

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Liquidación judicial – Nulidad

De acuerdo con el artículo 14146 del CPACA, el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos en desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas. De igual manera, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

ACCIÓN CONTRACTUAL – Caducidad

El numeral 10 del artículo 136 del CCA, -que resulta aplicable en el presente caso-, dispone que la acción contractual caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, para lo cual contempla distintas hipótesis [...].

CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN – Regulación – Modalidades

Los convenios especiales de cooperación se encuentran regulados en los Decretos Ley 393 y 591 de 1991, que establecen las formas de asociación para actividades científicas y tecnológicas, y las modalidades de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas, normas con fuerza material de ley que, por demás, se encuentran vigentes.

En tal sentido, al tenor literal del artículo 1º del Decreto Ley 393 de 1991, para adelantar actividades científicas y tecnológicas, y proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades: (i) mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones; o (ii) mediante la celebración de convenios especiales de cooperación.

Ahora bien, en lo que atañe a la celebración de convenios especiales de cooperación, el artículo 6 ibídem establece que la Nación podrá celebrar con otras entidades públicas o con particulares este tipo de negocios jurídicos, a través de los cuales las personas que los suscriban aportarán recursos en dinero o en especie para facilitar, fomentar o desarrollar en común actividades científicas y tecnológicas y proyectos de investigación y creación de tecnologías, sin que den lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica.

ACTIVIDADES CIENTÍFICAS Y TECNOLÓGICAS – Delimitación – Aplicación

Por su parte, y con el fin de delimitar los propósitos que se querían perseguir con la celebración de este tipo de convenios, el artículo 2 del Decreto Ley 591 de 1993 estableció lo que debe entenderse por actividades científicas y tecnológicas, enlistando en este sentido las siguientes:

1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.
2. Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.
3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metodología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.
4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.
5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.
6. Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional”.

A partir de lo anterior, resulta claro que el régimen de los convenios especiales de cooperación solo es aplicable cuando el objeto del acuerdo de voluntades se encuadre en cualquiera de las actividades arriba mencionadas.

CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN – Reglas – Requisitos

Continuando con el estudio de esta tipología contractual, es menester precisar que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 8 del Decreto Ley 393 de 1991, los convenios especiales de cooperación se encuentran sometidos a las siguientes reglas y requisitos: (i) no existe régimen de solidaridad entre las

personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio; (ii) debe precisarse la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos; (iii) deben definirse las obligaciones contractuales que asumen cada una de las partes, especialmente las de orden laboral; (iv) los recursos aportados para la ejecución del convenio podrán manejarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración; (v) son negocios jurídicos que se rigen por las normas de derecho privado, salvo lo expresamente regulado en el Estatuto General de Contratación Pública y en las normas especiales en materia de ciencia y tecnología -Decretos 393 y 591 de 1991-; y (vi) deben constar por escrito, razón por la cual contendrán, como mínimo, cláusulas que determinen su objeto, término de duración, mecanismos de administración, sistemas de contabilización, causales de terminación y cesión, sin que se requieran para su celebración y validez requisitos distintos de los propios de la contratación entre particulares, aunque se exige su publicación en el diario oficial, el pago del impuesto de timbre nacional a que haya lugar, y la apropiación y registro presupuestal si implican erogación de recursos públicos.

CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN – No Cláusulas excepcionales

[...] cabe agregar que, en virtud de lo expresamente señalado en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública -parágrafo del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993-, en este tipo de contratos, es decir en los que tienen por objeto el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, no se incorporarán cláusulas excepcionales. Además, la selección del contratista se adelantará mediante la modalidad de contratación directa -literal e, numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007-.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL – Configuración

[...] la responsabilidad contractual del Estado, se requiere: i) la existencia de un daño antijurídico, consistente en la lesión del derecho de crédito que emana del contrato como fuente de obligaciones y que confiere a las partes la facultad de exigir el cumplimiento de las prestaciones pactadas; y ii) la imputación del daño a la entidad contratante, la cual tiene lugar cuando se presenta un incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del negocio jurídico celebrado¹⁶, bien por la inejecución total de la obligación pactada o su ejecución defectuosa o tardía, sin que medie una causal de exoneración, de conformidad con las circunstancias particulares del caso y las condiciones pactadas en el respectivo negocio jurídico.



Radicado: 25000-23-36-000-2012-00568-02 (61269)
Demandante: SENA

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

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 25000-23-36-000-2012-00568-02 (61269)
Demandante: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-
Demandado: FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE
COMBUSTIBLES Y ENERGÉTICOS -FENDIPETRÓLEO- Y
CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (HOY
CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.)

Temas:

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO - Elementos. CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN - De que trata los Decretos n.º 393 y 591 de 1991 - Características - Régimen aplicable. COMPETENCIA DEL JUEZ EN SEGUNDA INSTANCIA - Se circunscribe a los aspectos o temas apelados. CARGA DE LA PRUEBA - Quien demanda tiene la carga de acreditar los supuestos de hecho que pretende hacer valer. TESTIGO SOSPECHOSO - Su declaración debe ser examinada y valorada con mayor rigurosidad. LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO - En contratos de derecho privado procede cuando la parte actora lo solicita en la demanda - el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo idóneo para solicitar otras declaraciones, entre ellas, la liquidación judicial del contrato.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia del 25 de enero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que: declaró el incumplimiento del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, condenó a Fendipetróleo, a título de indemnización de perjuicios, al pago de \$710.804.713, declaró judicialmente liquidado el convenio en la suma de \$710.804.713 a favor del SENA, condenó a la aseguradora Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. al pago de la condena hasta el límite del valor asegurado por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a las demandadas.



I. SÍNTESIS DEL CASO

El SENA adelantó la convocatoria n.º DG-0006 de marzo de 2011, para que las empresas aportantes, los gremios, federaciones gremiales o asociaciones representativas de empresas o trabajadores, o centrales obreras o de trabajadores legalmente constituidas presentaran proyectos de formación especializada y/o actualización tecnológica del recurso humano vinculado a las mismas, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo n.º 0017 de 2009¹. Fendipetróleo participó en la convocatoria y formuló un proyecto, que tuvo por objeto optimizar los procesos operativos de una estación de servicio, mejorando las competencias, productividad y calificación del personal de una estación de servicio, mediante la formación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Octopus EDS. Tras evaluar el proyecto formulado por Fendipetróleo, el SENA avaló su cofinanciación y, en tal virtud, el 1º de julio de 2011 las partes celebraron el convenio especial de cooperación n.º 00109, con el fin de ejecutar el proyecto referido. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, Fendipetróleo constituyó con la aseguradora Chubb Seguros Colombia S.A. y a favor del SENA la garantía estipulada en el contrato.

En la demanda el SENA afirma, por un lado, que el convenio es nulo, porque el representante legal de Fendipetróleo no fue autorizado por la junta directiva para suscribirlo y, por el otro, que Fendipetróleo incumplió el acuerdo de voluntades, puntualmente su objeto y la obligación de entregar la contrapartida. Con fundamento en lo anterior, solicita como pretensión principal que se declare la nulidad del convenio, que se liquide, que se ordene el reconocimiento de las indemnizaciones y restituciones a que haya lugar y que se ordene el pago de las costas procesales y, subsidiariamente, que se declare la responsabilidad contractual de Fendipetróleo, que se liquide el convenio, que se ordene el pago de la correspondiente indemnización de perjuicios y que se ordene el pago de las costas procesales.

¹ “Por el cual se aprueban las políticas de la formación continua y los criterios generales para orientar los recursos de la Ley 344 de 1996, y se derogan los Acuerdos 6 de 2008, 2 de 2009 y 6 de 2009”.



II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 28 de noviembre de 2012², el SENA, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda en contra de Fendipetróleo y Chubb Seguros Colombia S.A.

1.2. El 10 de diciembre de 2012³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda, la cual fue subsanada en la oportunidad respectiva⁴.

1.3. En la demanda, la parte actora formuló las siguientes pretensiones principales y subsidiarias, que se transcriben de forma literal, incluso con eventuales errores:

“1. PRETENSIONES PRINCIPALES

Solicito al Honorable Tribunal que, previos los trámites legales pertinentes, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: *Que se declare la nulidad del Convenio Especial de Cooperación N° 00109 del 01 de Julio de 2011, celebrado entre el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLE Y ENERGÉTICOS FENDIPETRÓLEO.*

SEGUNDA: *Que se liquide el Convenio 00109 del 01 de julio de 2011.*

TERCERA: *Que se declare que la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLE Y ENERGÉTICOS FENDIPETRÓLEO es civilmente responsable por los perjuicios irrigados como consecuencia de la nulidad, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, conforme lo que resulte probado en el proceso.*

CUARTA: *Que se ordene la restitución del valor girado por el SENA por la suma de \$553.081.320, como anticipo, el que fue desembolsado por el SENA el 14 de julio de 2011, en virtud del Convenio Especial de Cooperación No. 00109 de 2011. La suma de \$553.081.320, deberá restituirse con sus correspondientes rendimientos financieros e intereses liquidados de conformidad con lo establecido en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, producidos desde el momento en que se le giraron, hasta el momento en que se haga efectiva la obligación de pagarlos.*

QUINTA: *Que se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLES Y ENERGÉTICOS FENDIPETRÓLEO al pago de los daños y*

² Fl. 11 a 56, C. 1.

³ Fl. 59 a 61, C. 1.

⁴ Fl. 63 y 64, C 1.



perjuicios materiales causados al SENA, en cuanto a daño emergente y lucro cesante, derivados de la pretensión anterior, teniendo en cuenta que estos recursos no pudieron ser comprometidos en nuevos proyectos que le permitieran dar cumplimiento a la misión institucional de la entidad.

SEXTA: *Que se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLES Y ENERGÉTICOS FENDIPETRÓLEO al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.*

1.1. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Para el caso de ser desestimadas las pretensiones principales subsidiariamente solicitó:

PRIMERA: *Que se declare que la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLES Y ENERGÉTICOS FENDIPETRÓLEO incumplió sus obligaciones derivadas del Convenio Especial de Cooperación N° 00109 del 01 de Julio de 2011, celebrado con el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.*

SEGUNDA: *Que se declare que la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLE Y ENERGÉTICOS FENDIPETRÓLEO es civilmente responsable de los perjuicios irrigados por el incumplimiento, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, conforme lo que resulte probado en el proceso.*

TERCERA: *Que se liquide el Convenio Especial de Cooperación N° 00109 del 01 de Julio de 2001, celebrado entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLES Y ENERGÉTICOS FENDIPETRÓLEO y el SENA.*

CUARTA: *Que se ordene la restitución del valor girado por el SENA por la suma de \$553.081.320, como anticipo, el que fue desembolsado por el SENA el 14 de julio de 2011, en virtud del Convenio Especial de Cooperación No. 00109 de 2011. La suma de (sic) \$553.081.320, deberá restituirse con sus correspondientes rendimientos financieros e intereses liquidados de conformidad con lo establecido en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, producidos desde el momento en se le giraron, hasta el momento en que se haga efectiva la obligación de pagarlos.*

QUINTA: *Que se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLES Y ENERGÉTICOS FENDIPETRÓLEO al pago de los daños y perjuicios materiales causados al SENA, en cuando al daño emergente y lucro cesante, derivados de la pretensión anterior, teniendo en cuenta que estos recursos no pudieron ser comprometidos en nuevos proyectos que le permitieran dar cumplimiento a la misión institucional de la entidad.*

SEXTA: *Que se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLES Y ENERGÉTICOS FENDIPETRÓLEO al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso”.*

1.4. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:



1.4.1. Adujo que el SENA adelantó la convocatoria n.º DG-006 de 2011, con el objeto de que las empresas aportantes, los gremios, federaciones gremiales o asociaciones representativas de empresas o trabajadores, o centrales obreras o de trabajadores legalmente constituidas, presentaran proyectos de formación especializada y/o actualización tecnológica del recurso humano vinculado a las mismas en los términos señalados en Acuerdo n.º 0017 de 2009.

1.4.3. Afirmó que el 1 de julio de 2011, el SENA y Fendipetróleo suscribieron el convenio especial de cooperación n.º 00109, con el objeto de adelantar un proyecto consistente en la optimización de los procesos operativos de una estación de servicios, mejorando las competencias, productividad y calificación del personal de una estación de servicios, mediante la formación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Octopus EDS.

1.4.4. Precisó que, de conformidad con lo establecido en la cláusula quinta, el valor del convenio fue de \$1.382.703.300, distribuidos de la siguiente manera: \$1.106.162.640 aportados por el SENA y \$276.540.660 aportados por Fendipetróleo. A este efecto, agregó que el SENA se obligó a pagar “a título de anticipo” el 50% por ciento del valor una vez perfeccionado el negocio jurídico, y el otro 50% una vez culminada la ejecución del contrato, previo visto bueno del supervisor o de la interventoría.

1.4.5. Refirió que el plazo para la ejecución del convenio corrió desde el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución hasta el 30 de noviembre de 2011.

1.4.6. Manifestó que el 7 de julio de 2011 Chubb Seguros Colombia S.A. expidió la póliza n.º 43095676 a favor del SENA, en la que fueron amparados: el buen manejo del anticipo, el cumplimiento y el pago de salarios y prestaciones sociales.

1.4.7. indicó que la interventoría del convenio fue ejercida por la Universidad Nacional.

1.4.8. Precisó que, mediante comunicaciones del 29 de diciembre de 2011 y 15 de febrero de 2012, la interventoría “emitió informe de incumplimiento”.



1.4.9. Afirmó que la entidad adelantó una actuación administrativa en contra del contratista, con el fin de declarar su incumplimiento e imponer multas, pero finalmente se abstuvo de imponer cualquier multa.

1.5. Como fundamento jurídico de la demanda, expuso lo siguiente:

1.5.1. En lo que atañe a las pretensiones principales de la demanda, adujo que el convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 es nulo, porque el representante legal de Fendipetróleo no estaba autorizado por su junta directiva para celebrarlo.

A este respecto, comenzó por señalar que la capacidad del representante legal de Fendipetróleo fue objeto de aclaración durante la convocatoria, porque aquel en principio solo estaba facultado para suscribir contratos cuya cuantía no excediera de 150 SMLMV, ante lo cual el 23 de mayo de 2011 se allegó una comunicación suscrita por el presidente de la junta directiva de Fendipetróleo en la que se informó que en sesión ordinaria se había autorizado a su representante legal para que presentara el proyecto y suscribiera el convenio.

No obstante lo anterior, puso de presente que durante la ejecución del convenio el SENA tuvo conocimiento que varios representante regionales de Fendipetróleo formularon una queja ante la Contraloría General de la República, porque el acuerdo de voluntades se suscribió sin la autorización de la junta directiva, aspecto que, a juicio del demandante, afecta *“directamente la capacidad del representante legal para presentar la propuesta y para comprometer válida y legalmente a FENDIPETROLEO”* y acarrea la nulidad del contrato.

1.4.2. Con relación a las pretensiones subsidiarias de la demanda, indicó que Fendipetróleo incumplió el convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, puntualmente su objeto y la obligación de entregar la contrapartida.

1.4.2.1. En cuanto al incumplimiento del objeto, precisó que *“para que en las estaciones de servicio la capacitación que se dio en desarrollo del convenio que se ejecutó, tuviera incidencia en su innovación y competitividad era indispensable que*



ellas contarán con la herramienta tecnológica OCTOPUS EDS, ya que de otra forma esta capacitación no tiene ninguna posibilidad de ser aplicada para mejorar la productividad y competitividad de las estaciones [...] Entendiendo que OCTOPUS EDS es una plataforma tecnológica para el control de las operaciones de las estaciones de servicio, resulta obvio que una capacitación sobre este sistema de información, o sobre cualquier sistema de información, solamente es razonable si los capacitados son usuarios de la herramienta tecnológica en el momento de la capacitación”.

Además, indicó que de conformidad con las encuestas practicadas en el marco de la ejecución del contrato ninguna de las estaciones contaba con el aplicativo Octopus EDS, frente a lo cual recalcó que *“dado que las estaciones de servicio afiliadas al gremio en las cuales se impartió la capacitación no contaban con la herramienta tecnológica OCTOPUS EDS, esta capacitación no tiene ningún efecto en la optimización de sus procesos operativos, ni se puede considerar como un factor de innovación y mejoramiento de competitividad, por tal razón no se cumplió con el objeto y objetivo del convenio”.*

Igualmente, manifestó que Fendipetróleo subcontrató la capacitación de la herramienta tecnológica Octopus EDS con la empresa TowerTech Américas S.A. - quien diseñó y comercializó el aplicativo- de modo que, a su juicio, las actividades desarrolladas por la demandada, más que una capacitación, comprendieron una demostración y comercialización de la herramienta. Al respecto, manifestó que:

“Queda claro que el convenio 00109 celebrado el 1° de julio de 2011 entre el SENA y FENDIPETRÓLEO, no surge de una necesidad de capacitación, tal como se le presentó al SENA, sino de un acuerdo comercial entre FENDIPETRÓLEO y TOWERTECH AMERICA S.A., en el cual FENDIPETRÓLEO cumple una función de avalar y referenciar ante sus afiliados a TOWERTECH para la venta de su producto OCTOPUS EDS, haciendo aparecer este proceso como una capacitación, cuando en realidad es la información y promoción de un producto a un grupo de personas que se desempeñan como operarios o administrativos de estaciones de servicio, buscando generar intereses para su adquisición”.

Asimismo, precisó que el SENA desconocía que las estaciones de servicio en las que se avanzaría en las capacitaciones no contaban con la herramienta Octopus EDS.



1.4.2.2. En cuanto al incumplimiento del pago de la contrapartida, afirmó que Fendipetróleo “a través de un proceso de entrada y salida”, simuló haber realizado el aporte que le correspondía -\$251.400.600-, pero en la práctica ello nunca ocurrió.

Al respecto, indicó “que del dinero recibido del SENA como anticipo que corresponde a la suma de \$553.081.320, FENDIPETRÓLEO le giró a su vez un anticipo a TOWERTECH por valor de \$422.281.200, cantidad suficiente para que esta empresa le entregara a FENDIPETRÓLEO \$251.400.600, los cuales fueron devueltos a TOWERTECH como pago del contrato celebrado entre estas dos entidades, es decir, el dinero de la cofinanciación se utilizó, a través de un proceso entrada y salida de recursos, para simular el aporte de contrapartida de FEDIPETROLEO, intentando demostrar el cumplimiento de una obligación, para la cual FENDIPETRÓLEO no tenía recursos”.

2. Contestaciones de la demanda

Mediante auto del 25 de febrero de 2013⁵, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, ordenando su notificación a Fendipetróleo, a Chubb Seguros Colombia S.A., al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.1. El 21 de mayo de 2013, **Fendipetróleo**⁶ contestó la demanda mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó unos y negó otros.

