la reunión celebrada ese día, aclaró que el diagnóstico debía realizarse respecto de las 94 ETC y precisó que “*los talleres se realizarán en las 30 ETC de intervención integral y en las otras 64 se realizara (sic) análisis*

³⁴ “ARTICULO 1621. <INTERPRETACION POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO>. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

“Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

³⁵ “ARTICULO 1622. <INTERPRETACIONES SISTEMATICA, POR COMPARACION Y POR APLICACION PRACTICA>. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad ...”.

³⁶ Folio 148 del cuaderno 6.

³⁷ Folios 16 a 35 del cuaderno 3.

³⁸ Folio 173 del cuaderno 6.

³⁹ Folio 158 del cuaderno 6.

*documental y se completara (sic) con la información de las encuestas KAP (sic)*⁴⁰; además, que el consorcio se comprometió a efectuar ajustes de forma a la presentación, enviar los resultados de los talleres de Leticia y Vichada para que el MEN estudiara la pertinencia de volver a realizarlos, teniendo en cuenta el nuevo enfoque metodológico del proyecto⁴¹, y entregar las versiones finales del documento metodológico y marco teórico el 30 de noviembre de esa anualidad.

58. A través de oficio MEN_CM_464_2011_002⁴² del 24 de enero de 2012, el consorcio TZ CIER remitió a la entidad: a) monografías con diagnóstico y estrategias de intervención de 29 ETC; b) diseños de implementación de la estrategia a corto plazo; y, c) la base de datos de la encuesta CAP aplicada a las ETC de intervención integral; al respecto, según correo electrónico del 2 de febrero siguiente, el interventor plasmó los resultados de la reunión surtida, y en relación con el material entregado por el contratista, indicó:

“1. Se valora positivamente la estrategia propuesta y se considera que el análisis de la información del diagnóstico y la KAP es muy bueno. Sin embargo, no se ve la coherencia, ni la articulación de los instrumentos usados en la etapa diagnóstica y la propuesta de implementación. Se solicita consignar en cada monografía esta información a corto, mediano y largo plazo.

“2. Hace falta detallar las acciones concretas de movilización, acción pedagógica y movilización en cada ETC de forma particular y la respectiva justificación de los actores, Se solicita consignar en cada monografía esta información a corto, mediano y largo plazo.

“3. Hace falta entregar el análisis de las 30 monografías en conjunto, con el fin de contar con un diagnóstico general de las 30 ETC.

“4. Se requiere unificar el formato de la presentación de las monografías, se sugiere usar el de Amazonas”⁴³.

59. Por su parte, también en correo electrónico del 2 de febrero una funcionaria del MEN indicó que la etapa de diagnóstico y propuesta general debe dar cuenta de: *“a) variables resultantes de los talleres versus variables resultantes de CAP. El análisis debe dar cuenta de los conocimientos, actitudes y práctica, b) propuestas de líneas de trabajo con acción pedagógica y movilización social de acuerdo con el punto a), y c) propuestas de comunicación, de acuerdo con los puntos a) y b)”⁴⁴.*

60. El 6 de febrero siguiente⁴⁵, el *interventor* remitió a las partes memoria de la reunión acontecida el día anterior, allí anotó que la entidad halló inconsistencias en la información de los archivos y que las monografías presentadas no tienen el nivel de análisis requerido, razón por la cual era necesario que el consorcio: 1) revise las bases de datos y el proceso de sistematización de las encuestas, 2) organice el análisis por bloques, usando el mismo esquema de encuesta CAP y 3) estructure las propuestas de implementación de manera sistemática (corto, mediano y largo plazo),

⁴⁰ Folio 149 del cuaderno 6.

⁴¹ Según el informe de interventoría 2, desde agosto de 2011, el consorcio aceptó el direccionamiento sugerido por el MEN, en relación con el uso de la metodología CAP –folio 87 del cuaderno 6-.

⁴² Folio 152 del cuaderno 6.

⁴³ Folios 154 y 155 del cuaderno 6.

⁴⁴ Folio 156 del cuaderno 6.

⁴⁵ Folios 206 y 207 del cuaderno 2.

las estrategias de acción pedagógica, movilización social y comunicación social por cada una de las ETC.

61. En reunión del 22 de febrero de 2012⁴⁶, el Ministerio explicó que existen falencias en las asignaciones del presupuesto y el detalle técnico de las actividades, toda vez que no corresponden a las necesidades y, además, adujo que no se evidencia una acción acertada para la causa de deserción relacionada con la poca importancia otorgada a la educación, razón por la cual solicitó al consorcio la entrega de la matriz con la información completa y el presupuesto detallado por ETC y general por componente según la clasificación de la ETC.

62. El 29 de febrero siguiente, el consorcio actor, en cumplimiento de lo acordado el 22 de febrero, manifestó hacer entrega de la matriz general completa con la información de todas las estrategias por causas, para intervenciones, según conocimientos, actitudes y prácticas, a corto, mediano y largo plazo, de la reasignación de intervención integral a las 30 ETC. Igualmente, señaló que aunque desde el 24 de enero entregó las monografías del diagnóstico por ente territorial que propuso, lo cierto es que las matrices aportadas corresponden al requerimiento del MEN de utilizar la encuesta CAP, herramienta que *“se opone a la visión integral y descentralizada de la estrategia presentada por el Consorcio, pues corresponde a una visión centralizadora y analítica. Así mismo se aclara que el instrumento de encuesta de conocimientos actitudes y prácticas sobre la educación o formularios CAP fue entregado por el MEN, con la exigencia de su aplicación en (sic) durante los talleres de diagnóstico participativo, organizados por el consorcio en los 30 entes territoriales de intervención integral”*⁴⁷.

Igualmente reseñó, que aunque los resultados del diagnóstico constituyen insumos para la apertura del concurso de méritos de 2012, la elaboración del presupuesto de las estrategias es un producto fuera del alcance el contrato 464 de 2011 –para el efecto, transcribió la cláusula que contiene el alcance del objeto convenido-, tarea que implicaría un equipo entero que estudie cada uno de los costos de los ítems inmersos en la estrategia.

63. Según correo electrónico del 5 de marzo de 2012, el *interventor* envió la matriz final con *“los comentarios y las acciones que desde el área técnica del MEN se han definido”*⁴⁸, para que el consorcio lo completara para comportamientos, actitudes y prácticas, es decir, con la misma formulación y ubicación de las acciones planteadas por el Ministerio, pues *“en síntesis sigue existiendo mucho taller y más bien pocas actividades de movilización, necesitamos más actividades extramuro”*⁴⁹.

64. En respuesta a la anterior comunicación, el contratista, en escrito MEN_CM_464_2012_007 del 6 de marzo de 2012, manifestó que las observaciones que elevó el Ministerio no corresponden a la versión definitiva de la matriz que envió

⁴⁶ Folios 194 y 195 del cuaderno 6.

⁴⁷ Folio 197 del cuaderno 6.

⁴⁸ Folio 22 del cuaderno 6.

⁴⁹ *Ibidem*.

el 29 de febrero y que, en todo caso, pese a acoger las observaciones de la entidad, en virtud del mencionado correo electrónico, se regresó a la etapa inicial del diseño de estrategia puesto que allí fueron conminados a reemplazar los talleres participativos propuestos por otras actividades en lugares públicos, solicitud que, en su parecer, supera las facultades de la entidad contratante dado que ésta, afirmó, se soportó en consideraciones subjetivas, por cuanto no se contemplaron en los fundamentos de la contratación.

En el mismo sentido, añadió (se transcribe como obra en el texto original):

“4. El Consorcio TZ-CIER entregó el 24 de enero monografías para las ETCs de intervención integral que desarrollan consistentemente la estrategia planteada en el documento antes mencionado. Sin embargo, a partir de su presentación en reunión del 2 de febrero y principalmente del 6 del mismo mes, se nos exigió replantearlas haciendo uso del ‘instrumento de análisis CAP’. Este replanteamiento ha conducido a dos versiones de las 252 estrategias allí previstas ... y ahora se nos exige una tercera evidenciando el subjetivismo característico al que en forma clara y prolija hemos hecho alusión en el presente documento, pues al parecer el MEN actúa bajo el convencimiento de que no existen límites en este tipo de elaboraciones mediante las cuales un equipo de profesionales pretende elaborar 252 estrategias para intervenir 28 causas de la baja valoración de la educación, unas veces manifestadas como conocimientos, otras como actitudes y otras como prácticas, a corto, mediano y largo plazos, en 30 ETC de muy variadas condiciones socioeconómicas y culturales del país.

“(...)

“6. El giro exigido por el MEN en el desarrollo del proyecto a partir del 6 de febrero pasado ha conllevado hasta la fecha un mes de atraso en el cronograma previsto para su desarrollo y lo pone en riesgo. Así mismo y como se hace evidente, ha implicado un recargo en labores con consecuencias financieras inevitables que hasta ahora ha asumido el Consorcio, sin que a la fecha se haya recibido aprobación de las estrategias como propuestas de implementación en cada uno de los entes territoriales a corto, mediano y largo plazo.

“7. En consecuencia, el Consorcio TZ CIER expresa su determinación de NO presentar nuevas elaboraciones estratégicas y en su condición de consultor invitar al equipo del MEN a debatir sobre las discrepancias entre las concepciones estratégicas que están en juego, de manera pronta, desprevénida y ágil que permita su puesta en marcha en el tiempo hasta ahora previsto para el desarrollo de este proyecto en beneficio de las comunidades para cuyo beneficio ha sido concebido”⁵⁰.

65. El MEN se pronunció sobre el anterior oficio mediante escrito del 23 de marzo de 2012⁵¹, en el sentido de afirmar que aunque se han realizado avances en los productos esperados, los mismos no cumplen las expectativas, ya que *“i) las soluciones no apuntan en estricto a los problemas ... ii) no hay coherencia entre las propuestas y los componentes requeridos para abordar los aspectos relacionados con conocimientos, actitudes y prácticas, iii) no se cuenta con propuestas de comunicaciones coherentes con las estrategias de movilización social diseñadas (cuando las hay), iv) las propuestas realizadas no responden a las expectativas la (sic) respecto a la transformación de comportamientos sociales”⁵².*

⁵⁰ Folio 220 del cuaderno principal.

⁵¹ Folios 253 a 262 del cuaderno 6.

⁵² Folio 253 del cuaderno 6.

66. Señaló que desde el inicio se clarificaron los aspectos técnicos y metodológicos, que el requerimiento del diagnóstico sí se encuentra en los pliegos de condiciones y en el contrato, para lo cual se debían utilizar los resultados de la ENDE y a partir de allí desarrollar e identificar conocimientos, actitudes y prácticas con una metodología CAP, la cual fue aceptada por el consorcio. De modo que *“el MEN en ningún momento obligo (sic) al contratista a usar una metodología ... reitero que una vez presentada la propuesta del MEN con relación al uso de la metodología CAP, el consorcio aceptó el direccionamiento y procedió a trabajar con ésta”*⁵³.

Igualmente, sostuvo que las modificaciones en el cronograma obedecen a reprocesos de la etapa de diseño a cargo del contratista, por cuanto los productos no cumplen a cabalidad las características técnicas requeridas por el Ministerio; por ende, el retraso en los tiempos contractuales es entera responsabilidad del consorcio.

67. En oficio MEN_CM_464_2012_008⁵⁴, también del 6 de marzo de 2012, el consorcio indicó que no reconoce las actas remitidas por la interventoría como las memorias de lo acontecido durante las reuniones y expresa varias observaciones respecto de lo plasmado en algunas de éstas, reparos que fueron contestados por el interventor, a través de escrito de 14 de marzo⁵⁵, quien dijo que *“en ningún momento se ha manifestado que el trabajo y las labores adelantadas por ustedes como contratistas sea (sic) poco diligentes y poco profesionales. Lo que se ha manifestado es respecto a las expectativas del Ministerio de Educación Nacional (MEN) en desarrollo del contrato”*⁵⁶ y, a su vez, se refirió sobre lo consignado en las actas, así:

| Observaciones a las actas, realizadas por el consorcio | Respuesta de la interventoría |
|--|--|
| -Acta de la reunión del 6 de octubre de 2011: El saludo motivacional de la Ministra fue una propuesta adicional del consorcio para el desarrollo del taller y no se recibieron las normas de archivo para la entrega de los documentos soporte del informe de evaluación. | -Acta de la reunión del 6 de octubre de 2011: Los atrasos aludidos no se refieren a diferencias de criterio, sino a la falta de comprensión por parte del consorcio de las expectativas de los progresos esperados en el contrato, lo que generó retraso en el cronograma de actividades. |
| -Acta de la reunión del 17 de noviembre de 2011: Se debe aclarar que el ministerio aprobó talleres en las 30 ETC de intervención integral y análisis documental con las encuestas CAP en las 64 ETC restantes. Asimismo, se aprobó el marco metodológico y el taller diagnóstico. No es cierto que en la referida reunión se hubiere desaprobado algún producto. | -Acta de la reunión del 17 de noviembre de 2011: Acepta las observaciones formuladas, pero aclara que la aprobación se hizo haciendo énfasis en los niveles de análisis que se requerían como resultado de los encuentros, con el fin de generar las líneas de acción esperadas en el marco del contrato. |
| - Acta de la reunión del 20 de diciembre de 2011: No se aclaró o requirió en la propuesta de implementación de las ETC un desglose por componentes | - Acta de la reunión del 20 de diciembre de 2011: Desde la reunión preparatoria de agosto de 2011 se orientó en relación con los productos esperados y se aclaró que las propuestas debían ser concordantes con los resultados del diagnóstico. Igualmente, el punto de partida debía ser la ENDE y el propósito era indagar sobre la poca importancia asignada a la educación, con la aclaración que la metodología acordada al respecto era la identificación de conocimientos, actitudes y prácticas (CAP). |

⁵³ Folio 255 del cuaderno 6.

⁵⁴ Folios 175 a 179 del cuaderno 6.

⁵⁵ Folios 249 a 252 del cuaderno 6.

⁵⁶ Folio 249 del cuaderno principal.

| | |
|--|---|
| <p>- Acta de la reunión del 1 de febrero de 2012: Solo se revisó la monografía de Malambo, de modo que la apreciación de falta de coherencia y articulación de los instrumentos no se puede predicar con el examen de una ETC. Tampoco era viable la presentación de la estrategia de comunicación y los instrumentos de medición, dado que las observaciones realizadas a las estrategias pedagógicas y de movilización modifican el diseño comunicacional, así como es necesario la aprobación de las propuestas de implementación a corto, mediano y largo plazo.</p> | <p>- Acta de la reunión del 1 de febrero de 2012: El director del proyecto manifestó que las monografías eran iguales y que el consorcio aceptó que los productos debían evidenciar una articulación entre los instrumentos de la etapa diagnóstica y la propuesta de implementación.</p> |
|--|---|

68. En el informe de interventoría 2⁵⁷ se indicó que el estado del avance del contrato en general era del 25%. Igualmente, se dividió el desarrollo del negocio, en torno a las obligaciones pactadas, para aseverar el siguiente escenario en relación con cada una: i) elaboración del diagnóstico para la realización de líneas de acción a corto, mediano y largo plazo, 32%; ii) también como parte del diagnóstico la definición de una línea base de metas en correspondencia con las líneas de acción, 0%; iii) diseño relativo a las líneas de acción, 0%; iv) diseño en relación con las piezas de comunicación de la campaña “*Ni uno Menos*, 20%; v) elaboración de propuestas de implementación de las líneas de acción, de acuerdo con los alcances definidos por el MEN, 0%; vi) realizar la reimpresión de las piezas de comunicación de campaña “*Ni uno Menos*”, 25%; vii) desarrollar una estrategia de divulgación, 0%; viii) elaborar una herramienta de evaluación acorde con el desarrollo de cada una de las líneas de acción, 0%; y ix) entregar al Ministerio los informes de evaluación, 0%.

69. Como sustento de los anteriores porcentajes, el interventor manifestó, en síntesis, lo siguiente:

a) Realizó un recuento de la ejecución contractual, indicando que desde reuniones iniciales, del 5 de agosto y 22 de agosto de 2011, el Ministerio le manifestó al consorcio la necesidad de incluir en su propuesta metodológica la definición de objetivos y productos a corto, mediano y largo plazo, así como la elaboración de un marco diagnóstico con una matriz de situaciones, actores y comportamientos y la utilización de la metodología CAP, la cual fue aceptada por el contratista. Igualmente, el 12 de septiembre siguiente, el consorcio se comprometió en entregar: entrevista, encuesta y taller e incorporar en detalle las categorías de análisis, según metodología CAP.