2.1.1. A este efecto, precisó que la junta directiva no autorizó a su representante legal para que suscribiera el convenio, de tal suerte que, según su entendimiento, el negocio jurídico nunca se suscribió. Además, agregó que, de conformidad con lo establecido en los estatutos de Fendipetróleo, la autorización para contratar debió darse por la junta directiva y no por su presidente.

⁵ Fl. 66, C. 1.

⁶ Fl. 98 a 109, C. 1.



2.1.2. Puso de presente que el representante legal, sin autorización de la junta directiva, acordó con Towertech Américas S.A. presentarse a la convocatoria n.º DG-006 de 2011 y que una vez recibido el anticipo se lo entregaría a esta sociedad quien, a su vez, “donaría” a Fendipetróleo la suma correspondiente al valor de la contrapartida.

2.1.3. Refirió que, si bien la interventoría presentó informes de incumplimiento, también lo es que con anterioridad a los mismos aquella “había certificado el cumplimiento de las capacitaciones contratadas”.

2.1.4. A su turno, formuló las siguientes excepciones:

- (i) “*FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO*”, frente a lo cual afirmó que era menester vincular al proceso al entonces representante legal de Fendipetróleo y a la sociedad Towertech Américas S.A.S., porque la federación no era parte del convenio.
- (ii) “*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, pues Fendipetróleo no se obligó contractualmente con el SENA.
- (iii) “*FALTA DE PODER SUFICIENTE PARA COMPROMETER A FENDIPETRÓLEO*”, bajo el entendido de que la junta directiva no autorizó al representante legal para que suscribiera el convenio.
- (iv) La genérica.

2.2. El 15 de abril de 2013, **Chubb Seguros Colombia S.A.** contestó⁷ la demanda mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó unos, negó otros y manifestó estarse a lo probado respecto de otro tanto.

2.2.1. Al respecto, afirmó que, contrario a lo indicado en la demanda, los módulos y las actividades de capacitación se desarrollaron de conformidad con los lineamientos establecidos por el SENA y que nunca existió una actividad de comercialización.

⁷ Fl. 82 a 97, C. 1.



2.2.2. Precisó que de conformidad con la información suministrada por el revisor fiscal de Fendipetróleo, la federación pagó el monto que le correspondía por contrapartida.

2.2.3. Finalmente, formuló las siguientes excepciones:

- (i) *“AUSENCIA DE NULIDAD ABSOLUTA”*, bajo el entendido de que, según lo argumentado en la demanda, la nulidad que se alega es relativa y, por tanto, solo puede reclamarse por Fendipetróleo.
- (ii) *“INEFICACIA DEL CONTRATO DE SEGURO POR FALTA DE RIESGO ASEGURADO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL MISMO”*, frente a lo cual afirmó que en caso de declararse la nulidad absoluta del convenio no existiría riesgo asegurable.
- (iii) *“FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS PARA LA DECLARATORIA DE NULIDAD ABSOLUTA”*, porque en el presente caso no se configura ninguno de los presupuestos establecidos en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 para declarar la nulidad absoluta del convenio.
- (iv) *“EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD RELATIVA”*, frente a lo cual afirmó que, en caso de ser declarada la nulidad relativa, habría lugar a reconocer las prestaciones ejecutadas por parte de Fendipetróleo, con ocasión de las capacitaciones efectuadas.
- (v) *“INEXISTENCIA DE COBERTURA DEL RIESGO DE DECLARATORIA DE NULIDAD Y DE DEVOLUCIÓN DE PAGOS ANTICIPADOS”*, bajo el entendido de que en la póliza no quedó cubierto ningún riesgo relacionado con la declaratoria de nulidad del convenio.
- (vi) *“INEXEGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN”*, porque no se declaró la ocurrencia del siniestro.
- (vii) *“REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN”*, frente a lo cual indicó que, de conformidad con la póliza, en caso de declararse el incumplimiento del contrato, se debe determinar si hubo una ejecución parcial y en qué proporción.
- (viii) La genérica



3. Llamamiento en garantía

3.1. El 21 de mayo de 2013, Fendipetróleo llamó en garantía a la sociedad Towertech Américas S.A.⁸, con quien subcontrató la ejecución del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011.

3.2. Mediante auto del 20 de agosto de 2013⁹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió el llamamiento en garantía, ordenando notificar personalmente de la demanda a la sociedad Towertech Américas S.A.

3.3. La sociedad Towertech Américas S.A. contestó¹⁰ la demanda y se opuso a todas las pretensiones.

3.4. En la audiencia de pruebas llevada a cabo el 24 de mayo de 2016¹¹, Fendipetróleo desistió del llamamiento en garantía efectuado a la sociedad Towertech Américas S.A.

3.5. Mediante auto del 7 de junio de 2016¹², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aceptó el desistimiento del llamamiento en garantía presentado por Fendipetróleo respecto de la sociedad Towertech Américas S.A.

4. Audiencia inicial y audiencia de pruebas

4.1. El 7 de marzo de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial¹³, en el marco de la cual el Tribunal adelantó las etapas de saneamiento del proceso¹⁴, excepciones

⁸ Fl. 98 a 109, C. 1.

⁹ Fl. 22 a 24, C. 5.

¹⁰ Fl. 210 a 274, C. 5.

¹¹ Fl. 192 a 194, C. 1.

¹² Fl. 266, C. 1.

¹³ Fl. 145 a 150, C. 1.

¹⁴ El Tribunal manifestó que hasta ese momento procesal no se advertía situación alguna que invalidara el proceso, frente a lo cual las partes e intervinientes no manifestaron observación alguna.



previas¹⁵, fijación del litigio, conciliación judicial¹⁶, medidas cautelares¹⁷, decreto de pruebas¹⁸ y fijó fecha para la audiencia de pruebas.

Al fijar el litigio y tras escuchar a las partes, el Tribunal advirtió que la posición asumida por Fendipetróleo durante la audiencia era opuesta a la plasmada en la contestación de la demanda -en la que indicó que el representante legal no estaba facultado para adelantar el proceso contractual y para suscribir el convenio, y que la entidad no había pagado la contraprestación acordada-. Por tanto, fijó el litigio de la siguiente manera:

“Precisado lo anterior, el despacho modificó la propuesta formulada, dado que lo expuesto en esta audiencia por el apoderado de FENDIPETRÓLEO es ostensiblemente opuesto a lo afirmado en la contestación de la demanda, y procedió realizar la siguiente propuesta, que fue aceptada por los apoderados:

- 1. Establecer si la discusión sobre la autorización de la Junta Directiva de FENDIPETRÓLEO respecto a la suscripción del convenio No. 00109 del 01 de Julio de 2011 suscrito entre el SENA y FENDIPETRÓLEO vicia o no la validez del mismo.*
- 2. Así mismo, si ese convenio se cumplió o no, puesto que de ello derivan las consecuencias, tanto para la aseguradora como para las pretensiones indemnizatorias.*
- 3. En caso de declararse el incumplimiento, se deberá establecer los efectos de la póliza que otorgó la aseguradora respecto a ese contrato, y si el riesgo asegurado se produjo, tanto en el plano de la restitución que se solicita como anticipo, como en el plano del incumplimiento mismo del contrato.*
- 4. En el evento de que sea condenada la demandada-FENDIPETRÓLEO, se establecerá si la llamada en garantía debe responder.*
- 5. Deberá establecerse los términos de la liquidación del contrato”.*

3.2. El 24¹⁹ de mayo, 13²⁰ de julio y 4²¹ de octubre de 2016 se desarrolló la audiencia de pruebas²², en la que se practicaron aquellas que fueron decretadas en la audiencia inicial.

¹⁵ A este efecto, en cuanto a la excepción de falta de integración del contradictorio, el Tribunal consideró que la misma no era procedente.

¹⁶ Sobre este particular, el *a quo* concedió el uso de la palabra a las partes, quienes manifestaron que no les asistió ánimo conciliatorio, razón por la cual la etapa se declaró fallida.

¹⁷ En la audiencia se dejó constancia que en el presente caso no se solicitó medida cautelar alguna.

¹⁸ El Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que consideró necesarias, conducentes y pertinentes.

¹⁹ Fl. 192 a 196, C. 1.

²⁰ Fl. 285 a 287, C. 1

²¹ Fl. 318 a 320, C. 1.

²² Fl. 319 C. 1.



4. Alegatos de conclusión

Una vez finalizada la práctica de pruebas se declaró cerrada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto por escrito, respectivamente²³.

4.1. El SENA²⁴ solicitó acceder a las pretensiones de la demanda. Al efecto, insistió en que la junta directiva de Fendipetróleo no autorizó a su representante legal para que suscribiera el convenio. Además, reiteró que la agremiación incumplió el negocio jurídico, porque la actividad desarrollada giró en torno a la comercialización de la herramienta Octopus EDS.

4.2. Fendipetróleo solicitó *“desestimar las pretensiones de la demanda y proceder a liquidar el convenio, ordenando pagar el monto que dejó de pagar la demandante”*. A su juicio, el convenio no adolece de nulidad, porque el representante legal sí estaba autorizado para suscribirlo. Además, afirmó que no incumplió el acuerdo de voluntades, pues realizó la capacitación en la herramienta Octopus EDS en 138 estaciones de servicio, tal y como consta en los informes de interventoría. Preciso que aun cuando el SENA no aportó la totalidad de su contrapartida, Fendipetróleo ejecutó todas las actividades a su cargo. Finalmente, indicó que el juez del contrato debería liquidarlo, ordenándole al SENA el pago de la contrapartida adeudada.

4.3. Chubb Seguros Colombia S.A. ²⁵ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

4.4. El Ministerio Público²⁶ solicitó declarar la nulidad relativa del convenio y reconocer el pago de las prestaciones ejecutadas. A este efecto, indicó que las circunstancias alegadas por la demandante configuran la nulidad relativa del acuerdo de voluntades, porque, aunque el representante legal de Fendipetróleo sí se encontraba autorizado por la junta directiva para formular el proyecto y celebrar el convenio, lo cierto es que en la propuesta se omitió suministrar información

²³ Fl. 335, C. 1.

²⁴ Fl. 384 a 405, C 1.

²⁵ Fl. 321 a 340, C. 1.

²⁶ Fl. 366 a 374, C. 1.



relevante “*que de ser conocida por el SENA no habría prestado su consentimiento en el convenio suscrito*”, como por ejemplo que Fendipetróleo y Towertech Américas S.A. suscribieron un convenio marco de cooperación para ofertar herramientas tecnológicas y que la mayoría de beneficiarios de la capacitación no contaban con la herramienta tecnológica Octopus EDS.

5. Sentencia de primera instancia

5.1. Mediante sentencia del 25 de enero de 2018²⁷, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca: declaró el incumplimiento del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, condenó a Fendipetróleo, a título de indemnización de perjuicios, al pago de \$710.804.713, declaró judicialmente liquidado el convenio en la suma de \$710.804.713 a favor del SENA, condenó a la aseguradora Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. al pago de la indemnización de perjuicios hasta el límite del valor asegurado por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a las demandadas.

5.2. En lo que atañe a las pretensiones principales y particularmente a la nulidad -relativa- del convenio por la falta de autorización de la junta directiva de Fendipetróleo para que su representante legal celebrara el acuerdo de voluntades, puso de presente que en la audiencia inicial llevada a cabo el 7 de marzo de 2016 el representante legal de la agremiación ratificó que sí se encontraba autorizado para suscribir el negocio jurídico. En tal sentido, concluyó que, “*ante la ratificación de la autorización para la celebración del convenio especial de cooperación No. 00109 de 2011 [como si se tratara del saneamiento²⁸ de la nulidad relativa alegada], no se configura la nulidad alegada por falta de capacidad*”.

5.3. Ante el fracaso de las pretensiones principales, el Tribunal abordó el examen de las subsidiarias, esto es, de la responsabilidad contractual de las demandadas,

²⁷ Fl. 383 a 403, C. Ppal.

²⁸ “**ARTICULO 1743. <DECLARACION DE NULIDAD RELATIVA>. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por **ratificación de las partes****”.



a propósito de lo cual dividió su estudio en las siguientes temáticas: (i) la existencia de la contrapartida, (ii) la verificación de los listados de asistencia a las capacitaciones y (iii) la necesidad de la adquisición de la herramienta tecnológica Octopus EDS.

5.3.1. Frente a la existencia de la contrapartida a cargo de Fendipetróleo, manifestó que, según las pruebas obrantes en el expediente y particularmente la certificación expedida por el revisor fiscal de Fendipetróleo, la agremiación no solamente contaba con los recursos que debía aportar -\$276.540.660-, sino que en efecto los giró con cargo al convenio.

5.3.2. Con relación a la verificación de los listados de asistencia a las capacitaciones, precisó que en el proceso no se probó que aquellos hubieran sido objeto de alteraciones.

5.3.3. En cuanto a la necesidad de la adquisición de la herramienta tecnológica Octopus EDS, tras analizar el alcance de la convocatoria n.º DG-006 de marzo de 2011, el objeto del convenio y su finalidad, así como también el Acuerdo n.º 0017 del 17 de diciembre de 2009²⁹, consideró que Fendipetróleo incumplió el objetivo de la convocatoria, *“pues si no se adquiriría o tenía previamente la herramienta tecnológica Octopus EDS, la capacitación que motivó el convenio No. 00109 de 2011, no cumpliría su finalidad”* y agregó que *“el criterio orientador de la política del convenio era incentivar el factor de innovación y competitividad del recurso humano, el cual la Sala considera que fue incumplido, porque ese recurso humano no contaba con la herramienta tecnológica sobre la cual versa la capacitación”*.

Asimismo, recalcó que existió un interés por parte de Fendipetróleo en comercializar la herramienta tecnológica, pues previamente a la suscripción del convenio sometido a juicio, la agremiación y Towertech Américas S.A. celebraron un convenio marco en el que la primera se comprometió a promocionar y ofertar la herramienta tecnológica Octopus EDS. Por tanto, declaró el incumplimiento del convenio especial de cooperación n.º 00109 de 2011 por parte de Fendipetróleo.

²⁹ “Por el cual se aprueban las políticas de formación continua y los criterios generales para orientar los recursos de la Ley 344 de 1996”



5.4. A partir de lo anterior, estimó que Fendipetróleo debía reconocer a la demandante el valor del anticipo -553.081.320- debidamente actualizado, esto es, la suma de \$710.804.713.

5.5. Con relación a la aseguradora Chubb de Colombia S.A., el Tribunal concluyó que debía responder hasta el límite del valor asegurado por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues Fendipetróleo incumplió de forma total el convenio.

5.6. Posteriormente, el *a quo* liquidó judicialmente el convenio con un saldo a favor del SENA por valor de \$710.804.713.

5.7. Finalmente, condenó en costas a las demandadas, que fueron tasadas en diez (10) SMLMV.

6. Recursos de apelación

6.1. El 13 y 22 de febrero de 2018, Fendipetróleo y Chubb Seguros Colombia S.A. presentaron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos el 27 de julio de 2018³⁰ y admitidos el 21 de agosto de 2018³¹.

6.2. Fendipetróleo³², inconforme con la decisión, solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, declarar el cumplimiento del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, liquidarlo judicialmente a su favor y condenar en costas a la parte demandante.

6.2.1. A juicio del recurrente, el proyecto presentado por Fendipetróleo estuvo acorde con la línea de formación del SENA -Acuerdo n.º 0017 del 17 de diciembre de 2009- y con el objeto de la convocatoria n.º DG-006 de marzo de 2011, dado que se centró en la formación especializada del recurso humano de las estaciones de servicio a través de una herramienta tecnológica, esto es, Octopus EDS, con el fin

³⁰ Fl. 477 y 478, C. Ppal.

³¹ Fl. 482, C. Ppal.

³² Fl. 407 a 460, C. Ppal.



de incidir como factor de innovación y competitividad en la agremiación. Además, puso de presente que, de conformidad con la evaluación jurídica y técnica llevada a cabo por el SENA, el proyecto cumplió con todos los requisitos exigidos en la convocatoria.

A este respecto, adujo que, si bien el 15 de septiembre de 2010 suscribió con Towertech Américas S.A. un convenio marco de cooperación, lo cierto es que el proyecto que presentó y que a la postre fue aprobado por el SENA, tuvo como propósito la innovación y modernización de sus asociados, pero no la promoción de la herramienta tecnológica Octopus EDS.

Asimismo, afirmó que a lo largo de su propuesta quedó establecido que *“la Entidad capacitadora sería TOWERTECH AMERICAS S.A.”* -quien desarrolló la herramienta tecnológica Octopus EDS-, frente a lo cual recalcó que el SENA conocía la información.

Expuso que el SENA faltó a la buena fe, pues promovió la demanda a sabiendas de que en el presente caso no existió un incumplimiento contractual, tal y como quedó advertido en la actuación administrativa adelantada por la entidad, en la que se abstuvo de imponer sanción alguna. Igualmente, indicó que el Administración fue en contra de sus propios actos, porque desconoció las condiciones del proyecto que aprobó.

6.2.2. De otra parte, precisó que realizó la capacitación en la herramienta tecnológica Octopus EDS en las 138 estaciones de servicio acordadas, de tal suerte que no existió un incumplimiento por parte de Fendipetróleo.

Además, adujo que, según los informes de visita de la interventoría, elaborados durante la ejecución del convenio, las capacitaciones se desarrollaron en debida forma, lo que, a su modo de ver, da cuenta de que Fendipetróleo cumplió con las obligaciones a su cargo.

Igualmente, refirió que no era necesario que las estaciones de servicio contaran con la herramienta de tecnología Octopus EDS, porque este aspecto no se pactó en el convenio.



6.2.4. Manifestó que el Tribunal profirió un fallo incongruente, porque la demandante no incluyó dentro de los argumentos de su demanda, relativos al incumplimiento del contrato, el relacionado con el hecho de que las estaciones de servicio deberían contar con la herramienta tecnológica Octopus EDS.

6.2.5. De otra parte, con relación a la liquidación judicial del convenio, puso de presente que debían reconocerse los saldos que el SENA dejó de pagar a su favor por concepto de la contrapartida acordada.

6.3. Chubb Seguros Colombia S.A.³³ solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, declarar probadas las excepciones formuladas en la contestación de la demanda.

6.3.1. Al efecto, empezó por señalar que el proyecto que presentó Fendipetróleo fue evaluado técnica y jurídicamente por el SENA, luego de lo cual y tras verificar el cumplimiento de los requisitos de la convocatoria, obtuvo la correspondiente viabilidad.