El 8 de noviembre de 2011, el MEN entregó al consorcio la “matriz de razones – preguntas asociadas a la baja valoración de la educación”, la cual “*nos dimensiona el alcance del objeto del contrato y nos direcciona el formulario KAP. Este formulario lo estaré enviando en el transcurso del día o mañana en la mañana para que se aplique en la etapa diagnóstica*”⁵⁸. Luego, el 17 de noviembre se autorizó la ejecución de talleres diagnósticos en las 30 ETC; sin embargo, la entidad manifiesta que los talleres entregados por el contratista, el 24 de enero de 2012, no contaban con la desagregación ni el nivel de análisis técnico requerido y expresado en las reuniones

⁵⁷ Folios 79 a 120 del cuaderno 6 -allegado a la entidad el 26 de abril de 2012, según se manifestó en la Resolución 5488 de 2013-.

⁵⁸ Folio 94 del cuaderno 6.

de forma verbal y escrita, A su vez, adujo que hace falta detallar las acciones concretas de movilización y acción pedagógica en cada ETC, así como hace falta entregar el análisis de las 30 monografías en conjunto.

Así, el 6 de febrero de 2012, la entidad, al advertir que las monografías no tienen el nivel de análisis solicitado para la justificación técnica de las acciones a corto, mediano y largo plazo, requirió que el consorcio: (i) revise las bases de datos y el proceso de sistematización de las encuestas; (ii) organice el análisis por bloques, utilizando el mismo enfoque de la encuesta CAP; y (iii) estructure las propuestas de implementación de manera sistemática.

Posteriormente, al analizar las monografías presentadas por el contratista, lo requirió para que las entregara con el análisis de las CAP, pues se evidenció una falta de hilo conductor entre éstas y los resultados diagnósticos.

El 15 de febrero siguiente, después de que el director del proyecto presentara las matrices de información de la CAP en los dos niveles regional y territorial, pese a reconocer “*el avance en el análisis y organización de la información*”, manifestó de nuevo su inconformismo con la organización de las monografías y las propuestas de implementación; por lo anterior, otorgó al consorcio plazo hasta el 20 de febrero para entregar los documentos corregidos –elaboración de monografía con los resultados agregados de los talleres en las 30 ETC-, haciendo énfasis en la separación por categorías según la CAP.

Así, el 20 de febrero se realizó el seguimiento a los productos, donde el MEN consideró la ausencia de un hilo conductor entre los resultados diagnósticos del taller participativo, la encuesta CAP y las propuestas de implementación. Asimismo, se anotó que el consorcio se comprometió a diligenciar la matriz de análisis (mapa general), entregada por el MEN, que comprende análisis y estrategias por medida de tiempo y dimensión CAP.

El 1 de marzo de 2012, el consorcio entregó las matrices diligenciadas y el 5 de ese mismo mes y año, el MEN le solicitó diligenciar la matriz en atención al modelo que remitió y señaló que “*sigue existiendo mucho taller y más bien pocas actividades de movilización*”. Por último, adujo que la reunión programada para el 7 de marzo fue aplazada, en atención a los oficios que remitió el consorcio.

b) Realizada la anterior relación de sucesos, el *interventor* trajo de presente el contenido de la propuesta del consorcio y los comentarios que sobre la misma realizó el comité evaluador, para, finalmente, manifestar que la actividad de diagnóstico para la elaboración de las líneas de acción no estaba completa, dado que hace falta la entrega final del mismo y las propuestas de implementación de las otras 64 ETC – solo entregó los documentos que contemplan el primer bloque de 30 ETC-. Añadió que como el consorcio manifestó que no acogería las recomendaciones del Ministerio, procedió a sugerir la aplicación de la cláusula penal.

Igualmente, precisó que aunque, en reiteradas ocasiones, realizó observaciones de tipo metodológico, éstas no fueron atendidas por falta de comprensión del contratista, en cuanto a las expectativas del MEN, comoquiera que:

- “1. Las monografías en primera instancia entregaban un ‘perfil’ educativo (no solicitado) de la zona y no un análisis sobre los comportamientos, actitudes y prácticas.*
- “2. No se cuenta con un análisis general de comportamientos, actitudes y prácticas de las 30 ETC focalizadas como intervención integral.*
- “3. El análisis entregado por el contratista no correlaciona las dimensiones solicitadas”⁵⁹.*

c) Sostuvo que el contratista no entregó una línea base y metas en correspondencia, por cuanto ésta se construiría a partir de los resultados del diagnóstico, ni cumplió con la elaboración de las líneas de acción, puesto que la propuesta inicial presentada en tal sentido no fue ajustada, con base en las observaciones elevadas.

d) Agregó que cumplió parcialmente con el rediseño de las piezas de comunicación de la campaña *Ni uno menos*, por cuanto se esbozaron algunos ajustes; sin embargo, las propuestas comunicativas tampoco guardaban coherencia con los problemas identificados.

e) El estadio del 0% en las fases de implementación y evaluación tuvo lugar, según afirmó, porque los productos no tenían la calidad esperada, al no guardar coherencia con los problemas identificados y los elementos requeridos desde la perspectiva conceptual, tampoco existe un diseño temático que diferencie sectores urbanos y rurales, ni una distinción para población urbana y rural. A su vez, se evidenció que no se contaba con algún instrumento de evaluación o una propuesta clara de seguimiento.

70. Mediante la Resolución 5488 del 15 de mayo de 2013, el MEN resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato 464 de 2011, suscrito entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y EL CONSORCIO TZ CIER de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, por un valor de SETENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS M/CTE (\$71.694.361,00).

“ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria contemplada en la cláusula décima octava del contrato 464 de 2011, por valor de SETENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS M/CTE (\$71.694.361,00) correspondiente al 10% del valor del contrato.

“ARTÍCULO TERCERO: Hacer efectivo el amparo de cumplimiento de la póliza de seguro de cumplimiento No. 330-47-994000003434 expedida por la compañía de seguros ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, la suma de SETENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS M/CTE (\$71.694.361,00) por concepto de amparo de cumplimiento del contrato, conforme lo establecido en la cláusula décima del contrato, suma que deberá ser consignada en la cuenta corriente No. 31000257-1 del banco BBVA, en un término

⁵⁹ Folio 109 del cuaderno 6.

no mayor de veinte (20) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente resolución.

“ARTÍCULO CUARTO: *Como consecuencia de lo anterior, procédase a liquidar el contrato No. 464 de 2011.*

“ARTÍCULO QUINTO: *Notificar esta Resolución en la presente audiencia al señor JUAN CARLOS ROMERO en calidad de representante legal del CONSORCIO TZ CIER y a la compañía de seguros ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.*

“ARTÍCULO SEXTO: *Contra la presente Resolución procede el recurso de reposición, el cual se interpondrá en la presente audiencia”⁶⁰.*

71. Como sustento de la anterior decisión, la entidad describió el informe de interventoría 2, los descargos del consorcio TZ CIER, el contenido de la propuesta metodológica con los comentarios esgrimidos por el Comité Evaluador y con base en éstos coligió que no puede el consorcio trasladar su responsabilidad por falta de comprensión de los objetivos del contrato a la entidad, por cuanto el diseño de estrategias no guardaba coherencia con los factores mencionados en su propio diagnóstico, *“por ejemplo, para casi todos los casos se proponía realizar talleres de participación, obras de teatro (Jorge y el libro), difusión de normatividad, para factores como tráfico de menores y reclutamiento de niños, tal y como se reseñó en una de las reuniones ‘la misma Aspirina para diferentes enfermedades’”⁶¹.*

72. Añadió que el Ministerio no incurrió en una extralimitación de sus funciones, toda vez que el contrato concebía la obligación de realizar ajustes y, en todo caso, las observaciones realizadas por la entidad eran fundamentales para alcanzar el objeto convenido. Asimismo, tanto el interventor como el equipo de la Subdirección de Permanencia se circunscribieron a realizar el seguimiento de las obligaciones, lo cual implicaba el análisis del contenido de los documentos entregados.

73. También indicó que no es cierto que la entidad transgrediera la moralidad administrativa, a través del correo electrónico que le envió el interventor al contratista, donde supuestamente lo induce a solicitar la adición del plazo contractual en contra de su voluntad, comoquiera que el consorcio podía modificar la petición enviada en el mensaje de datos; además, no hay lugar a la afirmación del contratista, según la cual el equipo del Ministerio antes que contribuir al desarrollo del negocio lo presionaba al desarrollo de actividades extracontractuales.

74. Al resolver el recurso de reposición instaurado contra el anterior acto, la entidad profirió la Resolución 10604 del 12 de agosto de 2013, en donde decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO: *CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución No. 5488 expedida el 15 de mayo de 2013, mediante la cual se declara el incumplimiento al CONSORCIO TZ CIER en relación con la ejecución del Contrato No. 464 de 2011 y la ocurrencia del siniestro de cumplimiento de la garantía única correspondiente confirmando los artículos CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO Y OCTAVO,*

“ARTÍCULO SEGUNDO: *Como consecuencia de lo anterior, REPONER parcialmente la Resolución No. 5488 expedida el 15 de mayo de 2013, mediante la cual se declara*

⁶⁰ Folio 138 del cuaderno 2.

⁶¹ Folio 109 del cuaderno 2.

el incumplimiento al CONSORCIO TZ CIER en relación con la ejecución del contrato No. 464 de 2011 y la ocurrencia del siniestro de cumplimiento de la garantía única correspondiente modificando los artículos PRIMERO, SEGUNDO, Y TERCERO de la parte resolutive de la siguiente manera:

‘ARTÍCULO PRIMERO: *Declarar el incumplimiento del contrato 464 de 2011, suscrito entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y EL CONSORCIO TZ CIER de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, por valor de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$57.355.488)*

‘ARTÍCULO SEGUNDO: *Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria contemplada en la cláusula décima octava del contrato 464 de 2011, por valor de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$57.355.488) proporcional al cumplimiento de las obligaciones tal y como se expone en la parte considerativa de la presente Resolución.*

‘ARTÍCULO TERCERO: *Hacer efectivo el amparo de cumplimiento de la póliza de seguro de cumplimiento No. 330-47-994000003434 expedida por la compañía de seguros ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$57.355.488) por concepto de amparo de cumplimiento del contrato, conforme lo establecido en la cláusula décima del contrato, suma que deberá ser consignada en la cuenta corriente No. 31000257-1 del banco BBVA, en un término no mayor de veinte (20) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente resolución.*

“ARTÍCULO TERCERO: *Como consecuencia de lo anterior, procédase a liquidar el contrato No. 464 de 2011.*

“ARTÍCULO CUARTO: *La presente decisión se le notifica en estrados al señor JUAN CARLOS ROMERO en calidad de representante legal del CONSORCIO TZ CIER y a la compañía de seguros ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA y a su apoderado, de conformidad con el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.*

“ARTÍCULO QUINTO: *Contra la presente resolución no procede recurso alguno y por lo tanto queda agotada la vía gubernativa”⁶².*

75. En esta oportunidad, la entidad indicó que (i) no vulneró el derecho al debido proceso del consorcio durante el trámite del procedimiento sancionatorio contractual, ya que se valoraron las pruebas y se debatieron todos los argumentos expuestos en los descargos; (ii) las solicitudes de la entidad no eran subjetivas ni caprichosas, por cuanto tenían sustento en las obligaciones contractuales y en las falencias evidenciadas desde la propuesta presentada en el proceso de selección; (iii) no existe prueba alguna de acredite que la utilización de la metodología CAP fue una imposición por parte de la contratante; (iv) las líneas de acción no podían denominarse como tal, comoquiera que planteaban respuestas obvias a diferentes factores sin que se evidenciaran acciones específicas, por ejemplo, una de las acciones formuladas era la “*difusión de normatividad*”, razón por la cual no aportaban de ninguna manera sobre la causa identificada y no se evidencia una relación entre éstas para el corto, mediano y largo plazo; y, (v) teniendo en cuenta que el contrato se cumplió en un porcentaje del 20%, aplicó el principio de proporcionalidad, y en

⁶² Folio 185 del cuaderno 2.

esa medida ajustó la sanción impuesta en correspondencia, es decir, sancionando el incumplimiento del 80%.

76. El anterior recuento probatorio, como se vio, da cuenta del fracaso en el alcance del objeto contractual pretendido, por cuanto no se logró, ni siquiera, cumplir la fase de diagnóstico, paso ineludible para avanzar en el desarrollo de los demás ítems contractuales. Si bien es cierto se observó un progreso en algunos supuestos del diseño e implementación, relativos a las piezas de la campaña “*Ni uno Menos*”, lo cierto es que éstos consistieron en replanteamientos de los materiales publicitarios y de comunicación ya existentes para la mencionada campaña, por lo que los resultados advertidos muestran que no se obtuvo el resultado esperado con el contrato 464 de 2011.

77. Para la entidad contratante esas resultas fueron consecuencia de la falta de comprensión de los objetivos del contrato, por parte del consorcio TZ CIER, por cuanto el diseño de estrategias no guardó coherencia con los factores mencionados en su propio diagnóstico; además, ni siquiera consiguió culminar la aludida etapa inicial, dado que no entregó la versión final del mismo y las propuestas de implementación respecto de las 94 ETC contempladas, puesto que solo remitió los documentos que contienen el primer bloque de 30 ETC.

78. No constituye centro de discusión en este proceso la falta de éxito en el objeto pactado, pues el material probatorio hace evidencia de ello –incluidas las manifestaciones de cada una de las partes–; sin embargo, la Sala dista del criterio esbozado por el *a quo* para negar las súplicas formuladas, toda vez que los medios probatorios sí acreditan que la entidad modificó de forma palmaria el objeto negocial, así en numerosos documentos la entidad hubiera insistido en atribuir el incumplimiento al consultor.

79. En este punto se trae de presente que la propuesta metodológica del consorcio actor partió de la base de la ENDE y a partir de ésta desarrolló la etapa de diagnóstico mediante la socialización de los resultados, con énfasis en el contexto rural y en la población adolescente y la sistematización de los resultados de esta fase de manera integral.

Seguidamente, planteó el diseño de la propuesta teniendo como base los “*perfiles orientadores de política para las instituciones educativas rurales y urbanas*” y el “*perfil orientador de política regional*”, con la proposición de eventos anuales en el corto plazo, análisis por cohorte a mediano plazo y el “*dato acumulado*” a largo plazo, cuya implementación la explicó en los siguientes términos (se transcribe literal, incluyendo eventuales errores):

“En la primera etapa se realizara (sic) en cada una de las 30 ETC focalizadas con intervención integral, el desarrollo de una pieza del mosaico, que permitirá ejercicios pilotos de evaluación y ajuste de la estrategia y que engrane con el conjunto de recursos que se pueden desarrollar con mayor impacto en la segunda y tercera etapa.”

“1.3.1. Este primer momento aborda estrategias **DIRECTAS Y FOCALIZADAS REGIONALMENTE**, a través de **INTERCAMBIOS / TALLERES PARA APRENDER DE LAS VIVENCIAS DE OTROS/AS**.

“(…)

“2. SEGUNDA ETAPA, MEDIANO PLAZO 2012-2013

“2.1.1. **DIRECTAS Y FOCALIZADAS REGIONALMENTE** con las nuevas ETC que se incorporan en la segunda fase, a través de **INTERCAMBIOS / TALLERES PARA APRENDER DE LAS VIVENCIAS DE OTROS/AS**.

“Encuentros de jóvenes con jóvenes de redes juveniles. Encuentros de madres/padres de familia; con madres/padres de familia de experiencias educativas exitosas y de contextos similares. Encuentros niños/as con semilleros infantiles. Encuentros de docentes con docentes de I.E. con experiencias exitosas de contextos similares. Encuentros plenarios de todos/as.

“2.1.2. **ESTRATEGIAS MASIVAS REGIONALMENTE**, (ETC de la primera y segunda etapa), a través de: Canales regionales, páginas web de secretarías municipales y/o departamentales de educación, Mesas de educación rural y Jumes.