6.3.2. Precisó que el objeto del convenio no era otro sino el de optimizar los procesos operativos de una estación de servicio mejorando las competencias, productividad y calificación del personal de una estación de servicio, mediante la formación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Octopus EDS.

6.3.3. Expuso que en el contrato se pactó que Fendipetróleo podría realizar las contrataciones necesarias para adelantar las actividades de formación, razón por la cual la agremiación suscribió un contrato con Towertech Américas S.A para que esta sociedad ejecutara las acciones de formación, *“todo ello en razón a que Towertech era la empresa que precisamente desarrollaba el sistema denominado Octopus EDS, que tenía por objeto el incremento de productividad de las EDS (Estaciones de Servicio) a través del aumento de ingresos derivados de la ampliación del portafolio de productos y servicios ofrecidos en las EDS con el mismo o menor personal existente, por medio del control exhaustivo del negocio de combustibles líquidos y gaseosos”*.

³³ Fl. 407 a 421, C. Ppal.



6.3.4. Refirió que el convenio se ejecutó con normalidad, tal y como consta en los informes de interventoría, en los cuales quedó establecido que se estaban adelantando las actividades de formación.

6.3.5. Precisó que ni en la convocatoria, ni en el proyecto y mucho menos en el convenio, quedó establecido que las estaciones de servicio deberían contar con la herramienta tecnológica Octopus EDS. A este respecto, agregó que durante la capacitación la herramienta *“si estuvo a disposición de los trabajadores, quienes pudieron familiarizarse con ella, capacitarse y practicar en sus módulos”*.

6.3.5. Precisó que si el convenio no satisfizo las exigencias de los programas del SENA, no fue porque Fendipetróleo lo haya incumplido sino por el inadecuado diseño de la convocatoria.

6.3.6. Finalmente, con relación a la póliza, manifestó que en el presente caso no podría afectarse el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, porque las conclusiones a las que llegó el Tribunal dan cuenta de un presunto incumplimiento del convenio, de tal suerte que sería del caso afectar el amparo de cumplimiento.

7. Actuación en segunda instancia

Mediante providencia del 1º de octubre de 2018³⁴ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

7.1. La parte demandante³⁵ solcito confirmar la sentencia apelada.

7.2. Fendipetróleo³⁶ y Chubb Seguros Colombia S.A.³⁷ reiteraron los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

7.3. El Ministerio Público guardó silencio.

³⁴ Fl. 486, C. Ppal.

³⁵ Fl. 505 a 507, C. Ppal.

³⁶ Fl. 508 a 538, C. Ppal.

³⁷ Fl 488 a 504, C. Ppal.



III. CONSIDERACIONES

Para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) caducidad; (5) problema jurídico; (6) análisis de la Sala; (6.1.) régimen del contrato sometido a juicio; (6.2.) caso concreto; (6.2.1.) hechos probados y pruebas relevantes; (6.2.2.) solución al caso concreto; y (7) costas.

1. Jurisdicción y competencia

Con fundamento en el artículo 104 del CPACA³⁸, se advierte la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto, el cual versa sobre la nulidad -relativa³⁹- del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 y su incumplimiento, que fue suscrito por el SENA, entidad que ostenta la calidad de establecimiento público del orden nacional⁴⁰ de aquellos mencionados por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993⁴¹, de donde se desprende

³⁸“Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. //Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.”

³⁹ Lo alegado en la demanda respecto de la nulidad del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 eventualmente comportaría su nulidad relativa, porque el supuesto sobre el que se funda el cargo -falta de autorización de la junta directiva para celebrar el contrato-, no se enmarca en las causales que darían lugar a declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico -incapacidad absoluto, contrariar norma imperativa u objeto o causa ilícita-, de conformidad con lo establecido en los artículos 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio.

⁴⁰ De conformidad con el artículo 1º de la Ley 119 de 1994 “[e]l Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, es un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.

⁴¹ Ley 80 de 1993, artículo 2º: “Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”.



claramente su naturaleza pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998⁴².

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 25 de enero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la cuantía para el año 2012⁴³ supera los 500 SMLMV, de conformidad con lo establecido en los artículos 150⁴⁴ y 152-5⁴⁵ del CPACA, vigentes a la fecha de la presentación de la demanda.

2. Medio de control procedente

De acuerdo con el artículo 141⁴⁶ del CPACA, el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura

⁴² "Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas".

⁴³ Para el año 2012 el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de \$556.700. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para este año, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$278.350.000. En este caso, la cuantía de la demanda se estimó en un monto de \$600.000.000.

⁴⁴ "ARTÍCULO 150. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia".

⁴⁵ "ARTÍCULO 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

⁴⁶ "ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.



de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos en desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas. De igual manera, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

En el asunto *sub judice* se estima que el medio de control de controversias contractuales ejercido por la parte actora es adecuado, por cuanto a través de su demanda persigue que se declare la nulidad -relativa- o el incumplimiento del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, así como su liquidación judicial y la correspondiente restitución e indemnización de perjuicios.

3. Legitimación en la causa

3.1. En el presente caso se concluye que el SENA, Fendipetróleo y Chubb Seguros Colombia S.A. están legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente. Las dos primeras porque son los extremos⁴⁷ de la relación

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”

⁴⁷ “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIA CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté



contractual que suscitó la controversia sujeta a examen en esta sede judicial (hecho probado 6.2.1.1.4.) y la última porque con ocasión de la celebración del convenio expidió la póliza n.º 43095676 a favor del SENA, en la que se amparó la correcta inversión del anticipo, el cumplimiento y el pago de salarios y prestaciones (hecho probado 6.2.1.1.5.), de donde se colige que le asiste un interés⁴⁸ para acudir al presente proceso.

4. Caducidad

El numeral 10 del artículo 136 del CCA, -que resulta aplicable en el presente caso⁴⁹-, dispone que la acción contractual caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, para lo cual contempla distintas hipótesis, entre ellas, las siguientes:

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”

⁴⁸ *“La legitimación en la causa corresponde a un elemento necesario para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial por el derecho o interés que es objeto de controversia”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2012, Rad.: 24677.*

⁴⁹ *Para efectos del cómputo de la caducidad se debe acudir a las reglas contenidas en las normas vigentes al momento en que inició a correr el término. Al respecto, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 24 de abril de 2017. Rad.: 50602. En esta providencia se puso de presente que, “[e]n punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente.”*



d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

[...]

f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento”.

4.1. Bajo el anterior contexto normativo, en lo que respecta a las pretensiones principales de la demanda, correspondientes a la nulidad -relativa- del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, la caducidad de la acción se computará a partir de su perfeccionamiento.

4.2. Por su parte, en cuanto a las pretensiones subsidiarias, atinentes a la declaratoria de incumplimiento del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, el cómputo de la caducidad se efectuará a partir del día siguiente al vencimiento del término estipulado para su liquidación bilateral, pues aunque el derecho común no contempla la liquidación del contrato y, por tanto, en los contratos que se encuentren sujetos al derecho privado aquella no se requiere, en el presente caso las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, acordaron llevar a cabo su liquidación bilateral dentro de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del plazo de ejecución (hecho probado 6.2.1.1.4.), de tal suerte que el plazo convenido para tal efecto deberá tenerse en cuenta en el conteo del término preclusivo.

Ahora bien, en lo que atañe a la liquidación unilateral, que igualmente fue pactada en el convenio sometido a juicio (hecho probado 6.2.1.1.4.), cabe agregar que, tal y como lo ha manifestado de tiempo atrás esta Subsección⁵⁰, tratándose de negocios

⁵⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Rad.: 56562. En esta providencia se indicó que en los contratos estatales que se rigen por el derecho privado, “(...) los particulares tienen la facultad de reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses negociales y mediante la inclusión de cláusulas accidentales a las que el ordenamiento le reconoce la categoría de ley entre las partes (...) [d]icha regulación contempla no sólo la definición del objeto del contrato o de las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes, sino también las consecuencias que éstos pueden derivar frente al incumplimiento en la ejecución de tales prestaciones, dentro de las cuales podrían incluirse, como se vio, la terminación unilateral del negocio o la cláusula penal, la multa, la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución contractual (...) [s]in embargo, la Sala debe aclarar que la estipulación de las figuras jurídicas antes enunciadas



jurídicos que se rigen por el derecho privado, como ocurre en el presente caso (F.J. 6.1.), las partes no pueden atribuirse la potestad para liquidar unilateralmente el contrato, dado que esta facultad requiere habilitación legal y las normas de derecho privado no prevén dicha posibilidad. De este modo, aun cuando en el presente caso se hubiese acordado un término para liquidar unilateralmente el acuerdo de voluntades, este no se tendrá en cuenta para efectos de computar la caducidad.

4.3. Contando con los elementos necesarios, se procederá a establecer si la demanda se interpuso dentro del término de caducidad.

4.3.1. En tal sentido, frente a las pretensiones atinentes a la nulidad relativa del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, se estima que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, esto es, dentro del plazo de dos (2) contados desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, teniendo en cuenta: (i) que el acuerdo de voluntades se perfeccionó el 1º de julio de 2011; (ii) que la conciliación extrajudicial se declaró fallida el 3 de octubre de 2012⁵¹; y (iii) que la demanda se presentó el 28 de noviembre de 2012⁵².

4.3.2. Por otra parte, en lo que guarda relación con las pretensiones subsidiarias de la demanda, concernientes al incumplimiento del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, igualmente se estima que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, esto es, dentro del plazo de dos (2) años contados a partir del vencimiento del tiempo estipulado para liquidar bilateralmente el acuerdo de voluntades, comoquiera que: (i) su plazo de ejecución finalizó el 30 de noviembre de 2011 -cláusula cuarta-, de tal suerte que el término⁵³ para su liquidación bilateral se extendió hasta el 1º de marzo de 2012; (ii) que la conciliación extrajudicial se declaró

no se clasifica dentro de las denominadas cláusulas excepcionales, principalmente, en razón a su naturaleza convencional, ya que se originan en la autonomía negocial de las partes y no en la ley, y adicionalmente porque con ellas no se otorga a la administración el ejercicio de un poder exorbitante, por el contrario, su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial”.

⁵¹ FI, 1. C. 3.

⁵² FI. 11 a 56, C. 1.

⁵³ De cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de ejecución del contrato.



fallida el 3 de octubre de 2012⁵⁴; y (ii) que la demanda se presentó el 28 de noviembre de 2012⁵⁵.

5. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los reparos expuestos en los recursos de apelación, le corresponde a la Sala determinar si, de conformidad con los hechos probados, Fendipetróleo incumplió el objeto del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 y si se reúnen los presupuestos de la responsabilidad contractual.

6. Análisis de la Sala

Antes de resolver el problema jurídico, conviene referirse brevemente al régimen del contrato objeto de la litis.

6.1. Régimen jurídico aplicable al convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011

Los convenios especiales de cooperación se encuentran regulados en los Decretos Ley 393 y 591 de 1991, que establecen las formas de asociación para actividades científicas y tecnológicas, y las modalidades de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas, normas con fuerza material de ley que, por demás, se encuentran vigentes⁵⁶.

En tal sentido, al tenor literal del artículo 1º del Decreto Ley 393 de 1991, para adelantar actividades científicas y tecnológicas, y proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán

⁵⁴ Fl. 1. C. 3.

⁵⁵ Fl. 11 a 56, C. 1.

⁵⁶ Al respecto, Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 24 de enero de 2019. Rad.: 1338-2012 en la que se afirmó que, “es pertinente indicar que los Decretos 393 y 591 de 1991 no pueden tenerse como tácitamente derogados por la Ley 80 pues de haber sido esta la intención del legislador no se hubiere tomado el trabajo de derogar expresamente algunos de los artículos del Decreto 591 de 1991, como tampoco habría reconocido la existencia del régimen especial que les es aplicable al autorizar en su artículo 24, numeral 1.º, letra d), la contratación directa en aquellos casos en que el acuerdo de voluntades está dirigido al desarrollo de actividades científicas o tecnológicas



asociarse con los particulares bajo dos modalidades: (i) mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones; o (ii) mediante la celebración de convenios especiales de cooperación.

Ahora bien, en lo que atañe a la celebración de convenios especiales de cooperación, el artículo 6 *ibídem* establece que la Nación podrá celebrar con otras entidades públicas o con particulares este tipo de negocios jurídicos, a través de los cuales las personas que los suscriban aportarán recursos en dinero o en especie para facilitar, fomentar o desarrollar en común actividades científicas y tecnológicas y proyectos de investigación y creación de tecnologías, sin que den lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. Al efecto, la norma referida determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 6°. CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN. *Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares convenios especiales de cooperación, que no darán lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. En virtud de estos convenios las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el artículo segundo”.*

Por su parte, y con el fin de delimitar los propósitos que se querían perseguir con la celebración de este tipo de convenios, el artículo 2 del Decreto Ley 591 de 1993 estableció lo que debe entenderse por actividades científicas y tecnológicas, enlistando en este sentido las siguientes:

1. *Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.*
2. *Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.*
3. *Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metodología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.*
4. *Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.*



5. *Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.*
6. *Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional”.*

A partir de lo anterior, resulta claro que el régimen de los convenios especiales de cooperación solo es aplicable cuando el objeto del acuerdo de voluntades se encuadre en cualquiera de las actividades arriba mencionadas.

Continuando con el estudio de esta tipología contractual, es menester precisar que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 8 del Decreto Ley 393 de 1991, los convenios especiales de cooperación se encuentran sometidos a las siguientes reglas y requisitos: (i) no existe régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio; (ii) debe precisarse la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos; (iii) deben definirse las obligaciones contractuales que asumen cada una de las partes, especialmente las de orden laboral; (iv) los recursos aportados para la ejecución del convenio podrán manejarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración; (v) son negocios jurídicos que se rigen por las normas de **derecho privado**, salvo lo expresamente regulado en el Estatuto General de Contratación Pública y en las normas especiales en materia de ciencia y tecnología -Decretos 393 y 591 de 1991-; y (vi) deben constar por escrito, razón por la cual contendrán, como mínimo, cláusulas que determinen su objeto, término de duración, mecanismos de administración, sistemas de contabilización, causales de terminación y cesión, sin que se requieran para su celebración y validez requisitos distintos de los propios de la contratación entre particulares, aunque se exige su publicación en el diario oficial, el pago del impuesto de timbre nacional a que haya lugar, y la apropiación y registro presupuestal si implican erogación de recursos públicos⁵⁷.

Finalmente, cabe agregar que, en virtud de lo expresamente señalado en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública -parágrafo del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993-, en este tipo de contratos, es decir en los que

⁵⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Rad: 16653.



tienen por objeto el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, no se incorporarán cláusulas excepcionales. Además, la selección del contratista se adelantará mediante la modalidad de contratación directa -literal e, numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007-.

Bajo el anterior contexto normativo, los convenios especiales de cooperación, por regla general, estarán sujetos al derecho privado, con excepción de los aspectos expresamente regulados en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública y en los Decretos Ley 393 y 591 de 1991.

En este orden de ideas, la Sala advierte que el convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 celebrado entre el SENA y Fendipetróleo, cuyo objeto consistió en ejecutar el proyecto aprobado en el marco de la convocatoria n.º 006 de 2011, el cual, a su vez, tuvo como propósito optimizar los procesos operativos de una estación de servicios, mejorando las competencias, productividad calificación del personal de una estación de servicio, mediante la formación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Octopus EDS, en estricto sentido comportó un convenio especial de cooperación de los que tratan los Decretos Ley 393 de 1991 y 191 de 1991, de tal suerte que se rige de modo preferente por el derecho privado.

6.2. El caso concreto

En su recurso de apelación **Fendipetróleo** solicitó revocar la sentencia apelada y liquidar el convenio reconociendo a su favor los saldos adeudados por el SENA, frente a lo cual afirmó: que el proyecto presentado se ajustó a las condiciones previstas en la convocatoria, que no incumplió el objeto del convenio, porque desarrolló las actividades de capacitación y porque no era necesario que las estaciones de servicio “contaran” con la herramienta tecnológica Octopus EDS, y que el fallo de primera instancia fue incongruente. Por su parte, **Chubb Seguros Colombia S.A.** solicitó revocar la sentencia apelada, para lo cual argumentó: que el proyecto presentado por Fendipetróleo cumplió con las exigencias establecidas en la convocatoria, que Fendipetróleo no incumplió el contrato, porque las actividades de capacitación se desarrollaron de acuerdo con lo convenido y porque, además, las partes no acordaron que las estaciones de servicio deberían contar con



la herramienta tecnológica Octopus EDS, y que en caso de declararse el incumplimiento del convenio la condena frente a la aseguradora debería limitarse al monto del amparo de cumplimiento y no al de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

En este sentido, comoquiera que solo las demandadas presentaron recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320⁵⁸ y 328⁵⁹ del CGP.⁶⁰, se resolverá el asunto *sub-lite* únicamente en relación con los reparos expuestos en sus alzadas⁶¹.

Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de esta Sección, mediante sentencia del 9 de febrero de 2012⁶², unificó su jurisprudencia refiriendo que el mencionado recurso se encuentra sujeto o limitado a los argumentos planteados por el recurrente y que, por tal motivo, toda inconformidad con lo resuelto por el *a quo* que no se alegue en la alzada, está

⁵⁸ “Artículos 320: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

⁵⁹ “Artículo 328. Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

⁶⁰La aplicación del Código General del Proceso en el caso concreto se fundamenta en lo resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto del 5 de junio de 2014, mediante el cual se unificó la jurisprudencia para señalar que el Código General del Proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo entró a regir a partir del 1º de enero de 2014 y que “en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal”, sin perjuicio del régimen de transición previsto en el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Rad.:49299.

⁶¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, Rad.: 21060. “En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: ‘tantum devolutum quantum appellatum’.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2012, Rad.: 21060.



llamada a excluirse del debate de segunda instancia en virtud del principio dispositivo y de congruencia. Así lo refirió esta Sección en aquella oportunidad:

“(...) En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro – y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”.

En esa misma sentencia de unificación, la Sala Plena reiteró que mediante el recurso de apelación se garantiza el derecho de impugnación contra una decisión judicial, y por ende es obligación del recurrente controvertir los argumentos del juez de primera instancia con sus propias consideraciones, en aras de solicitarle al superior que decida sobre el asunto que presenta ante la segunda instancia.

Así las cosas, en el presente caso la Sala entrará a pronunciarse únicamente respecto de los cargos y reparos que fueron objeto de apelación por las demandadas, particularmente acerca de las pretensiones subsidiarias de la demanda, relativas al incumplimiento del objeto del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 y su liquidación judicial.