“3. TERCERA ETAPA LARGO PLAZO 2014 – 2019

“3.1.1. **DIRECTAS Y FOCALIZADAS REGIONALMENTE** con las nuevas ETC que se incorporan en la tercera fase, a través de **INTERCAMBIOS / TALLERES PARA APRENDER DE LAS VIVENCIAS DE OTROS/AS**.

“Encuentros de jóvenes con jóvenes de redes juveniles. Encuentros de madres/padres de familia; con madres/padres de familia de experiencias educativas exitosas y de contextos similares. Encuentros niños/as con semilleros infantiles. Encuentros de docentes con docentes de I.E. con experiencias exitosas de contextos similares. Encuentros plenarios de todos/as.

“3.1.2. **ESTRATEGIAS MASIVAS REGIONALMENTE**, (ETC de la primera, segunda y tercera etapa donde persiste resultados debiles (sic) en este momento del proceso), a través de: Canales regionales, páginas web de secretarías municipales y/o departamentales de educación, Mesas de educación rural y Jumes.

“3.1.3. **DIRECTAS FOCALIZADAS MUNICIPAL E INSTITUCIONALMENTE**

“En la totalidad de las ETC de educación. A través de: Emisoras comunitarias, Canales de T.V. comunitarios, periódicos murales e institucionales. Boletines virtuales con diseños participativos (estudiantes/docentes) y monitoreados virtualmente por el quipo asesor.

“3.2.4. **ESTRATEGIA DE INTEGRACIÓN DEL PROCESO A NIVEL NACIONAL**

“Evento nacional (congreso/seminario/foro/festival/bazar) como punto de llegada para socializar lo construido regionalmente. Uno por año, a partir de la segunda etapa y con énfasis temático, según la etapa.

“Un comercial nacional anual, presentando resultados a partir del segundo año.

“Representación en eventos académicos, de las facultades de educación y desarrollo. A partir de la primera etapa.

“Separata en diarios nacionales y regionales. Una por año a partir de la segunda etapa. Reporta gráfica y textualmente los resultados anuales significativos.

“Aviso gráfico en portales de servidores electrónicos. Uno por año a partir de la segunda etapa”⁶³.

A su vez, señaló que la evaluación se haría al finalizar el año dentro de cada etapa, por medio de la definición participativa de los indicadores para cada situación que

⁶³ Folios 174 a 176 del cuaderno 5.

propicia la deserción, en los espacios de socialización y retroalimentación de la ENDE.

80. Pues bien, vistos los sucesos que enmarcaron el acontecer negocial, se observa que desde el inicio -agosto de 2011- la entidad manifestó al consorcio la necesidad de incluir en su propuesta metodológica la definición de objetivos y productos a corto, mediano y largo plazo, así como la elaboración de un marco conceptual con una matriz de situaciones, actores y comportamientos, y la utilización de la metodología CAP. El contratista avanzó en el desarrollo de su propuesta -celebración de los talleres metodológicos-, así como con las tareas de elaborar un marco conceptual y diligenciar las matrices por ETC, en atención a los resultados advertidos en los aludidos talleres y en la encuesta CAP.

Continuó la marcha contractual, como se ve en el material probatorio, donde el consorcio se comprometió con la entrega de la entrevista, la encuesta CAP y los talleres -12 de septiembre de 2011-; el 8 de noviembre de ese año la entidad le remitió una matriz o formulario que lo direccionaba en el diligenciamiento de la encuesta, así como aprobó –el 17 de noviembre de 2011- la realización de talleres en las 30 ETC de intervención integral, el análisis documental con las encuestas CAP en las 64 ETC restantes y el marco metodológico, sin disentir sobre la ejecución de dichas herramientas, tal como lo reconoce en la respuesta que dio a las observaciones del acta de reunión del 17 de noviembre de 2011, ya enunciado.

81. Luego, el 24 de enero de 2012, el consorcio entregó las monografías con diagnóstico, los diseños de implementación a corto plazo y la encuesta CAP aplicada a las ETC de intervención integral, respecto de lo cual la “interventoría” manifestó, el 2 de febrero siguiente, que *“se valora positivamente la estrategia propuesta y se considera que el análisis de la información del diagnóstico y la KAP es muy bueno”*; sin embargo, indicó que no existía articulación entre el diagnóstico y la propuesta de implementación y que hacía falta entregar las 30 monografías en conjunto, así como unificar el formato de presentación de éstas.

Igualmente, el 6 de febrero, la contratante manifestó que encontró inconsistencias en el análisis de la información, razón por la cual era necesario presentar la misma por bloques, a través de la herramienta CAP y estructurar las propuestas de implementación de forma sistemática. Luego, el 20 de febrero, el contratista se comprometió a utilizar la matriz general entregada por el MEN, razón por la cual el 29 de febrero la remitió diligenciada y, en correo electrónico del 5 de marzo, la entidad le envió de nuevo la matriz para que la llenara conforme sus lineamientos, pues *“en síntesis sigue existiendo mucho taller y más bien pocas actividades de movilización, necesitamos más actividades extramuro”*, frente a lo cual, el día siguiente, el contratista manifestó su inconformidad, al advertir la falta de aceptación de la matriz por parte de la entidad y aseverar que, pese a acoger las observaciones de la entidad, se regresó a la etapa inicial del diseño de estrategia, solicitud que, en su parecer, superaba las facultades de la entidad contratante, dado que ésta, afirmó, se soportó en consideraciones subjetivas.

82. La compacta síntesis del devenir negocial acabada de mencionar, muestra con claridad los evidentes cambios que se hicieron a la propuesta metodológica del consorcio actor, los cuales no implicaron unos meros *ajustes*, actividad dentro de la cual se enmarcaba la obligación del contratista de acomodar su propuesta a las sugerencias de la entidad, dado que las modificaciones introducidas significaron un real giro de la particularidad en que se sustentó la propuesta del consorcio TZ CIER y con base en la cual resultó adjudicatario del concurso de méritos.

83. En efecto, la variación consistente en desarrollar el diagnóstico con una metodología CAP, diligenciar las matrices remitidas por la entidad y a partir de allí formular las acciones a implementar a corto, mediano y largo plazo, involucró una verdadera alteración de la esencia metodológica propuesta por el consorcio, cuyo ofrecimiento, como se señaló, en apartes anteriores, se sujetó a la realización de intercambios y/o talleres enfocados en aprender a partir de un entorno vivencial, así como encuentros entre los distintos actores del proceso educativo (jóvenes, niños, padres de familia y docentes), estrategia que, en palabras del demandante, se oponía a la *“visión centralizadora y analítica”* pretendida por el Ministerio.

84. Las múltiples solicitudes de variación y *“ajuste”* presentadas por el MEN muestran que la propuesta ganadora del proceso de selección no se adecuaba al enfoque que la entidad quiso imprimirle en sede contractual, circunstancia que denota que, más allá de endilgar una falta de comprensión al contratista, como lo manifestó la entidad, se trató:

(i) De una falta de planeación del cometido que buscaba alcanzar el contrato, pues en las bases y justificación de la contratación el MEN no indicó dichos parámetros ineludibles que luego requirió al contratista.

(ii) O, simplemente, optó por desarticular la estrategia adjudicataria que, si bien era susceptible de ajustes, no podía desconocer la perspectiva del contratista, consultor contratado para construir una propuesta y plantear una visión experta para cumplir el objeto contractual que, se recuerda, consistió en *“elaborar la metodología y el diseño, e implementar una estrategia de acción pedagógica, movilización social y comunicación que contribuya a incrementar la importancia que la sociedad asigna a la educación y así incentivar la transformación de comportamientos sociales”*, cuyo enfoque, desde la presentación de su propuesta, se centró en el desarrollo de una estrategia vivencial y cualitativa –mediante talleres y acercamientos con la comunidad escolar y sus familias– no cuantitativa, que de no haber sido admisible, no debió haber conducido a la adjudicación.