En lo que respecta al incumplimiento del acuerdo de voluntades por el no pago de la contrapartida a cargo de Fendipetróleo, es menester señalar que en los recursos de alzada no se formuló ningún reparo y, por tanto, este aspecto será objeto de pronunciamiento alguno.

Finalmente, en lo que corresponde a las pretensiones principales de la demanda, es decir, aquellas concernientes a la nulidad -relativa- del convenio, tampoco habrá de pronunciarse en esta instancia, porque en los recursos de apelación no se discrepó lo decidido por el Tribunal sobre este particular, sumado al hecho de que el SENA no apeló la sentencia.



Bajo esta óptica y de cara a los cargos que serán objeto de decisión en esta instancia, se establecerán cuáles son los hechos probados en el proceso. De igual manera, se relacionarán las pruebas adicionales relevantes para resolver el caso *sub judice*.

6.2.1. Hechos probados y pruebas adicionales relevantes

En el caso concreto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso en copia, de conformidad con lo previsto en el artículo 246⁶³ del C.G.P.

6.2.1.1. Hechos probados

6.2.1.1.1 Se probó que el 15 de septiembre de 2010, Fendipetróleo y la sociedad Towertech Américas S.A. suscribieron un convenio marco de cooperación, con el objeto de buscar alternativas tecnológicas aplicables a las estaciones de servicio para mejorar el incremento de sus ingresos, realizar un control de toda la operación y que se presente un servicio más eficaz y eficiente al público, según da cuenta copia simple del negocio jurídico⁶⁴.

En la parte considerativa del convenio, quedó establecido que *“TOWERTECH, ha desarrollado un sistema denominado OCTOPUS EDS que tiene por objeto, el incremento de la productividad de las EDS a través del aumento de ingresos derivados de la ampliación del portafolio de productos y servicios ofrecidos en las EDS con el mismo o menor personal existente, y a través del control exhaustivo del negocio de Estaciones de Servicio de combustibles líquidos y gas, y las demás operaciones de los servicios que se prestan en estas, tales como: la tienda de conveniencia serviteca, lavadero, entre otros; el cual facilita la administración, gestión, control en línea (tiempo real) de toda la operación relacionada”*.

⁶³ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

⁶⁴ Fl. 96 a 98, C. 3.



A su turno, al tenor de lo pactado en la cláusula segunda del convenio, las partes acordaron que *“la labor de FENDIPETRÓLEO Y SUS SECCIONALES en desarrollo del presente convenio se limita única y estrictamente a ofertar y a publicitar entre sus afiliados la presentación de las herramientas tecnológicas y los servicios que ofrece TOWERTECH relacionados con el objeto del presente acuerdo”*.

6.2.1.1.2. Está acreditado que el SENA adelantó la convocatoria n.º DG-0006 de marzo de 2011, con el objeto de promover y apalancar a las empresas de las que recibe aportes, así como los gremios, federaciones gremiales o asociaciones representativas de empresas o trabajadores, o centrales obreras o de trabajadores legalmente constituidas, para que presentaran proyectos de formación especializada y/o actualización tecnológica del recurso humano vinculado a las mismas, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo n.º 0017 de 2009⁶⁵, según da cuenta copia auténtica del pliego de la convocatoria⁶⁶.

En lo que corresponde al objetivo, en el numeral 2 del capítulo II del pliego quedó previsto que la convocatoria se encaminaría a *“contribuir con la formación de actores del desarrollo empresarial integral, capaces de identificar y definir problemas que afectan el desarrollo sostenido del país y de aportar opciones y alternativas para su solución y que además contribuyan a garantizar la competitividad y productividad nacional ante el esquema de globalización actual”*.

Con relación a la línea de formación denominada SENA-Empresas -que corresponde a la del proyecto formulado por Fendipetróleo-, en el numeral 4.2. del capítulo II del pliego, se estableció que el objetivo de la convocatoria frente a esta línea sería el de *“responder a las necesidades de actualización tecnológica de los trabajadores colombianos, que permita a las empresas resolver sus brechas tecnológicas, a través de programas de formación diseñados a la medida de sus necesidades que se enmarquen en las líneas tecnológicas definidas por el SENA,*

⁶⁵ *“Por el cual se aprueban las políticas de la formación continua y los criterios generales para orientar los recursos de la Ley 344 de 1996, y se derogan los Acuerdos 6 de 2008, 2 de 2009 y 6 de 2009”*. Acuerdo derogado por el artículo 23 del Acuerdo 2 de 2012, *“Por el cual se aprueban las directrices de la Formación Continua y los criterios generales para orientar los recursos de la Ley 344 de 1996, y se derogan los Acuerdos 0017 de 2009 y 002 de 2011”*.

⁶⁶ Fl. 2 a 35 y 330 a 409, C. 3.



de manera que incidan como factor de innovación y competitividad (Art.22⁶⁷ del Acuerdo 017 de 2009)”.

Ahora, en el numeral 1 del capítulo III del pliego se estableció lo que debería entenderse por un proyecto en sentido general y un proyecto de formación especializada o de actualización tecnológica, así:

“Un proyecto es la respuesta a una necesidad u oportunidad de una organización, sector específico de la población o de una región, desarrollando de manera coherente y eficiente las acciones que permitan obtener resultados que modifiquen positivamente las causas que le dieron origen. Es decir, un proyecto es el conjunto de actividades coordinadas e interrelacionadas que buscan cumplir con un objetivo para satisfacer una necesidad o una oportunidad. Este debe ser alcanzado en un periodo de tiempo previamente definido y respetando un presupuesto.

Un proyecto consta y supone varias etapas, así:

1. *La idea del proyecto, que responderá una necesidad u oportunidad.*
2. *El diseño o formulación.*
3. *La evaluación técnica.*
4. *La aprobación.*
5. *La contratación*
6. *La ejecución y resultados*
7. *Los impactos.*

Un proyecto de formación especializada o de actualización tecnológica, es el conjunto de acciones de formación que mejoran los conocimientos, habilidades o destrezas del personal vinculado a una organización o a un colectivo de organizaciones, con el propósito de resolver de manera parcial o total necesidades u oportunidades específicas relacionadas con sus procesos productivos, extractivos, de prestación de servicios o de comercialización. Esta formación debe contribuir al crecimiento de la producción y/o al fortalecimiento de su productividad y/o competitividad”. (negritas fuera de texto)

Por su parte, en el numeral 4 del capítulo III del pliego, atinente a las acciones de formación, se estableció que *“la realización de las acciones de formación son los resultados que se obtienen de la ejecución de un proyecto de formación y que satisface la necesidad específica de formación que dio origen al proyecto, con un objetivo igualmente específico. (Ejemplo, un diplomado) [...] Cada acción de formación está conformada por una o varias unidades temáticas relacionadas que*

⁶⁷ ***“ARTÍCULO 22. OBJETIVO. El objetivo del Programa en esta línea es responder a las necesidades de actualización tecnológica de los trabajadores colombianos, que permita a las empresas resolver sus brechas tecnológicas, a través de programas de capacitación diseñados a la medida de sus necesidades que se enmarquen en las líneas tecnológicas definidas por el Sena, de manera que los mismos incidan como factor de innovación y competitividad”.***



se dictan a un grupo de capacitados [...] Es el equivalente a lo que se conoce en el mundo académico como una materia o asignatura, para el ejemplo, podrían ser los módulos del diplomado”. Asimismo, quedó previsto que “los proyectos que se presenten en esta convocatoria no deben incluir en las acciones de formación ningún tema que esté fuera del concepto previsto en esta convocatoria como formación especializada y actualización tecnológica del recurso humano, así como inducción y reinducción, informática básica, idiomas básicos, actualizaciones en legislación, desarrollo o compra de software, alquiler de plataformas, auditorías de certificación de calidad, compra de equipos, procesos de diagnóstico, asesorías, consultorías, ética, trabajo en equipo, manejo del tiempo, motivación, clima laboral, medición de conductas, asambleas, servicio al cliente, liderazgo; o aquellas acciones de formación que el SENA pueda atender a través de su red de Centros o por su formación virtual”.

En lo que atañe a los requisitos de participación, en el numeral 8 del capítulo III del pliego quedó previsto que los oferentes deberían: (i) ser aportantes del SENA y estar a paz y salvo por concepto de parafiscales; (ii) encontrarse a paz y salvo con el SENA por todo concepto; (iii) no estar incurso en causales de inhabilidad y/o incompatibilidad para contratar con el Estado; (iv) garantizar las contrapartidas; (v) no tener convenios vigentes para la misma línea. Además, se indicó que el valor a financiar no podría exceder el 50% de los aportes parafiscales pagados al SENA y que cuando se tratara de una agrupación de empresas, tres de ellas tendrían que ser independientes.

De otro lado, en el numeral 2º del capítulo IV del pliego se establecieron los aspectos atinentes a la evaluación, selección y adjudicación de las propuestas. A este respecto, en el numeral 2.1.1, quedó previsto que el SENA llevaría a cabo la verificación jurídica, en la que constataría que el oferente cumpliera con todos los requisitos de participación, que no estuviera incurso en ninguna causal de rechazo, que hubiera presentado todos los documentos exigidos, comprobaría el monto de la cofinanciación. Además, se indicó que *“pasarán a evaluación técnica las propuestas habilitadas en la verificación jurídica”.*

Por su parte, en el numeral 2.1.2. del numeral 2º del capítulo IV del pliego quedó previsto que el SENA llevaría a cabo la verificación del componente técnico, que



“busca determinar dos aspectos básicos del proyecto: su pertinencia o razón de ser y sus posibilidades de éxito o fracaso”. La evaluación de este criterio comprendía el examen de: la definición del objetivo general del proyecto, la relación del objetivo del proyecto con el objetivo de la línea, la relación del objetivo con la población beneficiaria, la relación de todas las acciones de formación con las temáticas del programa, la relación de todas las acciones de formación con los objetivos generales y específicos del proyecto. Además, quedó previsto que el evaluador podría recomendar el rechazo del proyecto cuando advirtiera: *“Que no se enmarque en alguna temática del Programa de Formación Especializada [...] Que no tenga relación con el objetivo general y con uno o más de los objetivos específicos del proyecto [...] que la acción de formación corresponda a formación básica [...] Que los temas de las acciones de formación sean impartidos por el SENA a través de sus Centros de Formación o a través de formación virtual”*.

A su turno, en el numeral 2.1.3. del numeral 2º del capítulo IV del pliego se indicó que los evaluadores podrían solicitar a los proponentes aclaraciones, precisiones o adiciones.

En cuanto a la calificación y selección de los proyectos, en el numeral 2.1.4. del numeral 2º del capítulo IV del pliego se estableció que el puntaje a otorgar sería máximo de 100 puntos y que el puntaje mínimo para ser seleccionado sería de 60 puntos.

Ahora bien, frente a viabilidad técnica de la Comisión Nacional de Proyectos de la línea SENA-Empresas y su aprobación, en los numerales 2.1.6. y 2.1.7. del numeral 2 del capítulo IV del pliego, quedó previsto que la Administración otorgaría concepto de viabilidad técnica en orden descendente de puntuación *“a las propuestas seleccionadas que cumplieron con la totalidad de los requisitos señalados en el presente pliego y que obtuvieron por los menos sesenta (60) puntos sobre cien (100) puntos en la evaluación”* y que los proyectos quedarían aprobados, una vez recibida la viabilidad técnica.

6.2.1.1.3. Consta que el 22 de junio de 2011, el SENA aprobó la cofinanciación de 174 proyectos de la línea SENA-Empresas de formación especializada, entre ellos, el formulado por Fendipetróleo por valor total de \$1.382.703.300, según da cuenta



copia simple del certificado expedido por el Secretario General de la entidad pública el 23 de junio de 2011⁶⁸. A partir de esta prueba documental se desprende que el proyecto presentado por Fendipetróleo en el marco de la convocatoria fue avalado jurídica y técnicamente por la Administración, pues de lo contrario no se hubiese aprobado su cofinanciación.

6.2.1.1.4. Se probó que el 1º de julio de 2011, el SENA y Fendipetróleo suscribieron el convenio especial de cooperación n.º 00109, cuyo objeto consistió en *“[e]jecutar el proyecto aprobado en el marco de la convocatoria No. 006 de 2011, de manera que incida como factor de innovación y competitividad de los afiliados al Gremio, conforme a la propuesta aprobada y la relación de empresas y el número de trabajadores indicados en el listado presentado por el Gremio”*, según da cuenta copia auténtica del acuerdo de voluntades⁶⁹.

De acuerdo con lo previsto en la cláusula segunda del convenio, las partes establecieron que el objeto del proyecto presentado por Fendipetróleo residiría en *“optimizar los procesos operativos de una estación de servicio, mejorando las competencias, productividad y calificación del personal de una estación de servicio, mediante la formación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Octopus EDS”*.

En cuanto al plazo de ejecución del convenio, al tenor de lo previsto en la cláusula cuarta, se estipuló que el negocio jurídico se ejecutaría hasta el 30 de noviembre de 2011, contados a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.

En cuanto al valor del convenio, en la cláusula quinta se acordó que el monto total sería de \$1.382.703.300, distribuidos de la siguiente manera: (i) \$1.106.162.240 aportados por el SENA; y (ii) \$276.540.663 aportados por Fendipetróleo.

Frente al desembolso de los recursos, en la cláusula sexta se estipuló que el SENA desembolsaría un 50% *“a título de anticipo”*, cumplidos los requisitos de

⁶⁸ Fl. 376 a 381, C. 3.

⁶⁹ Fl. 45 a 54, C. 3, 137 a 146, C. 8 y 2 a 11, C. 9.



perfeccionamiento, ejecución y legalización, y el otro 50% *“una vez culminadas las acciones de formación y cumplidas las demás obligaciones pactadas en este convenio, previo concepto de la supervisión o la interventoría”*. A este último efecto, en el párrafo segundo de la cláusula *ibídem* se estipuló que para el que SENA efectuara el segundo desembolso debería tener *“[...] en cuenta los listados de asistencia por sesión de capacitación con el número de participantes inscritos de conformidad con lo estipulado en el proyecto, incluido el porcentaje de funcionarios del SENA”*.

Con relación a las obligaciones a cargo de las partes, en la cláusula octava se estableció que el **SENA**: realizaría el aporte convenido, ejercería la supervisión o interventoría de forma directa o a través de un contratista y formularía sugerencias; y que **Fendipetróleo**: desarrollaría las actividades requeridas para la ejecución del proyecto, para lo cual, entre otros, debía realizar su aporte, mantener informado al supervisor o interventor, podría realizar las contrataciones necesarias para la ejecución de las acciones de formación, cumpliría las actividades establecidas en el proyecto, entregaría al SENA el material de formación antes de finalizar cada acción, aportaría los listados de asistencia de los beneficiarios de las acciones de formación y mantendría en sus archivos los listados de asistencia por sesión de capacitación, las hojas de vidas de los capacitadores, el material de formación, los soportes de la ejecución financiera, y en general toda la documentación asociada a la ejecución del convenio.

Con relación a la garantía, en la cláusula décima octava se acordó que Fendipetróleo debería constituir a favor del SENA una garantía para amparar la correcta inversión del anticipo, el cumplimiento y el pago de salarios y prestaciones sociales.

Por su parte, en la cláusula décima novena se estipuló que en caso de que Fendipetróleo incumpliera total o parcialmente el convenio pagaría al SENA, como tasación anticipada de perjuicios -cláusula penal-, *“el diez por ciento (10%) del valor del convenio”*.

En cuanto a la liquidación del convenio, al tenor de lo dispuesto en la cláusula vigésima quinta se acordó que el negocio jurídico sería liquidado de común acuerdo



dentro de los cuatro (4) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución y que, en caso de no llegar a un consenso, el SENA lo liquidaría unilateralmente de conformidad con el término previsto en la ley para tal efecto -dos (2) meses-.

De otra parte, en la cláusula vigésima sexta se determinó que el convenio quedaría perfeccionado con la firma de los cocontratantes, que se ejecutaría previo registro presupuestal y aprobación de la garantía, y que quedaría legalizado una vez se publicara en el Diario Único de Contratación.

Finalmente, en la cláusula vigésima octava quedó previsto que harían parte del contrato, los siguientes documentos: “1) *Documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos de suscripción, ejecución y legalización del convenio.* 2) *El pliego de condiciones de la convocatoria que dio origen al presente convenio.* 3) *La propuesta presentada por el CONVINIENTE y aprobada por el SENA.* 4) *los informes presentados por el CONVINIENTE y por la supervisión o interventoría del convenio **durante su ejecución.*** 5) *Las actas y demás documentos que se generen **en su ejecución.*** 6) *La normatividad interna del SENA que le es aplicable”.*
(negritas fuera de texto)

6.2.1.1.5. Está probado que el 1 de julio de 2011, Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. expidió la póliza n.º 43095676, en la que figura como tomador Fendipetróleo y como beneficiario el SENA, según da cuenta copia simple de la garantía⁷⁰. En la póliza quedaron cubiertos los siguientes amparos:

Amparos	Valor Asegurado	Vigencia desde	Vigencia hasta
Buen manejo y correcta inversión del anticipo	\$553.081.320	1/07/2011	30/03/2012
Cumplimiento	\$138.270.330	1/07/2011	30/03/2012
Pago de salarios y prestaciones	\$59.135.165	1/07/2011	30/11/2014

6.2.1.1.6. Consta que el 7 de julio de 2011 inició la ejecución del convenio, tal y como se desprende de lo consignado por el SENA en la parte motiva de la

⁷⁰ Fl. 55 a 62, C. 3 y 12, C. 9.



Resolución n.º 00849 del 27 de abril de 2012⁷¹, así como también de lo dispuesto por la interventoría en el oficio 6914 del 29 de diciembre de 2011⁷².

6.2.1.1.7. Se probó que el 7 de julio de 2011, Fendipetróleo y la sociedad Towertech Américas S.A. suscribieron un contrato de prestación de servicio, con el objeto de ejecutar las acciones de formación especializada del proyecto aprobado por el SENA -formación Especializada del Recurso Humano de Empresas Distribuidoras Minoristas de Combustibles para la Optimización de su Gestión Operativa en la Herramienta Tecnológica Octopus EDS- en la convocatoria n.º 006 del 30 de marzo de 2011, conforme a la propuesta presentada por Fendipetróleo Nacional, según da cuenta copia simple del acuerdo de voluntades⁷³.

Al tenor de lo acordado en cláusula cuarta, atinente a las obligaciones de las partes, se estipuló que Towertech Américas S.A., entre otros, debería desarrollar todas las actividades de formación contempladas en el proyecto presentado por Fendipetróleo al SENA.

6.2.1.1.8. Consta que el 12 de julio de 2011, el SENA consignó a orden de Fendipetróleo la suma de \$553.081.320, correspondiente al 50% de la contrapartida -como anticipo-, según da cuenta copia simple de los comprobantes de egreso expedidos por la entidad el 18 de agosto de 2011⁷⁴ y el 21 de abril de 2016⁷⁵, así como también de la orden de desembolso efectuada por el Coordinador del Grupo Integrado de Convenios y Contratos⁷⁶.

6.2.1.1.9. Se probó que -sin fecha determinada- Fendipetróleo giró la suma de \$276.540.660 por concepto de gastos de contrapartida del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, según da cuenta el certificado expedido por la revisora fiscal de Fendipetróleo, de fecha 14 de diciembre de 2011⁷⁷.

⁷¹ Fl. 153 a 200, C. 3.

⁷² Fl. 267, C. 3.

⁷³ Fl. 105 a 111, C. 3, 10 a 17, C. 5 y 26 a 31, C. 8.

⁷⁴ Fl. 73, C. 3 y 136, C. 8.

⁷⁵ Fl. 218, C. 3.

⁷⁶ Fl. 71 y 72, C. 3 y 134 y 135, C. 8.

⁷⁷ Fl. 261, C. 1.



6.2.1.1.10. Consta que el 19 de septiembre de 2011, la interventoría realizó una visita técnica, financiera y administrativa a Fendipetróleo, con el propósito de, entre otros, verificar el proyecto aprobado, el avance en las acciones de formación y la ejecución financiera, según da cuenta copia simple del informe de visita de la interventoría⁷⁸.

6.2.1.1.11. Está acreditado que el 23 de septiembre de 2011, la interventoría realizó una visita de verificación de capacitación en la estación de servicio López Olano S.A.S. de Bogotá, con el propósito de comprobar el cumplimiento de las actividades de capacitación programadas por Fendipetróleo, así como también las condiciones y los recursos físicos empleados al respecto, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁷⁹.

6.2.1.1.12. Se probó que el 23 de septiembre de 2011, la interventoría realizó una visita de verificación de capacitación en la estación de servicio Los Guadales de Cali, con el propósito de comprobar el cumplimiento de las actividades de formación y las condiciones y recursos físicos empleados al respecto, y de aplicar una evaluación a los beneficiarios y al capacitador, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁸⁰.

6.2.1.1.13. Consta que el 23 de septiembre de 2011, la interventoría realizó una visita de verificación de capacitación en la estación de servicio Cooperativa la Boyana de Transportes Ltda. de Pitalito, con el propósito de comprobar el cumplimiento de las actividades de formación y las condiciones y recursos físicos empleados al respecto, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁸¹.

6.2.1.1.14. Se probó que el 24 de septiembre de 2011, la interventoría realizó una visita de verificación de capacitación en la estación de servicio Cootransgar Ltda. de Garzón, con el propósito de comprobar el cumplimiento de las actividades de

⁷⁸ Fl. 206 a 212, C. 1.

⁷⁹ Fl. 213 y 214, C. 1 y 94 a 97, C. 9.

⁸⁰ Fl. 220 a 222, C. 1 y 98 a 102, C. 9.

⁸¹ Fl. 223 y 224, C. 1 y 104 a 106, C. 9.



formación y las condiciones y recursos físicos empleados al respecto, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁸².

6.2.1.1.15. Está acreditado que el 5 de octubre de 2011, la interventoría realizó una visita de verificación de capacitación en la estación de servicio BRIO Calle 71 de Bogotá, con el propósito de comprobar el cumplimiento de las actividades de formación y las condiciones y recursos físicos empleados, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁸³.

6.2.1.1.16. Se probó que el 7 de octubre de 2011, la interventoría realizó una visita de verificación de capacitación en la estación de servicio ubicada en la carrera 30 n.º 2 – 38 de Bogotá, con el propósito de comprobar el cumplimiento de las actividades de formación y las condiciones y recursos físicos empleados en el desarrollo de esta, así como también de aplicar encuestas a los beneficiarios y una evaluación al capacitador, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁸⁴.

6.2.1.1.17. Está probado que el 7 de octubre de 2011, la interventoría realizó una visita de verificación de capacitación a la estación de servicio TEXACO NQS ubicada en la carrera 30 n.º 75 – 56 de Bogotá, con el propósito de comprobar el cumplimiento de las actividades de formación y las condiciones y recursos físicos empleados, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁸⁵.

6.2.1.1.18. Consta que el 14 de octubre de 2011, la interventoría realizó una visita de verificación de capacitación en la estación de servicio ubicada en la carrera 69F n.º 20 – 17 de Bogotá, con el propósito de comprobar que la capacitación se estuviera efectuando de acuerdo con el proyecto aprobado, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁸⁶.

6.2.1.1.19. Está probado que el 21 de octubre de 2011, la interventoría realizó una visita técnica, financiera y administrativa, para “*evaluar el avance académico y*

⁸² Fl. 228 ay 226, C. 1 y 107 a 110, C. 9.

⁸³ Fl. 227 y 228 C. 1 y 111 a 113, C. 9.

⁸⁴ Fl. 229 a 234 C. 1 y 114 a 117, C. 9.

⁸⁵ Fl. 238 y 239, C. 1.

⁸⁶ Fl. 240 y 241, C. 1 y 119 a 121, C. 9.



financiero del proyecto, así como el cumplimiento de las obligaciones administrativas del convenio”, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁸⁷.

6.2.1.1.20. Se probó que el 2 de noviembre de 2011, la interventoría realizó una visita de verificación de capacitación en la estación de servicio ubicada en la calle 6 sur n.º 52 – 65 de Medellín, con el propósito de comprobar que la sesión de capacitación se estuviera desarrollando de acuerdo con el proyecto aprobado, según da cuenta simple del informe de visita de la interventoría⁸⁸.

6.2.1.1.21. Quedó acreditado que el 29 de noviembre de 2011, la administradora de la estación de servicio “El Doce” del municipio de Montería ofició a Fendipetróleo para informarle que había recibido la capacitación acerca del manejo del sistema Octopus EDS, y frente a la misma refirió que *“estuvo basada en la explicación del manejo tanto administrativo como operativo del software en mención, es decir la instrucción a semana en entrenamiento”*; sin embargo, reclamó que la capacitación *“se basó más en una publicidad para la posible adquisición del software y su forma de funcionamiento que en la preparación de un equipo de ventas para lograr los objetivos comerciales”*, según da cuenta copia simple de oficio de la fecha⁸⁹.

6.2.1.1.22. Probado está que el 12 de diciembre de 2011 -cuando había fenecido el plazo de ejecución del convenio-, la Interventoría requirió a Fendipetróleo por un presunto incumplimiento del acuerdo de voluntades, puntualmente en cuanto a su objeto y la contrapartida, según da cuenta copia simple del oficio n.º 6168 de la fecha⁹⁰. Frente al incumplimiento del objeto, en la misiva se refirió que *“de acuerdo con los documentos y visitas de interventoría a las estaciones de servicio que figuran como beneficiarias de la capacitación, se observa que la actividad realizada por FENDIPETRÓLEO no corresponde a capacitación especializada, sino a la demostración y promoción de un sistema de información denominado OCTOPUS EDS desarrollado y comercializado por Towertech Américas S.A.”*.

⁸⁷ Fl. 245 a 254, C. 1 y 69 a 79, C. 9.

⁸⁸ Fl. 242 y 243, C. 1 y 122 a 125, C. 9.

⁸⁹ Fl. 123, C. 3.

⁹⁰ Fl. 126, C. 3.



6.2.1.1.23. Consta que el 14 de diciembre de 2011, Fendipetróleo dio respuesta al informe de incumplimiento presentado por la interventoría, en el que afirmó que sí cumplió el objeto del convenio. Además, indicó que no es cierto que para adelantar las capacitaciones era menester contar con la herramienta tecnológica Octopus EDS, pero que, en todo caso, durante las capacitaciones aquella estuvo disponible para que los capacitados trabajaran en la misma. Igualmente, recalcó que las capacitaciones estuvieron divididas en las siguientes unidades temáticas: (i) formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en isla; (ii) formación especializada en Octopus EDS para la administración de la estación de servicio; (iii) formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en las áreas de servicio; (iv) formación especializada en Octopus EDS para la auditoría y control de estaciones de servicio. Asimismo, precisó que, aunque las actividades de formación se hubieran subcontratado con Towertech Américas S.A., lo cierto es que las mismas se centraron en la capacitación del personal y no en la comercialización del producto. Lo anterior, según da cuenta copia simple de la respuesta ofrecida por Fendipetróleo⁹¹.

6.2.1.1.24. Está probado que el 29 de diciembre de 2011, varios miembros de la junta directiva nacional de Fendipetróleo formularon una queja ante la Contraría General de la República en la que pusieron de presente distintos hechos relacionados con la celebración del convenio, los cuales, a su juicio, deberían ser investigados por el órgano de control, según da cuenta copia simple de la queja⁹². Al efecto, indicaron que el representante legal de Fendipetróleo no estaba autorizado para celebrar el negocio jurídico y que en el marco del convenio se presentaron falencias “*desde la convocatoria misma*”.

6.2.1.1.25. Está acreditado que el 29 de diciembre de 2011 -cuando ya había expirado el plazo de ejecución del convenio-, la interventoría presentó al SENA un informe de incumplimiento, según da cuenta copia autentica del oficio 6911 de la fecha⁹³. En el escrito, se concluyó que Fendipetróleo incumplió el objeto, objetivo y contrapartida del acuerdo de voluntades.

⁹¹ Fl. 166 a 184, C. 9.

⁹² Fl. 63 a 65, C. 3 y Fl. 131 a 133, C. 8.

⁹³ Fl. 74 a 90, C. 3.



6.2.1.1.26. Está probado que el 29 de diciembre de 2011, la interventoría remitió a Fendipetróleo el concepto de liquidación del convenio, en el que recomendó que la agremiación reintegrara al SENA el valor consignado como anticipo -\$553.081.230-, según da cuenta copia simple del oficio 6914⁹⁴.

6.2.1.1.27. Se acreditó que el 23 de enero de 2012, la interventoría remitió al SENA un oficio en el que reiteró su concepto en el sentido de que Fendipetróleo debería reintegrarle a la entidad el valor consignado como anticipo -\$553.081.230-, según da cuenta copia simple del oficio 6973⁹⁵

6.2.1.1.28. Consta que mediante Resolución n.º 00849 del 27 de abril de 2012, el SENA: (i) se abstuvo de sancionar a Fendipetróleo por el incumplimiento del convenio; (ii) dispuso iniciar las acciones judiciales pertinentes para demandar la nulidad del convenio o, en su defecto, perseguir su declaratoria de incumplimiento; y (iii) ordenó remitir copia de esta a la "jurisdicción penal" y a la Contraloría General de la República, según da cuenta copia auténtica del acto referido⁹⁶. A juicio de la entidad se configuraron circunstancias que afectaron la validez del convenio, de tal suerte que lo pertinente era acudir al juez del contrato para que lo invalidara e impusiera las declaraciones y condenas a que hubiese lugar.

6.2.1.1.29. Se probó que Fendipetróleo y Chubb Seguros Colombia S.A. interpusieron recursos de reposición contra la anterior decisión, según da cuenta copia auténtica de la Resolución n.º 01131 del 12 de junio de 2012⁹⁷. Al efecto, en cuanto al incumplimiento del objeto, manifestaron que durante la ejecución del convenio no se comercializó la herramienta tecnológica, sino que se capacitó al personal de las estaciones de servicio y, además, que en el convenio no se dispuso que las estaciones de servicio debían contar con la herramienta tecnológica.

6.2.1.1.30. Consta que mediante Resolución n.º 01131 del 12 de junio de 2012, el SENA resolvió los recursos de reposición interpuestos por Fendipetróleo y Chubb Seguros Colombia S.A., confirmando en todos sus apartes lo decidido mediante

⁹⁴ Fl. 267 a 276, C. 3.

⁹⁵ Fl. 277 a 39, C. 3.

⁹⁶ Fl. 153 a 200 y 410 a 434, C. 3 y Fl. 64 a 111, C. 8.

⁹⁷ Fl. 201 a 214 y 435 a 447, C. 3 y Fl. 112 a 125, C. 8.



Resolución n.º 00849 del 27 de abril de 2012, según da cuenta copia autentica del acto⁹⁸.

6.2.1.2. Pruebas adicionales relevantes

6.2.1.2.1. Obra el Acuerdo n.º 0017 de 2009⁹⁹, proferido por el SENA “*por el cual se aprueban las políticas de la formación continua y los criterios generales para orientar los recursos de la ley 344 de 1996, y se derogan los Acuerdos 0005 de 2008, 0002 de 2009*”.

6.2.1.2.2. Reposan conceptos de adición de empresas beneficiarias y modificaciones de cobertura geográfica, así como de modificaciones de capacitadores, suscritos por la interventoría, mediante los cuales, en algunos casos, se aprobó la modificación de las empresas beneficiarias del proyecto presentado por Fendipetróleo y de los capacitadores¹⁰⁰. A partir de la información consignada en estos documentos, se advierte que el número final de beneficiarios del proyecto formulado por Fendipetróleo fue de 1936.

6.2.1.2.3. Obran registros de asistencia a las capacitaciones adelantadas por Fendipetróleo, puntualmente en cuanto a las unidades temáticas de: (i) formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en isla; (ii) formación especializada en Octopus EDS para la administración de la estación de servicio; (iii) formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en las áreas de servicio; (iv) formación especializada en Octopus EDS para la auditoría y control de estaciones de servicio, de los cuales se desprende que fueron capacitados 107 beneficiarios en estas temáticas¹⁰¹.

6.2.1.2.4. Reposa la propuesta de proyecto de formación formulada por la Asociación Colombiana de Contact Centers y BPO al SENA dentro de la convocatoria n.º 0006 de 30 de marzo de 2011, titulada “*Programa para la Transformación Productiva en el Sector del Contact Center y BPO*”¹⁰². La Sala le

⁹⁸ *Ibídem*.

⁹⁹ Fl. 36 a 4., C. 3.

¹⁰⁰ Fl. 215 a 219, C. 1, 244 a 264, C. 3 y 402 a 408, C. 9.

¹⁰¹ Fl. 51 a 203, C. 2.

¹⁰² Fl. 14 a 49, C. 9



restará eficacia probatoria a este documento, pues no guarda relación alguna con la presente litis. De hecho, no corresponde a la propuesta formulada por Fendipetróleo en el marco de la convocatoria n.º 0006 de marzo de 2011.

6.2.1.2.5. Obran 27 formatos de interventoría de diciembre de 2011, correspondientes a la evaluación final de la capacitación llevada a cabo en estaciones de servicio de Armenia, Bogotá, Montelíbano, Barranquilla, Medellín, Rionegro, Cali y Neiva¹⁰³. Según se desprende del contenido de las evaluaciones, frente al cuestionamiento realizado a los beneficiarios acerca de si la “*estación de servicio contaba con el sistema OCTUPUS (sic) EDS en el momento en que le ofrecieron la capacitación?*” todos los evaluados respondieron que no.

6.2.1.2.6. Reposan encuestas practicadas a 164 beneficiarios de las capacitaciones efectuadas por Fendipetróleo, a través de Towertech Américas S.A.¹⁰⁴, en las que se les preguntó si fueron capacitados en optimización de la gestión operativa con la herramienta tecnológica Octopus EDS, frente a lo cual todos los encuestados respondieron que sí.

6.2.1.2.7. Obra el testimonio de **Juan Carlos Yepes Alzate**, quien se desempeñó como representante legal y presidente ejecutivo nacional de Fendipetróleo entre el 24 de septiembre de 2009 y el 15 de diciembre de 2011. En su relato, en lo que ocupa la atención de la Sala en esta instancia, afirmó que la sociedad Towertech Américas S.A. se encargó de realizar las capacitaciones, porque era la dueña de la herramienta tecnológica Octopus EDS. Manifestó que el SENA examinó la propuesta presentada por Fendipetróleo, en la que, según afirmó, se puso de presente que la herramienta tecnológica era de propiedad de Towertech Américas S.A. por lo que se consideró pertinente que aquella llevara a cabo el programa de formación y capacitación. Refirió que el SENA aprobó el proyecto presentado por Fendipetróleo. Indicó que la interventoría realizó un trabajo acucioso en cada una de las visitas que realizó en terreno, dejando recomendaciones que fueron atendidas por Fendipetróleo. Puso de presente que, de acuerdo con las actas de visita de la interventoría, que se elaboraron durante la ejecución del contrato, se puede constatar que Fendipetróleo cumplió a cabalidad con el contrato. Refirió que

¹⁰³ Fl. 127 a 162, C. 9.

¹⁰⁴ Fl. 237 a 401, C. 9.



el convenio se celebró para beneficiar a la población de la federación. Precisó que el SENA no impuso sanción alguna a Fendipetróleo y que con el convenio se vieron beneficiadas “*más o menos*” 1990 personas. Manifestó que con posterioridad a la terminación del convenio se llevaron a cabo reuniones entre Fendipetróleo y la interventoría en las que esta última, contrario a lo indicado en sus informes, señaló que no se había desarrollado un programa de capacitación, porque las estaciones no contaban con la herramienta tecnológica. A este respecto, precisó que en la propuesta se puso de presente que “*uno de los problemas que tenían las estaciones de servicio es que no tenían herramientas tecnológicas, lo que no significa que la capacitación se hubiera hecho sin la herramienta tecnológica, en todos los informes consta que a ellos se les llevó las terminales, se les llevó el programa, se le impartió la capacitación completa*”, y agregó que “*resulta inentendible como después de todo lo que dijo en los informes [se refiere a la interventoría] [...] terminó diciendo que si el hubiera sabido que las estaciones no tenían el dispositivo hubiera dicho que no se podía hacer el convenio, cuando esas son cosas que no lo establecían ni los requisitos*”. Afirmó que el contrato no ha sido liquidado. Refirió que estuvo al tanto de la ejecución del contrato por cuenta de los informes de interventoría. Recalcó que el objeto del contrato no se encaminó a la comercialización de la herramienta tecnológica sino a la de capacitar a los empleados de las estaciones de servicios, frente a lo cual afirmó que la interventoría “*se inventó*” dicha circunstancia sin sustento alguno. Manifestó que Fendipetróleo presentó su proyecto en el marco de la convocatoria adelantada por el SENA, en el que se indicó que la herramienta para capacitar sería Octopus EDS de propiedad de Towertech Américas S.A., proyecto que, previa evaluación jurídica y técnica, fue aprobado por la entidad.