85. La anterior circunstancia se ratifica con lo acontecido en el proceso de selección, en donde la propuesta metodológica del consorcio TZ CIER fue calificada con 15 de 19 puntos posibles, es decir, obtuvo una calificación que evidencia que no solo atendió los seis (6) criterios de evaluación –recuérdese que para cumplir era suficiente lograr 13 puntos– sino que también *“superó las expectativas”* en 2 aspectos, a saber: a) en el criterio 2, sobre la metodología específica para la elaboración del diagnóstico, que incluía los resultados de la ENDE, diagnósticos

adicionales y trabajo con las ETC, por cuanto obtuvo puntaje de 4, el más alto; y b) en el criterio 3, cuya puntuación también fue la máxima, de 3, en este ítem la observancia de los objetivos sin valores agregados otorgaba 2 puntos, referente a que las actividades propuestas contemplaban como mínimo padres o acudientes, Escuelas de Padres, Gobierno Escolar u otros espacios de interacción entre estudiantes, responsables institucionales como directivos y docentes, autoridades como la Policía Nacional y Comisarías de Familia, responsables gremiales y comunitarios, como sindicatos de docentes y responsables empresarios.

86. En esa medida, resulta un verdadero contrasentido que luego de que resulte ganadora una propuesta, la entidad señale que ésta no se acompasa con la visión que buscaba alcanzar y que, además, el aludido ofrecimiento obtuviera un puntaje que superó las expectativas en dos ítems a calificar, al agregar nuevos componentes a los señalados en los pliegos de condiciones, incluyendo el criterio sobre la metodología para la elaboración del diagnóstico, aspecto en torno al cual, como se vio, giró la controversia, puesto que, durante la ejecución negocial, fue evidente que el MEN no compartió las herramientas de diagnóstico propuestas por el consorcio, punto en que solicitó la utilización de las encuestas CAP, la elaboración de un marco metodológico y conceptual, y el diligenciamiento de una matriz que la misma entidad le remitió al contratista.

87. Así las cosas, si la entidad tenía certeza sobre las herramientas que en su parecer resultaban más adecuadas para el éxito del objeto a contratar, sin vacilación debió incluirlas como elementos integrantes del futuro negocio jurídico, para que los participantes del concurso de méritos presentaran un ofrecimiento que las integrara; no obstante, ni en los pliegos de condiciones ni en el clausulado del contrato se comprendieron estos instrumentos que, con posterioridad, resultaron vitales, a juicio de la entidad, para lograr el objeto convenido.

En efecto, tanto el pliego de condiciones como el contrato de consultoría 464 de 2011 desarrollaron las 4 fases que comprendía el negocio, diagnóstico, diseño, implementación y evaluación –desarrolladas en apartes previos-, sin definir dentro de éstas la obligación de utilizar los instrumentos que específicamente le requirió al contratista, pues allí se enunciaron los contenidos básicos que debía abarcar cada etapa, sin establecer una herramienta o acción particular, por cuanto, valga precisar, esto desconocería el propósito que se buscaba alcanzar con el contrato de *consultoría*.

88. En este punto, se recuerda que como este tipo contractual tiene por finalidad pactar con una persona natural o jurídica, que brinde su experticia en una especial materia que verse sobre proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión y que, además, no se trate de actividades relativas a la administración o funcionamiento de la entidad, resulta un desatino que la entidad contratante impusiera la utilización de alguna metodología para realización del diagnóstico contratado, toda vez que el contrato trataba precisamente sobre la formulación de la aludida metodología por parte del experto

contratado para tal fin, en este caso, el consorcio TZ CIER, adjudicatario del concurso de méritos.

89. En este orden de ideas, las sugerencias hechas por la entidad no se enmarcaron en los ajustes que el clausulado negocial determinó como procedentes, sino que rebasaron dicha permisión para convertirse en verdaderas modificaciones que transformaron la esencia de la oferta formulada por el consorcio y que, a la postre, impidieron que el contrato avanzara según lo previsto en un comienzo por el contratista. Lo expuesto no denota, se aclara, que la contratante no pudiese proponer arreglos que condujeran a acomodar la propuesta a su visión, para que se alcanzara un resultado que uniera ambas expectativas; la censura apunta a que esas sugerencias rebasaron el acoplamiento permitido por las normas contractuales, en punto a obviar y reemplazar el modelo metodológico formulado por el consultor adjudicatario.

Aunado a lo anterior, es vital resaltar que, en todo caso, los ajustes que podía realizar la entidad debían aplicarse con miras a la implementación de la propuesta y no una permisión a cambios y alteraciones recurrentes en el curso de la ejecución, ya que una aquiescencia de modificación ilimitada en el tiempo rebasa también los límites de acción de la entidad, al impedir tener certidumbre del modelo de metodología aprobada y que debía ser entregada por éste.

90. Igualmente, y en línea con lo manifestado en párrafos precedentes, no se comparte el criterio expuesto por la accionada que arguye que existía una ausencia de obligatoriedad de la oferta, en virtud de la afirmación consistente en que la “*propuesta no será vinculante*”, contenida en los pliegos de condiciones, comoquiera que esta previsión no puede leerse de forma descontextualizada y aislada del contenido del documento donde se origina, tal como ya fue analizado en esta providencia.

91. De este modo, la frustración en el logro final del cometido pactado tuvo génesis en la alteración relevante de la propuesta metodológica del consorcio actor y la evidente constatación de que no existía un horizonte común en este aspecto, puesto que la modificación esencial del ofrecimiento dejó advertir la ausencia de unos parámetros claros de determinación de cumplimiento del objeto, ante la observación de constantes y continuos cambios en la valoración de los avances en la ejecución negocial, modificaciones que no parten de un criterio común y previamente establecido de valoración, sino que resultaron del desarrollo del negocio y que condujeron a que, finalmente, no existiera un lugar de encuentro entre la propuesta del actor, punto de referencia al momento de suscribir el negocio jurídico, y los “*ajustes*” pedidos por el Ministerio, que resultaron en una transformación de lo propuesto por el consorcio.

92. Ante la meridiana inconformidad del Ministerio con el modelo metodológico planteado por el Consorcio, resulta discordante entonces la calificación otorgada a su propuesta en el curso del proceso de selección, si bien en los comentarios de la evaluación el Comité encargado dejó sentado que el ofrecimiento no permitía

precisar el cronograma, no perfilaba adecuadamente los instrumentos a utilizar en la etapa del diagnóstico ni se proponían estrategias de comunicación innovadoras, lo cierto es que a la luz de la decisión de adjudicación, el cúmulo de reparos que se hicieron a la propuesta no tuvo una trascendencia tal, que impidiera la selección del contratista ni fuese insuficiente para haberlo adjudicado.

Tanto así que dicha propuesta metodológica quedó calificada con 15 de 19 puntos, de modo que los *ajustes* deben entenderse en el marco de una realidad probada: se harían respecto de una propuesta calificada *sobresalientemente*, y por tanto estarían orientados a acompasar ciertos aspectos, más no a autorizar la alteración de sus aspectos relevantes, como aconteció en el asunto concreto.

93. Ahora, en torno a la pasividad endilgada al contratista quien, según el *a quo*, no manifestó su “*preocupación*” con la realización del ajuste solicitado por el Ministerio, ya que solo hasta cinco meses después de haber iniciado el contrato señaló una alteración de las condiciones pactadas, la Sala no comparte tal discernimiento, porque las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que el contratista actuaba bajo la creencia de que la aceptación de las modificaciones expresadas por el MEN lo conducirían a lograr de forma exitosa el objeto convenido. De hecho, en varias comunicaciones previas al 2 de febrero de 2012, la entidad manifestó su aprobación en relación con la realización de los talleres participativos de forma mancomunada con la encuesta CAP, razón por la cual es viable colegir que el contratista sí actuaba bajo la convicción que su conducta se ajustaba a las expectativas de la entidad. Igualmente, la respuesta del consorcio dirigida a cumplir la modificación no conllevó una aceptación de los cambios ordenados por la entidad, como en la generalidad de los casos pudiera inferirse, dada la excesiva exigencia de la entidad contratante, en punto a tales reformas, las cuales, vale recordar, no significaron los ajustes a los que el contratista se obligó efectuar.