6.2.1.2.8. Igualmente reposa el testimonio de **Manuel Fulgencio Jiménez** - contador público-, quien se desempeñó como director de la interventoría para la época de los hechos. En su relato afirmó que se encargó de realizar la interventoría del convenio objeto de debate. Respecto de los informes de interventoría, manifestó tener presente un informe de incumplimiento enviado al SENA en diciembre de 2011, el cual, según adujo, resume lo que aconteció en el marco de la ejecución del contrato, puntualmente en cuanto al incumplimiento del objeto y pago de la contrapartida a cargo de Fendipetróleo.



Al testigo se le pusieron de presente los informes de interventoría que reposan en el expediente -de septiembre de 2011 en adelante-, frente a los cuales afirmó que, pese a que los informes parciales daban cuenta de que el trabajo de campo se estaba cumpliendo a cabalidad, a juicio de la interventoría el contratista no estaba cumpliendo con el contrato, porque en estricto sentido no se estaba dictando una capacitación, señalando sobre este particular que *“empezamos a encontrar unos elementos que nos indicaban que no era una capacitación. ¿Qué elementos encontramos que no eran una capacitación? Encontramos un convenio suscrito en el año 2010 marco entre Fendipetróleo y Towertech y en ese convenio, lo recuerdo en el párrafo segundo del artículo primero, [...] la responsabilidad única de Fendipetróleo era presentar a Towertech las estaciones de servicio [...] para que Fendipetróleo (sic) [se refiere a Towertech] realizara su actividad comercial. Igualmente, encontramos en una revista de Fendipetróleo publicada en el mes de diciembre de 2011 [...] donde se hablaba del software Octopus y se indicaba, y se indica en esa revista porque todavía está en internet y ustedes la pueden consultar, que Towertech capacitará a las personas que adquieran ese software. Igualmente encontramos documentos contables en Fendipetróleo como una factura por \$276.000.000 donde le estaba cobrando a Towertech el servicio de referenciación de los clientes, **es decir, lo que nosotros encontramos es lo que en principio parecía una capacitación no lo era y no lo era por dos razones, la primera, porque para que haya una capacitación sobre un software es absolutamente elemental que quien va a ser capacitado es una persona que dispone de ese software o va a disponer de él de manera permanente.** Ninguna de las estaciones de servicio que fueron capacitadas tenía ese software ni lo adquirió, entonces eso ocurre como cuando cualquier persona va a comprar un artículo o un software en particular, y recibe una capacitación inicial o una demostración inicial de lo que constituye ese software, pero no se puede considerar en estricto sentido capacitación, porque eso necesitaría entonces que esa persona dispusiera de esa herramienta para que después de la capacitación pudiera comprobar cuáles son sus conocimientos [...] adicionalmente si uno se enmarca en los acuerdos del SENA y en el contrato en particular que suscribió el SENA con Fendipetróleo ese contrato le dice que es una capacitación que debe contribuir a mejorar la competitividad y la capacidad de competencia de las estaciones de servicio, pues lógicamente que hoy día si ustedes van a mirar ninguna de las estaciones de servicio mejoró su competitividad fruto de esa capacitación, porque ninguna adquirió ese software”.*



Reiteró que en el informe de incumplimiento se advirtió que la capacitación estaba dirigida al aplicativo Octopus EDS, pero que Fendipetróleo en su ofrecimiento no le dijo al SENA que para que “se *diera*” la capacitación las estaciones de servicio debían disponer de esa herramienta y tampoco que el capacitador era el mismo productor de la herramienta y mucho menos que había unos convenios anteriores de tipo comercial suscritos.

En lo que atañe al objeto del contrato, el testigo adujo que “*esos elementos doctor, para sintetizar, nos llevaron a concluir que aquí no había habido una capacitación, sino que aquí había habido la presentación de un aplicativo a los afiliados de Fendipetróleo*”. Refirió que aun cuando en los informes de evaluación se hubiese puesto de presente que Fendipetróleo avanzó en las capacitaciones, lo cierto es que “*cuando uno avanza en el análisis del tema llega entonces a las conclusiones que he mencionado de que para que esa llamada capacitación tuviera sentido era necesario que quien la estaba recibiendo dispusiera de la herramienta sobre la cual iba a volcar los conocimientos adquiridos en esa presentación [...] si esas estaciones de servicio no disponían de esa herramienta, pues es apenas obvio que no se podía cumplir con el objetivo de que mejoraran en su competitividad, porque no tuvieron esa herramienta [...] en ese orden de ideas esa capacitación no permitió que esos trabajadores que la recibieron pusiera esos conocimientos en práctica a futuro, porque no disponían de esa herramienta*”.

De otra parte, el testigo adujo que existía intereses comerciales entre Fendipetróleo y Towertech Américas S.A. al punto que “*en dos cartas suscritas entre el representante legal de Fendipetróleo y la gerente de Towertech se adiciona una tabla de comisiones para indicar entonces cuanto le iba a pagar Towertech a Fendipetróleo por efecto de las ventas que hicieran dependiendo de quien hiciera la venta [...] ahora, que lo que se presentó al SENA como una capacitación en la realidad era una presentación, pues yo no quiero decir que como fue que el SENA acepto eso o porque razón eso sí lo tienen que explicar los funcionarios del SENA que evaluaron ese proyecto y que le dieron viabilidad*”. Además, puso de presente que no asistió a ninguna estación de servicio. Afirmó que en diciembre de 2011 presentó el informe de incumplimiento, pues solo en el mes de noviembre la interventoría tuvo conocimiento acerca de las circunstancias constitutivas de incumplimiento. Manifestó que la comunicación enviada por la administradora de la



estación de servicio “El Doce” del municipio de Montería no se tuvo en cuenta para elaborar el informe de incumplimiento.

La Sala le dará credibilidad al dicho de los testigos y procederá a su valoración, dado que, al desempeñarse, el primero, como representante legal de la federación demandada y, el segundo, como director de la interventoría del convenio especial de cooperación n.º 00109, conocieron de primera mano las circunstancias que rodearon la celebración y ejecución del acuerdo de voluntades y particularmente aquellos aspectos concernientes al desarrollo de las capacitaciones efectuadas por Fendipetróleo. Además, se aprecia que sus declaraciones contienen un hilo conductor coherente y preciso respecto de la ejecución del convenio y las razones o circunstancias que rodean el presunto incumplimiento de su objeto, aunado a que lo afirmado por los testigos se acompaña y está respaldado con las restantes pruebas del plenario, particularmente con las documentales.

Con todo, es menester precisar que, comoquiera que el testimonio de Juan Carlos Yepes Alzate proviene de una persona que tuvo un vínculo laboral con la federación demandada para la época de los hechos, a juicio de la Sala sus declaraciones resultan sospechosas, por lo cual serán valoradas con la especial severidad que se requiere¹⁰⁵. Al respecto, vale reiterar que conforme lo ha manifestado esta Corporación, los testimonios que resulten sospechosos no pueden desecharse de plano, sino que deben ser examinados y valorados con mayor rigurosidad, de cara a las demás pruebas que reposen en el expediente y de acuerdo con las circunstancias propias de cada asunto litigioso¹⁰⁶.

6.4.2 Solución del caso concreto

En el fallo de primera instancia el Tribunal estimó que Fendipetróleo incumplió el objeto del convenio, pues, a su juicio, para que la capacitación tuviera incidencia como factor de innovación y competitividad se requería que las estaciones de servicio “contaran” con la herramienta tecnológica Octopus EDS, es decir, que

¹⁰⁵ “Artículo 217. Testigos Sospechosos. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

¹⁰⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, Rad. 20.262



estuvieran operando a través de la misma. Además, adujo que, con ocasión del convenio de cooperación suscrito entre Fendipetróleo y Towertech Américas S.A., existió por parte de la primera un interés para comercializar la herramienta tecnológica.

En contraste con lo anterior, en su recurso de apelación **Fendipetróleo** afirmó: que el proyecto formulado se ajustó a las condiciones previstas en la convocatoria, que no incumplió el objeto del convenio, porque desarrolló las capacitaciones, agregando al respecto que no era necesario que las estaciones de servicio “contaran” con la herramienta tecnológica Octopus EDS y que el fallo de primera instancia fue incongruente, dado que en la demanda no se alegó este cargo. Por su parte, en su alzada **Chubb Seguros Colombia S.A.** manifestó: que el proyecto presentado por Fendipetróleo cumplió con las exigencias establecidas en la convocatoria, que Fendipetróleo no incumplió el convenio, porque las actividades de capacitación se desarrollaron de acuerdo con lo estipulado, recalcando que las partes no acordaron que las estaciones de servicio deberían contar con la herramienta tecnológica Octopus EDS.

A este respecto, cabe precisar que, de conformidad con las pretensiones de la demanda, la controversia en esta instancia gira en torno al incumplimiento del objeto del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 y bajo esta óptica se abordará el examen de los recursos de apelación presentados por las demandadas.

6.4.2.1. En tal sentido, se advierte que la responsabilidad contractual que el SENA pretende atribuirle a Fendipetróleo, en principio, se centra en la circunstancia según la cual para que la capacitación efectuada tuviera incidencia en el factor de innovación y competitividad era menester que las estaciones de servicio “contaran” con la herramienta tecnológica Octopus EDS, es decir, que estuvieran operando con dicha herramienta, cargo que por demás, y contrario a lo aducido por Fendipetróleo en su recurso de apelación, sí fue plasmado por el SENA en su demanda (antecedentes 1.4.2.1.). Por tanto, para resolver si la actuación de la Administración en este aspecto se ajustó a derecho o si, por el contrario, constituyó un incumplimiento de lo pactado por las partes, se deberá ahondar en lo que sobre el particular fue acordado en el convenio.



A este respecto, conviene resaltar que cuandoquiera que no exista suficiente claridad o precisión en cuanto al alcance y contenido del documento contractual o se evidencie una contradicción entre las estipulaciones contenidas en el acuerdo de voluntades, e incluso cuando existe claridad en el lenguaje utilizado pero las partes le atribuyen un significado divergente, corresponde al juez adelantar la labor de interpretación del negocio jurídico con miras a establecer la real intención de los contratantes y el contenido genuino de lo estipulado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*.

En tal sentido, el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la naturaleza del negocio celebrado, en forma sistemática, racional y lógica, con el fin de establecer la voluntad común de los contratantes o dándole a cada cláusula el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad o deberá estarse a la interpretación que mejor encuadre con la naturaleza del contrato.

Bajo el anterior contexto, en el presente caso emerge con claridad que la voluntad de las partes al suscribir el convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011, consistió en que Fendipetróleo adelantara la formación especializada en la herramienta tecnológica Octopus EDS de los trabajadores de las estaciones de servicio afiliadas a la agremiación, con el fin de optimizar sus procesos operativos, mejorar sus competencias, productividad y calificación, indistintamente de si las estaciones de servicio “contaban” o no con la herramienta tecnológica, es decir, si estaban operando o no a través de la misma; lo que en estricto sentido se requería para cumplir con el objeto convenido era que los beneficiarios tuvieran acceso a la herramienta tecnológica y, por tanto, a sus componentes, al momento de efectuarse la respectiva capacitación.

A este efecto, de acuerdo con las reglas de la convocatoria n.º DG-0006 de marzo de 2011 -numeral 4.2. del capítulo II del pliego- se observa que el SENA adelantó el proceso de selección para que, entre otras, las agremiaciones presentaran proyectos de formación especializada y/o actualización tecnológica del personal



vinculado a las mismas, con el objetivo de contribuir a garantizar la competitividad y productividad de las empresas (hecho probado 6.2.1.1.2.).

Ahora bien, en punto del programa SENA-Empresas -en el marco del cual Fendipetróleo presentó su propuesta- quedó previsto que el objeto de dicho programa consistiría en responder a las necesidades de actualización en tecnología de los trabajadores y reducir las brechas tecnológicas a través de programas de formación en las líneas tecnológicas definidas por la entidad, para que incidieran como factor de innovación y competitividad (hecho probado 6.2.1.1.2.).

Con este propósito, se advierte que Fendipetróleo presentó al SENA un proyecto cuyo objeto consistió en *“optimizar los procesos operativos de una estación de servicio, mejorando las competencias, productividad y calificación del personal de una estación de servicio, mediante la formación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Octopus EDS”*, el cual, tras ser evaluado en sus componentes jurídico y técnico, fue aprobado por la Administración (hechos probados 6.2.1.1.3. y 6.2.1.1.4.).

Continuando con el examen del cargo, se observa que posteriormente el SENA y Fendipetróleo suscribieron el convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 (hecho probado 6.2.1.1.4.), con el único propósito de, precisamente, ejecutar el proyecto que esta última le presentó a la entidad, es decir, con el fin de adelantar la formación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Octopus EDS, obligándose Fendipetróleo a desarrollar todas las actividades necesarias al respecto -cláusula octava del convenio-.

A partir del anterior marco, para la Sala resulta claro que la real intención de las partes no fue otra diferente a la de que Fendipetróleo llevara cabo un proceso de formación especializada de los trabajadores de las estaciones de servicio en la herramienta tecnológica Octopus EDS, a través de acciones de formación, para lo cual, en los términos estrictamente acordados, tan solo se requería que la herramienta estuviera disponible al momento de la capacitación, más no que las estaciones de servicio contaran previamente con la misma, es decir, que estuvieran operando a través de ella.



De hecho, en las reglas de la convocatoria no se indicó o refirió que en los proyectos de formación o actualización tecnológica enmarcados en el programa SENA-Empresas, los beneficiarios de las acciones de formación deberían contar previamente con la herramienta en la que serían formados especializada. Además, tampoco obran pruebas que permitan corroborar que durante el proceso de selección este aspecto fue objeto de alguna solicitud de aclaración, precisión o adición por parte del SENA. Asimismo, dentro de las estipulaciones acordadas en el convenio no se aprecia que para realizar la formación especializada que Fendipetróleo se comprometió a ejecutar, se hubiese estipulado que las estaciones de servicio deberían estar operando a través de la herramienta tecnológica Octopus EDS; lo único que se acordó fue realizar la formación especializada en la herramienta, es decir, llevar a cabo una capacitación acerca de la misma.

Ahora bien, la Sala no pasa por alto lo manifestado por la interventoría en el informe del 29 de diciembre de 2011 (hecho probado 6.2.1.1.25.), quien advirtió al SENA acerca del presunto incumplimiento del objeto y objetivo del convenio por parte de Fendipetróleo, aspectos que fueron reafirmados ampliamente por el testigo Manuel Fulgencio Jiménez (prueba relevante 6.2.1.2.8.), y tampoco puede dejar de lado lo referido por la entidad pública demandante en la Resolución n.º 00849 del 27 de abril de 2012 (hecho probado 6.2.1.1.27.), en la que se pronunció respecto del presunto incumplimiento de Fendipetróleo.

Al efecto, en el informe de interventoría del 29 de diciembre de 2011 se indicó lo siguiente:

“Cumplimiento del objeto y objetivo del convenio

Para el análisis del cumplimiento del objeto y objetivo del convenio, nos ubicamos en el objetivo del programa en cuanto a la línea SENA - Empresas que de acuerdo con el artículo 22 del Acuerdo 017 de 2009, es el siguiente: “responder a las necesidades de actualización tecnológica de los trabajadores colombianos, que permita a las empresas resolver sus brechas tecnológicas, a través de programas de capacitación diseñados a la medida de sus necesidades que se enmarquen en las líneas tecnológicas definidas por el SENA, de manera que los mismos incidan como factor de innovación y competitividad”.

Para que en las estaciones de servicio la capacitación que se dio en desarrollo del convenio que se ejecutó, tuviera incidencia en su innovación y competitividad era indispensable que ellas contaran con la herramienta tecnológica OCTOPUS EDS, ya que de otra forma esta capacitación no tiene



ninguna posibilidad de ser aplicada para mejorar la productividad y competitividad de las estaciones.

La capacitación sobre el funcionamiento y operación se da a quienes ya disponen del bien o servicio, este hecho lo tienen claro FENDIPETRÓLEO Y TOWERTECH, ya que en el artículo ABC DEL NUEVO SOFTWARE PARA ESTACIONES DE SERVICIO, arriba citado, en la página 31 dice: "**¿COMO SERÁ EL COMPAÑAMIENTO A LAS EDS? TowerTech Américas S.A. ofrece un servicio integral de preinstalación, instalación, capacitación en sitio, puesta en marcha y soporte a nivel nacional para los usuarios de la solución OCTOPUS EDS**" (subrayado fuera de texto). Como se observa, el diseñador y comercializador de la plataforma tecnológica, es decir TowerTech, ofrece la capacitación, una vez cumplidas las etapas de preinstalación e instalación.

Entendiendo que OCTOPUS EDS es una plataforma tecnológica para el control de las operaciones de las estaciones de servicio, **resulta obvio que una capacitación sobre este sistema de información, o sobre cualquier sistema de información, solamente es razonable si los capacitados son usuarios de la herramienta tecnológica en el momento de la capacitación [...]** De acuerdo con encuestas practicadas por la interventoría, ninguna de las estaciones de servicio encuestadas, en las cuales se impartió la capacitación, contaba con este aplicativo. Confirma lo anterior las encuestas remitidas por el conveniente, de las cuales se deduce que ninguna estación contaba con el sistema de información.

En su respuesta FENDIPETRÓLEO afirma que el SENA conocía que la capacitación se iba a realizar sobre la plataforma tecnológica OCTOPUS EDS, lo cual es cierto, **sin embargo, FENDIPETROLEO no le informó al SENA en su propuesta que las estaciones de servicio no disponían de esta plataforma ni que el desarrollo y venta de la misma lo realiza la misma entidad capacitadora, es decir, TOWERTECH.** (negritas fuera de texto)

Por su parte, en la Resolución n.º 00849 del 27 de abril de 2012 el SENA precisó que:

"B.1. NECESIDAD QUE LAS ESTACIONES DE SERVICIO POSEAN LA HERRAMIENTA TECNOLÓGICA.

Respecto a la necesidad que las Estaciones de Servicio destinatarias de la capacitación objeto del convenio poseyeran la herramienta tecnológica, **debemos señalar que es cierto que ese no fue un tema de discusión en la convocatoria, ni en la propuesta, ni en la suscripción del convenio, pero no porque sea un tema ajeno a la convocatoria, a la propuesta o al convenio, sino porque FENDIPETROLEO no lo expresó al formular la propuesta, y como se indicó anteriormente, la revisión y aprobación de la misma por parte del SENA se hizo únicamente con base en la información, la documentación y la propuesta que presentó el aspirante, partiendo esta Entidad de la aplicación del principio constitucional y legal de la buena fe.**

Este tema del software es fundamental para la Convocatoria y para el Convenio, al punto que está relacionado directamente con el objeto de la convocatoria y con las prohibiciones de la misma, las cuales se derivan de las normas que regulan la materia, como el Acuerdo 0017 de 2009, modificado por el acuerdo 00002 de 2011.