94. Unido a lo anterior, respecto al reproche endilgado al consorcio contratista, en relación con su falta de expresión de inconformidad al suscribir el contrato adicional 1⁶⁴, que amplió el plazo contractual hasta el 30 de abril de 2012, vale resaltar que para ese momento -19 de diciembre de 2011- el contratista estaba bajo la conciencia de que los cambios que estaba realizando en la propuesta metodológica alcanzarían el visto bueno de la entidad y con ello cumpliría el contrato, pues fue hasta febrero de 2012 que la contratante le manifestó que su propuesta no se acompasaba con sus expectativas y visión del objeto contratado, pero, como se observa de los medios de prueba, previo a esta fecha el Ministerio le dio visto bueno en la realización de los talleres y monografías y le pidió complementarlos con el diligenciamiento de las encuestas CAP; por tanto, para la suscripción de la prórroga el contratista se

⁶⁴ Mediante este pacto modificatorio, las partes acordaron lo siguiente –folios 315 y 316 del cuaderno 5-:

“Contrato adicional 1 del 19 de diciembre de 2011

“Cláusula Primera. Prorrogar el plazo establecido en el contrato principal por el término de cuatro (4) meses y veintidós (22) días, es decir hasta el 30 de abril de 2012.

“(…)”

“Cláusula Tercera. Quedan vigentes todas las estipulaciones que no se haya (sic) modificado por lo acordado en el presente documento”.

encontraba en una posición que lo conducía a suponer que su actuar estaba encaminado con los propósitos y visión de la entidad.

95. Así las cosas, para la Sala es claro que se configuró el vicio de falsa motivación respecto de las resoluciones enjuiciadas –la 5488 del 15 de mayo de 2013 y la 10604 del 12 de agosto de ese mismo año, proferidas por el Ministerio de Educación Nacional-, por cuanto las razones aducidas en sus fundamentos se alejaron de la realidad probatoria que enmarcó el origen y la ejecución del negocio jurídico; en efecto, sobre este vicio esta Colegiatura ha manifestado:

“Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado ...”⁶⁵

96. En esa medida y al observar que los motivos determinantes que fundamentaron las decisiones debatidas se basaron en una apreciación errónea de los hechos, comoquiera que el acontecer negocial demuestra que fue la propia entidad la que puso en situación de incumplimiento al contratista –con ocasión de las sucesivas solicitudes de ajuste que superaron los linderos admisibles, y que llevaron a que el consultor no pudiera cumplir de cara a cada nuevo requerimiento–, resulta forzoso colegir que hay lugar a declarar la nulidad de las resoluciones demandadas y el incumplimiento contractual a cargo de la entidad contratante; por consiguiente, la Sala pasa a estudiar la procedencia de las súplicas relacionadas con la indemnización de perjuicios solicitada.

(iii) Indemnización de perjuicios

Daño emergente

97. Por concepto de daño emergente, la parte actora pidió el reconocimiento de las siguientes sumas: (i) \$57'355.488, consistente en el monto que debió pagar con ocasión de la declaratoria de incumplimiento ordenada en las resoluciones demandadas; (ii) \$286'777.445, correspondiente al pago del 40% por los productos asociados al diseño y evaluación que fueron entregados al MEN sin que éste los aprobara; (iii) \$407'191.372, relativos a los sobrecostos que la actuación de la accionada le generó; y (iv) \$208'765.190, por el pago de los gastos de representación del consorcio durante todo el tiempo que se ha extendido la existencia del mismo.

98. Para resolver lo relativo a estas súplicas, la Sala no puede pasar por alto que el consorcio TZ CIER, en su demanda, solicitó el decreto de un dictamen pericial contable, “a efectos que determinen y realicen una tasación de los perjuicios sufridos

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 19 de marzo de 2020, radicación 52001-23-33-000-2015-00155-01(3093-16).

por el Consorcio con ocasión de la declaratoria de incumplimiento del contrato e imposición de multa pecuniaria. Los auxiliares verificarán (sic) cada uno de los registros contables y demás documentos del consorcio TZ CIER que fueren necesarios para la entrega de la prueba pericial⁶⁶ y que el Tribunal de primer grado, en el curso de la audiencia inicial, lo aplazó y decidió que éste sería “decretado y practicado en el evento de una sentencia in genere de naturaleza condenatoria en la que se establezca que los actos de declaratoria de incumplimiento son nulos⁶⁷; por ende, sin que corresponda a una premisa con asiento en la ley aunque sí en una providencia judicial en firme, se tendrá en cuenta esta situación, con el fin de resolver los pedimentos en esta instancia.

99. Así, ante la falta de certeza en la cuantía de los perjuicios solicitados, incertidumbre coadyuvada por la falta de decreto y práctica del dictamen pericial solicitado, se torna necesario condenar en abstracto a la demandada para que, en trámite incidental, se liquide el monto del restablecimiento solicitado, por concepto de daño emergente, en atención a las pruebas que corroboren los presupuestos necesarios para el cálculo de la condena.

Para efectos de dicha liquidación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios, además de los de orden constitucional y legalmente preestablecidos:

- I. El incidente de liquidación se realizará en el plazo y bajo los lineamientos previstos en el artículo 193 del CPACA.
- II. Este incidente se restringirá a verificar si existe prueba del pago por parte de la demandante de la suma de \$57.355.488, ordenada a su cargo en los actos administrativos debatidos⁶⁸.
- III. Se examinarán los costos en que incurrió el consorcio actor para entregar los productos al Ministerio.
- IV. Previa constatación de las pruebas pertinentes, se determinará el valor de los sobrecostos generados a la parte actora con el incumplimiento endilgado a la entidad contratante.
- V. No se accede al reconocimiento pedido por gastos de representación del consorcio, puesto que éstos están incluidos en los costos de administración que debió contemplar el contratista al confeccionar su propuesta y, en todo caso, si se trata de las mayores erogaciones en que se incurrió por este ítem, con ocasión del incumplimiento de la contratante, la actora ya solicitó una indemnización por dicho concepto.

⁶⁶ Folio 20 del cuaderno 1.

⁶⁷ Folio 119 del cuaderno 1.

⁶⁸ En el proceso obra el oficio 2013EE70137 del 7 de octubre de 2013 –folio 40 del cuaderno 3-, mediante el cual el MEN le reitera al consorcio que el plazo para pagar la suma de \$57'355.488, ordenada en la Resolución 10604 de 2013, venció el 10 de septiembre de ese mismo año, razón por la cual no se observa que, en efecto, el contratista hubiere pagado el aludido monto.

- VI. Bajo ninguna consideración, el monto de la liquidación de la condena en abstracto podrá superar la estimación razonada de la cuantía, ni los límites establecidos en las pretensiones y en el precio ofertado por el actor en la propuesta que formuló en el proceso de selección. De modo que, en caso de probarse que se prestaron servicios por un valor superior, la liquidación en todo caso se efectuará bajo los límites indicados.
- VII. El resultado de los anteriores cálculos será indexado o actualizado aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.
- VIII. Sobre la anterior suma de dinero no se reconocerán intereses moratorios en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la condena.

Lucro cesante

100. A título de lucro cesante, la parte demandante pidió \$82'092.780, correspondiente a las utilidades que debía recibir con ocasión de la ejecución del contrato.

101. Al examinar esta pretensión, la Sala encuentra que se refiere a la utilidad completa esperada con ocasión de la ejecución del negocio; sin embargo, esta petición debe circunscribirse al saldo insoluto del contrato, es decir, \$573'554.890 y no al monto esperado con base en el valor total del contrato, como se puede apreciar en la relación financiera de éste, allegada al expediente⁶⁹, así:

| PRESUPUESTO | | | | | |
|--|-------------|-------------|-------------|---|-----------------------|
| COSTO DE PERSONAL | | | | | |
| PERSONAL | CANTIDAD | MESES | DEDICACIÓN | SALARIO MES | COSTO |
| Director de Proyecto | 1 | 6,00 | 100% | 5.000.000 | 30.000.000 |
| Experto en Educación | 1 | 6,00 | 100% | 4.000.000 | 24.000.000 |
| Investigador | 1 | 6,00 | 100% | 5.000.000 | 30.000.000 |
| Profesional en Ciencias de la Comunicación | 1 | 6,00 | 100% | 3.000.000 | 18.000.000 |
| SUBTOTAL | 4,00 | 6,00 | 100% | | 102.000.000 |
| TOTAL COSTOS DE PERSONAL 102.000.000 | | | | | |
| COSTOS DIRECTOS | | | | | |
| DESCRIPCIÓN | CANTIDAD | MESES | PRECIO | UNIDADES UTILIZADAS | COSTO |
| Edición de Informes y Documentos | 6 | 6 | 500.000 | 1 | 3.000.000 |
| Comunicaciones | 6 | MES | 500.000 | 1 | 3.000.000 |
| Teléfono x 6 meses | | | | | |
| Internet x 6 meses | | | | | |
| Mensajería x 6 meses | | | | | |
| Materiales | 1 | No VECES | 10.000.000 | 1 | 10.000.000 |
| Impresión de Materiales - Sujeto a la propuesta Metodológica | | 1 | | | |
| Porzas, Timbre y Diario Oficial | 1 | 1 | 5.200.000 | 1 | 5.200.000 |
| Implementación en Terreno | 30 | 1 | 12.000.000 | Incluye gastos de personal adicional, Tks, Viáticos y gastos de alojamiento | 360.000.000 |
| Ajustes y Varios | | | | | 64.085.200 |
| TOTAL COSTOS DIRECTOS | | | | | 445.285.200 |
| COSTO TOTAL | | | | | 547.285.200 |
| IVA | | | 16% | | 87.565.632 |
| UTILIDAD (15%) | | | | | 82.092.780 |
| GRAN TOTAL | | | | | \$ 716.943.612 |

⁶⁹ Folio 41 del cuaderno 3.

102. La Sala discrepa en reconocer el monto solicitado, porque (i) se refiere al valor total del contrato y en el expediente obra prueba que la entidad canceló la suma correspondiente a \$143.388.722⁷⁰; (ii) por tanto, la utilidad a pagar debe considerar el saldo no cancelado del contrato, es decir, \$573'554.890; (iii) suma esta última respecto de la cual se cancelará el porcentaje de utilidad esperado por el contratista, previa resta del valor del IVA (16%); y (iv) como porcentaje de utilidad esperada se aplicará el 15%, monto respecto del cual el consorcio confeccionó su propuesta y ésta resultó adjudicataria.

103. En este orden de ideas, al restar de \$573'554.890 el 16% correspondiente al IVA, se obtiene el valor de \$481'786.108, suma respecto de la cual se calcula el 15%, antes referido, operación que arroja la cifra de \$72'267.916, correspondiente al valor de la utilidad esperada por el contratista, monto que se actualizará, utilizando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para ello se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha en la cual quedó en firme la Resolución 10604 de 2013 –agosto de 2013⁷¹- y que el índice final corresponde a la fecha de esta providencia, con base en la siguiente fórmula (donde Vp corresponde al valor presente y Vh al valor histórico o inicial):

$$V_p = \frac{V_h \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$
$$V_p = \frac{72.267.916 \times 130,40}{81,90}$$

$$V_p = 115.063.934$$

104. Por consiguiente, el valor a pagar por concepto de lucro cesante a favor de la parte actora es de ciento quince millones sesenta y tres mil novecientos treinta y cuatro pesos m/cte (\$115'063.934).

Perjuicios morales

105. Por concepto de daños morales, por la afectación de su buen nombre y la pérdida de chance u oportunidad, la actora solicitó el reconocimiento de 200 smlmv.

106. Sobre este pedimento, la jurisprudencia de esta Corporación en diversos pronunciamientos ha considerado que, en materia contractual, eventualmente cabría

⁷⁰ Folio 38 del cuaderno 3.

⁷¹ Se toma esta fecha como índice inicial y no el momento en que debió liquidarse el negocio jurídico –que es anterior a este-, toda vez que las resoluciones enjuiciadas constituyeron los motivos que sirvieron de fundamento al *sub lite*. Se reitera que la Resolución 10604, que confirmó parcialmente la 5488 del 15 de mayo de 2013, cobró firmeza el 12 de agosto de 2013.

emitirse condena por concepto de perjuicios morales, cuya prosperidad en todo caso está condicionada, al igual que la indemnización por cualquier otro tipo de perjuicio, a la prueba de su existencia⁷².

107. Así, con el propósito de obtener la condena por el daño moral que supuestamente padeció el actor, por unas decisiones que, tras ser revisadas por el juez adolecen de nulidad, se debe probar la materialización de esa afección, es decir, el dolor, la aflicción y en general, los sentimientos de desesperación, desasosiego, congoja, temor o zozobra que sufrió real y efectivamente por un hecho imputable a la actividad del Estado, como ocurre con todo aquel perjuicio respecto del cual se pretenda su resarcimiento.

108. Atendiendo a lo expuesto, la Sala encuentra que en el caso concreto no se probó una afectación moral en cabeza de los integrantes del consorcio actor, pues no obran medios probatorios que así lo demuestren y, en todo caso, la sola creencia de que la ilegalidad del acto produce perjuicios morales no es de recibo para la Sala; además, la sanción de la que fue objeto no le impidió seguir contratando con el Estado y no se demostró que se hubiese perjudicado su good will, afectaciones que, se reitera, requieren de prueba en el ámbito procesal, tal como lo ha manifestado esta Sección:

“Es cierto que el acto de caducidad del contrato puede alterar el good will del contratista sancionado lo que indiscutiblemente causaría su afectación emocional; pudo acontecer también que a raíz del mismo acto el contratista sancionado perdiese nuevas oportunidades de contratar, lo que también podría afectar su tranquilidad y autoestima, pero todas estas posibilidades, causas y efectos, de llegar a concretarse en la realidad, deben acreditarse ante el juez del contrato para que, establecida su existencia y magnitud, profiera la deprecada decisión condenatoria”⁷³.

Por lo anterior y ante la ausencia de medios probatorios que acrediten la efectiva causación de estos perjuicios inmateriales, la Sala negará su reconocimiento.

109. Por consiguiente, se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, se declarará el incumplimiento contractual por parte de la entidad accionada, en atención a los fundamentos ya explicados.

Costas

110. En los términos del artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas previstas en el Código General del Proceso, normativa que establece, en su artículo 365, numeral 4, que se condenará en costas por ambas instancias a la parte vencida, “*cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior*”, escenario que se configuró en el *sub lite*.

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias (i) del 3 de agosto de 2017, número interno 52.920 y (ii) del 14 de febrero de 2019, número interno 58.894.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de febrero de 2012, radicación 19001-23-31-000-1998-00497-01(22278).

111. Por lo anterior, se condena a la parte demandada a pagar el valor de las costas en ambas instancias, en esa medida se modifica el valor que fue impuesto en primer grado, por el monto correspondiente al 1% del valor de las pretensiones, esto es, la suma de DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M/CTE (\$10'421.822) y se fijan las agencias en derecho, para esta instancia, en la suma de CINCO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS M/CTE (\$5'210.911) a favor de la demandante, cifra que equivale al 0,5% de las pretensiones que fueron presentadas en este proceso, según el libelo introductorio (la suma de \$1.042'182.275), es decir, que no supera el 5% sobre las pretensiones, límite máximo para la tasación de las costas en segunda instancia, según lo establece el Acuerdo 1887 de 2003; por ende, por ambas instancias, le corresponde a la demandada pagar la suma de QUINCE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$15'632.733).

IV. PARTE RESOLUTIVA

112. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 23 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones 5488 del 15 de mayo de 2013 y 10604 del 12 de agosto de ese mismo año, proferidas por el Ministerio de Educación Nacional.

TERCERO.- DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO del contrato de consultoría 464 de 2011 por parte del Ministerio de Educación Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- CONDENAR EN ABSTRACTO al Ministerio de Educación Nacional a pagar, a favor de la parte actora, la indemnización por concepto de daño emergente solicitado, que se liquidará mediante incidente, de conformidad con los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- CONDENAR al Ministerio de Educación Nacional a pagar a la parte demandante la suma de CIENTO QUINCE MILLONES SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$115'063.934), a título de lucro cesante.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Radicación: 250002336000201502350 01 (59.148)
Demandante: Consorcio TZ CIER
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional
Asunto: Controversias contractuales

SÉPTIMO.- CONDENAR en costas, por ambas instancias, a la parte demandada, en favor de la parte actora, por la suma de QUINCE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$15'632.733).

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁷⁴
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Con aclaración de voto

VF

⁷⁴ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.