La Convocatoria es clara al señalar que su objeto es Promover y apalancar e las empresas aportantes al SENA (individualmente o agrupadas) a los Gremios, Federaciones gremiales o Asociaciones representativas de empresas o trabajadores, o Centrales obreras o de trabajadores legalmente constituidas, para que presenten proyectos de formación especial y/o actualización tecnológica del recurso humano vinculado a las mismas, en los términos señalados en el Acuerdo 0017 de 2009, (modificado por el Acuerdo 00002 de 2011), en el marco de los criterios orientadores de política de esta Convocatoria. De otro lado, señaló expresamente la convocatoria que los proyectos que se presentarán "no deberán incluir en las acciones de formación, ningún tema que este fuera del concepto previsto en esta convocatoria como formación especializada y actualización tecnológica del recurso humano, así como..., desarrollo o compra de software..."

Esta prohibición no solamente implica que el conviniente no incluya en la propuesta esos temas, sino que tampoco puede realizarlos o incluirlos en la capacitación a la hora de ejecutar las acciones de formación especializada, puesto que tal prohibición, no está solo enfocada a restringir la convocatoria por la forma como se presente el proyecto o lo que se diga en él, sino fundamentalmente, por la ejecución de las acciones de formación; es decir que la ejecución de las acciones de formación deben corresponder a la naturaleza del programa que financia el SENA y no simplemente la manera como el conviniente lo formule en la propuesta.

Por ende, siendo este tema explícito en la Convocatoria, el Conviniente no debió omitir esta información en la propuesta para adecuarla a los términos de la convocatoria y luego argumentar que el SENA había aprobado la propuesta presentada, en esos términos.

[...]

De acuerdo a este objeto del proyecto redactado por FENDIPETROLEO, los objetivos de la capacitación, tales como optimizar los procesos operativos de las estaciones de servicios, mejorando las competencias, productividad y calificación del personal de una estación de servicios, fueron planteados "mediante" la formulación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Optopus (sic) EDS; es claro entonces que la capacitación objeto del proyecto giraba en torno a la herramienta tecnológica Optopus (sic) EDS, y que era a partir de la formación en esa herramienta, que se buscaba optimizar los procesos operativos de las estaciones de servicio". (negritas fuera de texto)

A juicio de la Sala las manifestaciones plasmadas por la interventoría en el informe del 29 de diciembre de 2011 y por la entidad pública demandante en la Resolución n.º 00849 del 27 de abril de 2012, respecto de la necesidad de contar con la herramienta tecnológica Octopus EDS para adelantar el proyecto de formación especializada, en lugar de justificar el presunto incumplimiento del objeto del convenio por parte de Fendipetróleo, ponen en evidencia, de cierta forma, la omisión del SENA al estructurar su convocatoria y al evaluar y aprobar el proyecto presentado por Fendipetróleo.



De hecho, si el SENA, en los términos establecidos en el Acuerdo n.º 0017 de 2009, consideraba que tratándose de programas de formación de actualización tecnológica -línea de formación SENA-Empresas- era necesario que los beneficiarios “contaran” previamente con la tecnología en la que iban a ser capacitados, debió precaver dicha circunstancia y, en tal sentido, ponerla de presente a los oferentes y solicitarla como requisito de participación, lo que no ocurrió en el presente caso.

Además de lo anterior, si el objetivo del programa de formación SENA-Empresas era el de responder a las necesidades de actualización a través de programas de formación que incidirían como factor de innovación y tecnología -numeral 4.2 del capítulo II del pliego-, y si, en tal sentido, la entidad estimaba que para satisfacer esta exigencia era menester que en el presente caso las estaciones de servicio estuvieran operando con la herramienta tecnológica Octopus EDS, al evaluar técnicamente el ofrecimiento presentado por Fendipetróleo debió verificar este aspecto y proceder de conformidad con las reglas establecidas en la convocatoria, máxime si se tiene en cuenta que durante la etapa de evaluación del componente técnico le correspondía a la Administración revisar: la definición del objetivo general del proyecto, la relación del objetivo del proyecto con el objetivo de la línea, la relación del objetivo con la población beneficiaria, la relación de todas las acciones de formación con las temáticas del programa y la relación de todas las acciones de formación con los objetivos generales y específicos del proyecto -capítulo IV, numeral 2 del pliego- y que en el marco de la misma el evaluador podía recomendar el rechazo del ofrecimiento cuando, entre otros, no tuviera relación alguna con el objetivo general o específico del proyecto.

Para la Sala no resulta de recibo lo argumentado por el SENA, quien alegando su propia culpa y buscando sacar provecho de esta, manifiesta que Fendipetróleo, al formular su ofrecimiento, omitió indicar que las estaciones de servicio no estaban operando a través de la herramienta Tecnológica Octopus EDS; si el SENA, que es una entidad pública versada en la elaboración y estructuración de este tipo de convocatorias, aceptó el proyecto en los términos y condiciones expuestas por la agremiación, fue porque en su oportunidad, tras evaluarlo, estimó que cumplía con las condiciones establecidas por la Administración. Sumado a ello, si la entidad consideraba que durante la formación del negocio jurídico Fendipetróleo ocultó



información que pudiese haber afectado su validez¹⁰⁷, debió acudir a esta sede contenciosa para solicitar la declaratoria de nulidad por este aspecto¹⁰⁸.

Finalmente, la Sala no puede dejar de lado que el informe de incumplimiento de interventoría del 29 de diciembre de 2011, que por demás fue elaborado cuando ya había fenecido el plazo de ejecución del convenio -que culminó el 30 de noviembre de 2011-, estuvo soportado en interpretaciones efectuadas por la interventoría respecto del alcance del objeto del convenio, lo que de cierto modo se deslinda de la labor propia que le correspondía adelantar al interventor; en el presente caso su función debió encaminarse en estricto sentido a controlar, supervisar y vigilar la ejecución del convenio en las condiciones pactadas¹⁰⁹, pero no a interpretar su alcance.

En suma, la Sala encuentra que la interpretación lógica, sistemática, integral y racional del negocio convenido entre los contratantes, conduce a concluir, sin duda alguna, que Fendipetróleo debía adelantar el proyecto a su cargo, tendiente a la formación especializada del recurso humano de las estaciones de servicio afiliadas al gremio en la herramienta tecnológica Octopus EDS, sin que fuese necesario que aquellas, en los términos señalados en la demanda, “contaran” con la herramienta tecnológica, es decir, que estuviesen operando a través de la misma; lo que en estricto sentido se requería para cumplir con el objeto convenido era que los beneficiarios tuvieran acceso a la herramienta tecnológica y, por tanto, a sus componentes, al momento de efectuarse la respectiva capacitación.

6.4.2.2. Continuando con el examen de los cargos expuestos en el recurso de apelación, la Sala procederá a establecer si, como lo afirmaron las recurrentes, las actividades desarrolladas por Fendipetróleo giraron en torno a la formación especializada del personal de las estaciones de servicio -capacitación- o si, por el contrario, aquellas se centraron en la promoción y comercialización de la

¹⁰⁷ Código Civil. “Artículo 1508. <vicios del consentimiento>. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”.

¹⁰⁸ Al respecto, cabe señalar que en el presente caso la parte actora acudió a este sede judicial para solicitar, entre otros, la declaratoria de nulidad del convenio especial de colaboración, con fundamento en el argumento según el cual el representante legal de Fendipetróleo no fue autorizado por la junta directiva para suscribirlo.

¹⁰⁹ En lo que respecta al alcance de la labor del interventor en contratos exceptuados de la Ley 80. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1º de julio de 2020. Rad.: 47101.



herramienta tecnológica Octopus EDS, tal y como lo estimó el Tribunal en la sentencia de primera instancia.

Para tal efecto, le corresponde al juez del contrato determinar si se reúnen los elementos propios de la responsabilidad contractual, es decir, aquella que surge de la inexecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato existente y válido.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991¹¹⁰ consagra un régimen único de responsabilidad del Estado que se proyecta en el campo extracontractual y contractual y que supone la confluencia de dos elementos claramente diferenciados, a saber: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho¹¹¹, que contraría el orden legal¹¹² o que está desprovista de una causa que la justifique¹¹³. La imputación, por su parte, no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado. Verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, cualquiera que sea el régimen de responsabilidad de que se trate.

Conviene recordar que la responsabilidad contractual del Estado se fundamenta, en primer lugar, en la fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado entre las partes –*pacta sunt servanda*–¹¹⁴, expresamente reconocida en el artículo 1602 del Código

¹¹⁰ “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Rad.: 11945

¹¹² Cfr. De Cupis. Adriano. Teoría General de la Responsabilidad. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.1975. Pág.90.

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Rad.: 11499; Sentencia del 27 de enero de 2000, Rad.: 10867

¹¹⁴ Este principio, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones. Como enseña la doctrina:

“(…) las partes no pueden sustraerse al deber de observar el contrato de acuerdo con su tenor, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas.

(…) En el fondo, en la observancia del contrato y en la ejecución, reside el resultado práctico del contrato; es el resultado para cuya consecución se estipuló este. Y que el contrato deba ser



Civil que le confiere al negocio jurídico efectos de ley entre los contratantes, sobre la base de reconocer el poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, y, en segundo lugar, en la buena fe, que en el marco contractual se encuentra consagrada en los artículos 1603 *ejusdem* y 871 del Código de Comercio, en virtud de los cuales los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se pacta expresamente, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin necesidad de cláusula especial, armonizados, por supuesto, con los principios y reglas del derecho administrativo, tales como los de reciprocidad de las prestaciones y prevalencia del interés público, entre otros¹¹⁵.

En este orden, para que opere la responsabilidad contractual del Estado, se requiere: i) la existencia de un daño antijurídico, consistente en la lesión del derecho de crédito que emana del contrato como fuente de obligaciones y que confiere a las partes la facultad de exigir el cumplimiento de las prestaciones pactadas; y ii) la imputación del daño a la entidad contratante, la cual tiene lugar cuando se presenta un incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del negocio jurídico celebrado¹¹⁶, bien por la inexecución total de la obligación pactada o su ejecución defectuosa o tardía, sin que medie una causal de exoneración, de conformidad con las circunstancias particulares del caso y las condiciones pactadas en el respectivo negocio jurídico.

Precisamente al analizar la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993¹¹⁷, la Corte Constitucional en la sentencia C-333 de 1996, tras reconocer que el artículo 90 de la Carta Política constituye el tronco en el que se fundamenta la

observado, es decir, que las partes cumplan con lo que se estableció en él, es un principio que deriva de aquel (de orden ético) del respeto a la palabra dada y de la consideración de que (aún prescindiendo del hecho de que el contrato es por lo común de prestaciones recíprocas y que, por consiguiente, la observancia por uno de los contratantes es el presupuesto de la observancia por el otro) el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas..." Messineo, Francisco: Doctrina general del contrato. EJE: Buenos Aires. 1952, p. 143 y ss.

¹¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Ra.:17552.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010, Rad.:18499.

¹¹⁷ "Artículo 50. -De la responsabilidad de las entidades estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista"



responsabilidad patrimonial del Estado, tanto contractual como extracontractual, justamente recordó que en ambos escenarios se requieren las dos condiciones mencionadas para que opere la responsabilidad del Estado.

En efecto, sobre el particular la sentencia sostuvo:

“Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.

“La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces “la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual”¹¹⁸. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 “es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual

Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados.”¹¹⁹ (subrayado fuera del texto)

A su turno, en sentencia C-892 de 2001 la Corte Constitucional se refirió nuevamente al alcance del citado artículo constitucional en el escenario del contrato estatal, oportunidad en la que reiteró las conclusiones de la sentencia C-333 de 1996, en el sentido de señalar que la norma constitucional no consagra un criterio restringido de responsabilidad, circunscrito al ámbito extracontractual, sino que, por el contrario, establece una cláusula general de responsabilidad, indicando que la

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995.

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996.



noción de daño antijurídico subsume los distintos tipos de responsabilidad - extracontractual, precontractual y contractual-, sin que ello signifique dejar de lado las particularidades atinentes a la manera como cada una se estructura y las diferencias conceptuales que ciertamente se presentan en torno a los distintos ámbitos de aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado¹²⁰. Además, en punto a la responsabilidad contractual del Estado, enfatizó en que para que el daño antijurídico atribuido a la entidad contratante sea indemnizable se requiere que *“éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Administración; o, en otras palabras, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente”*¹²¹, a propósito de lo cual se refirió a los distintos criterios de imputación aplicables a la responsabilidad contractual.

Como se observa, en tratándose de responsabilidad contractual de la Administración, así como también en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, la existencia de un daño antijurídico y su imputación son elementos claramente diferenciados, cuya confluencia origina la obligación reparatoria.

Ahora bien, atendiendo a las particularidades propias de la responsabilidad contractual, vale decir, la que se deriva del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas por los contratantes, por cuya virtud la

120 Es así como, la sentencia C-892 de 2001 indicó: *“A propósito de ello, este alto Tribunal, coincidiendo con la línea doctrinal elaborada por el Consejo de Estado, en la Sentencia C-333 de 1996, se pronunció sobre el verdadero alcance de esta norma, aclarando que la misma, al margen de establecer el imperativo jurídico de la responsabilidad estatal, consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos y, por tanto, se proyecta indistintamente en el ámbito extracontractual, precontractual y contractual. En este sentido, no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de responsabilidad como se pudo interpretar en algunos círculos, circunscrito tan solo al campo extracontractual, pues, según lo expresado, de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal -contractual, precontractual y extracontractual-*.

[...]

No obstante lo dicho, debe aclararse, tal y como lo hizo la citada providencia, que la existencia de un régimen unificado en ningún caso borra las diferencias conceptuales que se registran en torno a los distintos ámbitos de aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado. En realidad, la pretensión constitucional se limita a subsumir bajo el concepto de daño antijurídico los distintos tipos de responsabilidad -extracontractual, precontractual y contractual-, dejando a salvo la manera como cada una se estructura, se configura y se materializa dentro del campo del derecho público. [...].”

121 Ibidem.



parte incumplida debe responder por los perjuicios que le ocasione a su cocontratante por la falta o falla en la prestación debida, además de la existencia y validez del contrato celebrado entre las partes, debe encontrarse establecido el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso o tardío de la obligación, la causación de un perjuicio y el vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el daño^{122_123}.

¹²² Lo expuesto sobre los elementos de la responsabilidad contractual del Estado con apoyo en lo dispuesto en el citado artículo 90 de la Constitución Nacional, ha sido reiterado por esta Corporación en numerosas ocasiones. Por ejemplo, en sentencia proferida el 22 de julio de 2009 la Sala precisó: *“Este marco jurídico, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, regido desde la altura del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, es en buena medida aplicable a la contratación pública (Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), porque la responsabilidad contractual de una entidad pública contratante puede comprometerse con fundamento en la culpa (Art. 50 ejusdem), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales, la cual debe ser analizada, entre otras, de acuerdo con las reglas explicadas en precedencia del régimen del derecho común, pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público.*

[...]

“Ahora bien, sabido es que existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento.” Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009, Rad.: 17.552.

¹²³ Sobre la responsabilidad contractual y sus elementos, la Corte Suprema de Justicia ha precisado: *[...] Trátase aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.*

[...]

Si los contratos legalmente celebrados ‘son una ley para los contratantes’ (art. 1602 C.C.) y, por consiguiente, ‘deben ejecutarse de buena fe’ y ‘obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella’ (art. 1603 ib.), lógico resulta que su incumplimiento injustificado esté sancionado por la ley misma y que tal comportamiento, por ende, habilite al contratante inocente para solicitar, por una parte, se ordene su cumplimiento forzado o se disponga su resolución y, por otra, cuando la infracción le ha ocasionado un daño, que se le indemnice, reparación que puede reclamar en forma accesoria a la petición de cumplimiento o resolución o en forma directa, si lo anterior no es posible

[...]

Sobre el particular tiene dicho esta Sala de la Corte: ‘El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados’ (Subrayado fuera del texto original). Sentencia CSJ Sala de Casación Civil, 9 de marzo de 2001, rad. 5659.



Como es bien sabido, los contratos se celebran para ser cumplidos al tenor de lo estipulado. Como consecuencia del carácter vinculante del negocio jurídico, las partes se encuentran obligadas a ejecutar sus prestaciones en forma íntegra, efectiva y oportuna, de tal manera que su inobservancia, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, origina la obligación de reparar los perjuicios causados, responsabilidad que sólo admite exoneración, en principio, por fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y de conformidad con las condiciones estipuladas en la convención¹²⁴.

Adicionalmente, en principio es carga del actor demostrar todos los elementos de la responsabilidad y, dentro de ellos, no solamente el incumplimiento de la obligación a cargo de la demandada, sino también el perjuicio, el cual, de acuerdo con lo afirmado en la demanda, corresponde al valor que fue girado por la entidad pública como anticipo.

Con relación a la oportunidad de cumplimiento, se debe tener en cuenta que el deudor debe cumplir su obligación cuando la misma es exigible, circunstancia que se presenta: (i) cuando es pura y simple, desde su nacimiento; (ii) si es a plazo, al vencimiento del mismo y (iii) si es condicional, al cumplirse la condición.

Ahora bien, si una vez la obligación es exigible y la misma no es satisfecha por el deudor, se produce el retardo que puede tener lugar por la inejecución de la obligación principal o por su ejecución defectuosa o tardía, pero para que tal retardo permita al acreedor tener derecho a la indemnización de perjuicios, es necesario además: (i) que el incumplimiento sea imputable al deudor; (ii) que el acreedor haya sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento y (iii) que si la obligación es positiva, el deudor esté constituido en mora¹²⁵.

Descendiendo al caso concreto, a la vista de los hechos probados en el caso sub examine y del derrotero probatorio expuesto, así como también del alcance de los compromisos acordados por las partes en el convenio especial de cooperación n.º

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Al respecto, establece el artículo 1615 del Código Civil: “CAUSACION DE PERJUICIOS. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”



00109 del 1º de julio de 2011, la Sala no advierte que Fendipetróleo haya incumplido el objeto del convenio, pues no está probado que, en lugar de desarrollar tareas tendientes a la formación especializada de los trabajadores de las estaciones de servicio en la herramienta tecnológica Octopus EDS, se hubiera ocupado de comercializar o promocionar la herramienta, como pasa a exponerse.

En este sentido, adentrándonos en el examen de los hechos sucedidos durante la ejecución del convenio, se aprecia que el 19 de septiembre y 21 de octubre de 2011 la interventoría realizó visitas a las instalaciones de Fendipetróleo para constatar el avance en las acciones de formación (hechos probados 6.2.1.1.10. y 6.2.1.1.19.) y que el 23 y 24 de septiembre, el 5, 7 y 14 de octubre, y el 2 de noviembre de 2011, efectuó visitas de verificación en varias estaciones de servicio beneficiarias del proyecto, con el fin de determinar que la capacitación se estuviese adelantado de acuerdo con lo acordado, entre ellas, en las estaciones López Olano S.A.S. de Bogotá, Los Guadales de Cali, Cooperativa la Boyana de Transportes Ltda. de Pitalito, Cootransgar Ltda. de Garzón, BRIO Calle 71 de Bogotá, la ubicada en carrera 30 n.º 2 – 38 de Bogotá, TEXACO de la NQS de Bogotá, y la ubicada en carrera 69F n.º 20 – 17 de Bogotá (hechos probados 6.2.1.1.11., 6.2.1.1.10., 6.2.1.1.12., 6.2.1.1.13., 6.2.1.1.14., 6.2.1.1.15., 6.2.1.1.16. , 6.2.1.1.17., 6.2.1.1.19., y 6.2.1.1.20.).

Al respecto, en las visitas efectuadas el 19 de septiembre y 21 de octubre de 2011 a las instalaciones de Fendipetróleo, la interventoría advirtió: que faltaba por capacitar a 992 beneficiarios y que se había entregado el material de formación, al punto que recomendó tomar medidas conducentes para acelerar la ejecución de las acciones de formación, todo lo cual conduce a concluir que, aunque las capacitaciones no se realizaban en los tiempos estimados, en efecto sí se estaban desarrollando (hechos probados 6.2.1.1.10. y 6.2.1.1.19.).

De otra parte, en la visita practicada el 23 de septiembre de 2011 a la estación de servicio López Olano S.A.S. de Bogotá, la interventoría constató: que se impartió capacitación en la unidad temática correspondiente a la formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en isla, que la metodología utilizada fue teórico-práctica, que a la capacitación asistieron beneficiarios de la población objeto del proyecto, que la capacitadora tenía conocimiento acerca de la herramienta, que



se le entregó a los beneficiarios el material de formación y que durante la capacitación los beneficiarios contaron con un datáfono como insumo (hecho probado 6.2.1.1.11.).

En el mismo sentido, en la visita realizada el 23 de septiembre de 2011 a la estación de servicio Los Guadales de Cali, la interventoría constató: que se impartió capacitación en la unidad temática correspondiente a la formación especializada para la operación de venta en las áreas de servicio, que la capacitación tan solo era teórica, porque no se utilizaron insumos audiovisuales, no obstante lo cual puso de presente que los encuestados -beneficiarios- manifestaron que la capacitación sí fue teórico-práctica, que los beneficiarios fueron 6 y que los mismos estaban vinculados a empresas de la agremiación, que el capacitador tenía un “*excelente conocimiento del tema*” y que la metodología para desarrollar el tema fue “*excelente*”, que la capacitación se dictó directamente en los puestos de trabajo, que a los beneficiarios se les entregó una cartilla y un CD relacionados con la utilización de la herramienta tecnológica Octopus EDS, que durante la capacitación se contó con un (1) equipo portátil y terminales Octopus a cargo de los beneficiarios (hecho probado 6.2.1.1.12.).

Igualmente, en la visita practicada el 23 de septiembre de 2011 en la estación de servicio Cooperativa la Boyana de Transportes Ltda. de Pitalito, la interventoría constató: que se impartió capacitación en la unidad temática correspondiente a la formación especializada para la operación de venta en las áreas de servicio y que el 100% de los beneficiarios consideró que la capacitación contribuyó en el mejoramiento de sus funciones, porque les permite tener un mayor control de sus inventarios y realizar sus labores con mayor eficiencia, que la capacitación tuvo una metodología teórico-práctica, cumpliendo con lo aprobado en el proyecto, que se estaba capacitando al personal perteneciente al gremio, que el capacitador conocía la herramienta, que la metodología utilizada era “*excelente*”, que durante la capacitación se les entregó a los beneficiarios una cartilla y un CD acerca del funcionamiento de la herramienta Octopus EDS y que en la visita se observó la utilización de datafonos y un software de entrenamiento en un computador (hecho probado 6.2.1.1.13.).



De igual forma, en la visita practicada el 24 de septiembre de 2011 en la estación de servicio Cootransgar Ltda. de Garzón, la interventoría constató: que se impartió capacitación en la unidad temática correspondiente a la formación especializada en Octopus EDS para la auditoría y control de estaciones de servicio, que la capacitación, según lo indicado por los beneficiarios, contribuyó al mejoramiento de sus funciones porque les permite un mayor control de los inventarios, que la metodología utilizada fue teórico-práctica, que el capacitador conocía muy bien la herramienta que la metodología utilizada fue “excelente”, que a los beneficiarios se les entregó una cartilla y un CD acerca del manejo de la herramienta Octopus EDS, que durante la capacitación se utilizaron datáfonos y que la capacitación se adelantó en las islas de trabajo (hecho probado 6.2.1.1.14.).

Asimismo, en la visita realizada el 5 de octubre de 2011 en la estación BRIO Calle 71 de Bogotá, la interventoría constató: que la capacitación fue teórico-práctica, que a los beneficiarios se les entregó una cartilla y un CD acerca del manejo de la herramienta Octopus EDS y que el capacitador no utilizó ayudas audiovisuales (hecho probado 6.2.1.1.15.).

Por su parte, en la visita efectuada el 7 de octubre de 2011 en la estación de servicio ubicada en la carrera 30 n.º 2 – 38 de Bogotá, se constató: que se impartió capacitación en la unidad temática correspondiente a la formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en las áreas de servicio, que la metodología aplicada fue teórico-práctica, que los beneficiarios hacían parte de la agremiación, que el capacitador conocía la herramienta, que los beneficiarios recibieron el material y que durante la misma se utilizaron datafonos como insumo (hecho probado 6.2.1.1.16.).

Igualmente, en la visita llevada a cabo el 7 de octubre de 2011 en la estación TEXACO NQS ubicada en la carrera 30 n.º 75 – 56 de Bogotá, la interventoría constató: que se impartió capacitación en la unidad temática correspondiente a la formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en las áreas de servicio, que la metodología aplicada fue teórico-práctica, que a los beneficiarios se les entregó como material una cartilla acerca del funcionamiento de la herramienta (hecho probado 6.2.1.1.17.).



Asimismo, en la visita practicada el 14 de octubre de 2011 en la estación de servicio ubicada en la carrera 69F n.º 20 – 17 de Bogotá, la interventoría constató: que se impartió capacitación en la unidad temática correspondiente a la formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en las áreas de servicio, que los beneficiarios hacían parte del proyecto, que a los beneficiarios se les entregó el material, que durante la capacitación se verificó el uso de un datáfono y un computador portátil “*adecuados para el tipo de formación*” (hecho probado 6.2.1.1.18.).

Finalmente, en la visita realizada el 2 de noviembre de 2011 en la estación de servicio ubicada en la calle 6 sur n.º 52 – 65 de Medellín, la interventoría constató: que se impartió la capacitación en la unidad temática correspondiente a la formación especializada en Octopus EDS para la administración de la estación de servicio, que la mitad de los beneficiarios consideraron que la capacitación fue teórico-práctica y el otro 50% únicamente teórica, que durante la capacitación se utilizaron datafonos y que se les entregó a los beneficiarios una cartilla y un CD acerca del manejo de la herramienta Octopus EDS. (hecho probado 6.2.1.1.20.)

En este orden de ideas, y a partir de los informes referidos, que por demás son las únicas pruebas emanadas de la interventoría durante el plazo de ejecución del contrato, se advierte que Fendipetróleo adelantó actividades de capacitación en diferentes unidades temáticas, tales como: formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en las áreas de servicio, formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en isla y formación especializada en Octopus EDS para la auditoría. Además, se observa que en la gran mayoría de los casos los beneficiarios de la capacitación tuvieron a su disposición datáfonos y computadores y que, igualmente, les fue entregada una cartilla y un CD, lo que permite dar cuenta que sí recibieron instrucción en la herramienta tecnológica Octopus EDS, conclusión que se ve reforzada a partir del resultado de las encuestas que les fueron practicadas a 164 beneficiarios, quienes, frente a la pregunta acerca de si fueron capacitados en optimización de la gestión operativa con la herramienta tecnológica Octopus EDS, de forma unísona respondieron que sí (prueba relevante 6.2.1.2.6.).



Ahora bien, a pesar de que la interventoría en el informe de incumplimiento presentado al SENA el 29 de diciembre de 2011 -momento para el cual ya había fenecido el plazo de ejecución del contrato - manifestó que Fendipetróleo pretendió hacer valer sus actividades como una capacitación, *“cuando en realidad es la información y promoción de un producto a un grupo de personas que se desempeñan como operarios o administrativos de estaciones de servicio, buscando generar interés para su adquisición”* (hecho probado 6.2.1.1.24.), lo cierto que el fundamento principal de su consideración partió del argumento según el cual, para que las actividades realizadas por la demandada se pudieran considerar una capacitación propiamente dicha era menester que las estaciones de servicio “contaran” con la herramienta tecnológica Octopus EDS, aspecto que ya fue descartado por esta Sala (F.J. 6.4.2.1.), todo lo cual conduce a desvirtuar lo afirmado por la interventoría sobre este particular.

De otro lado, si bien se aprecia que el 15 de septiembre de 2010 Fendipetróleo y Towertech Américas S.A. celebraron un convenio de cooperación con el objeto de buscar alternativas tecnológicas aplicables a las estaciones de servicio para mejorar el incremento de sus ingresos, realizar un control de toda la operación y que se presente un servicio más eficaz y eficiente al público (hecho probado 6.2.1.1.1) y que el 7 de julio de 2011 las mismas partes suscribieron un contrato de prestación de servicios, con el objeto de que esta última, quien desarrolló la herramienta tecnológica Octopus EDS, ejecutara las acciones de formación especializada del proyecto aprobado por el SENA (hecho probado 6.2.1.1.7.), la celebración de estos negocios jurídicos no resulta ser un elemento que por sí solo permita concluir que las actividades desarrolladas por Fendipetróleo, a través de Towertech Américas S.A., en el marco del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 se encaminaron a la promoción y comercialización de la herramienta, máxime cuando los informes de interventoría emanados durante la ejecución del contrato, dan cuenta de que en efecto Fendipetróleo, a través de Towertech S.A., sí ejecutó actividades de capacitación.

Lo anterior, parte de la base de recordar que el soporte sobre el que se estructura el régimen contractual es el mutuo consentimiento de las partes que da lugar al nacimiento de obligaciones recíprocas, como expresión de la autonomía de la voluntad y del que emerge la fuerza vinculante del negocio jurídico libremente



convenido y el deber de ejecutar lo acordado en los términos pactados.¹²⁶ El principio enunciado *–pacta sunt servanda*, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones. Tanto es así, que toda la estructura jurídica construida sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y voluntariamente.

En efecto, la fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él, teniendo éstas la facultad de limitar su libertad para asumir un deber de conducta en razón a una determinada causa. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, recogen este principio en los artículos 1602 y artículo 871, respectivamente, según los cuales los contratos válidamente celebrados son ley para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales¹²⁷.

En este orden de ideas, se concluye que la demandante no cumplió con la carga probatoria que impone el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual le compete a la parte probar los hechos que pretende hacer valer, pues, contrario a lo afirmado en la demanda, las pruebas arrojadas al proceso, particularmente los informes de interventoría, no dan cuenta de que Fendipetróleo en lugar de efectuar acciones tendientes a la formación especializada de los trabajadores de las estaciones

¹²⁶ Sobre el particular, señala la doctrina:

“(...) que las partes no pueden sustraerse al deber de observar el contrato de acuerdo con su tenor, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas.

“(...) En el fondo, en la observancia del contrato y en la ejecución, reside el resultado práctico del contrato; es el resultado para cuya consecución se estipuló este. Y que el contrato deba ser observado, es decir, que las partes cumplan con lo que se estableció en él, es un principio que deriva de aquel (de orden ético) del respeto a la palabra dada y de la consideración de que (aún prescindiendo del hecho de que el contrato es por lo común de prestaciones recíprocas y que, por consiguiente, la observancia por uno de los contratantes es el presupuesto de la observancia por el otro) el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas...” Messineo, Francisco: Doctrina general del contrato. EJEA: Buenos Aires. 1952, p. 143 y ss.

¹²⁷El artículo 1602 del Código Civil dispone: *“LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Por su parte, el artículo 871 del Código de Comercio, dispone: *“PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.



de servicio en la herramienta tecnológica Octopus EDS hubiera realizado una promoción y comercialización de la misma.

En suma, como no se probó que en efecto Fendipetróleo haya incumplido el objeto del convenio, la Sala negará la pretensión y, en tal sentido, revocará la sentencia de primera instancia.

6.4.2.3. De la liquidación judicial del convenio

En las pretensiones subsidiarias de la demanda la parte actora solicitó, entre otros, liquidar judicialmente el convenio, pretensión a la accedió el Tribunal en la sentencia de primera instancia, ordenando en tal sentido el reconocimiento de la suma de \$710.804.713 a favor del SENA. Por su parte, en su recurso de apelación Fendipetróleo, inconforme con la decisión, indicó que el SENA debía reconocerle saldos a su favor.

Sobre este particular, cabe resaltar que aun cuando el contrato sometido a juicio se rige de modo preferente por el derecho privado, la Sala estima procedente estudiar las pretensiones relativas a su liquidación judicial, pues así lo solicitó la parte actora en su demanda, aspecto que por demás fue controvertido por Fendipetróleo en la apelación. Lo anterior, sobre la base de que, tratándose del medio de control de controversias contractuales, que es el mecanismo idóneo para obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal, las partes pueden solicitar que se hagan declaraciones y condenas, entre estas, que se declare judicialmente liquidado el contrato.

De conformidad con lo establecido en la cláusula quinta del convenio, su valor fue de \$1.382.703.300, distribuido así: (i) \$1.106.162.240 por el SENA; y (ii) \$276.540.663 por Fendipetróleo. Por su parte, en la cláusula sexta se estipuló que el SENA desembolsaría un 50% a título de anticipo, cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, y el otro 50% una vez culminadas las acciones de formación y cumplidas las demás obligaciones pactadas en este convenio, previo concepto de la supervisión o la interventoría (hecho probado 6.2.1.1.4.).



Al respecto, en el proceso quedó acreditado que el 12 de julio de 2011 el SENA giró a orden de Fendipetróleo la suma de \$553.081.320, correspondiente al 50% de la contrapartida que se comprometió a pagar como anticipo (hecho probado 6.2.1.1.8.). Además, se probó que Fendipetróleo, por su parte, giró la suma de \$276.540.660 por concepto de gastos de contrapartida (hecho probado 6.2.1.1.9.).

Ahora bien, aunque no está probado que el SENA haya girado el restante 50% de la contrapartida, también lo es que en el presente caso no está acreditado que estuviesen dadas las condiciones para que la entidad pagara esta suma de dinero, porque no consta que Fendipetróleo hubiera efectuado y culminado las acciones de formación respecto de todos los beneficiarios del proyecto -1936- (prueba relevante 6.2.1.2.2.).

De hecho, si bien reposan 8 informes de interventoría que dan cuenta del desarrollo de capacitaciones en la herramienta Octopus EDS en algunas estaciones de servicio del país (hechos probados 6.2.1.1.11., 6.2.1.1.12., 6.2.1.1.13., 6.2.1.1.14., 6.2.1.1.15., 6.2.1.1.16. , 6.2.1.1.17., y 6.2.1.1.20.), 27 informes de interventoría correspondientes a la evaluación final de ciertas capacitaciones (prueba relevante 6.2.1.2.5.), algunas listas de asistencia a las capacitaciones dictadas en las diferentes unidades temáticas, en las que se pudo constatar que se efectuó la formación especializada a 107 beneficiarios (prueba relevante 6.2.1.2.3.) y encuestas practicadas a 164 beneficiarios (prueba relevante 6.2.1.2.6.), para la Sala estas pruebas por sí solas no son suficientes para demostrar que Fendipetróleo culminó todas las acciones de formación respecto de la totalidad de los beneficiarios, que ascendieron a la suma de 1936 (prueba relevante 6.2.1.2.2.).

Como no obra prueba que permita a la Sala definir saldos a favor de alguna de las partes y particularmente que lleven a demostrar que el SENA debía girar a órdenes de Fendipetróleo el restante 50% de la contrapartida, se declarará liquidado el convenio sin saldo a favor de ninguna de ellas.

En consecuencia, la Sala modificará la sentencia del 25 de enero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que: (i) declaró el incumplimiento del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011; (ii) condenó a Fendipetróleo, a título de indemnización de perjuicios, al pago de \$710.804.713;



(iii) declaró judicialmente liquidado el convenio en la suma de \$710.804.713 a favor del SENA; (iv) condenó a la aseguradora Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. al pago de la condena, hasta el límite del valor asegurado por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo; (v) negó las demás pretensiones de la demanda; y (vi) condenó en costas a las demandadas, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, esto es, al constatar: que Fendipetróleo no incumplió el objeto del convenio y que no existen pruebas en el proceso que permitan definir saldos a favor de las partes.

8. Condena en costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que, “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Al punto, el artículo 365 del Código General del Proceso, vigente para el momento en el que se interpuso la demanda, establece las siguientes reglas para proceder a la condena en costas, a saber:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

[...]

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

[...]

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, por concepto de agencias en derecho¹²⁸, pues los recursos de

¹²⁸ Cfr. Art. 365 y ss. CGP.



apelación interpuestos por las demandadas le fueron resueltos de forma desfavorable, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

Al efecto, de conformidad con lo establecido en los numerales 3¹²⁹ y 4¹³⁰ del artículo 366 *ibídem*, en concordancia con el artículo 6¹³¹ del Acuerdo No. 1887 del 26 de junio 2003, “*por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho*”, vigente para el momento de la presentación de la demanda, según el cual tratándose de procesos que se surten en segunda instancia ante lo contencioso administrativo la tarifa de agencias en derecho será de hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, la Sala fija las agencias en derecho en esta instancia en el 0.5% de \$600.000.000, que corresponden a la suma de \$3.000.000 y que se consideran causadas y comprobadas en razón de la naturaleza, calidad y cuantía del proceso, así como también de la actuación desplegada por la parte vencedora¹³².

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

¹²⁹ “3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado [...] Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará”.

¹³⁰ “4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

¹³¹ “Artículo. 6—Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:

(...).

III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

(...)

3.1.3. Segunda instancia.

Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.

¹³² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Rad.: 51034



RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 25 de enero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedará así:

“PRIMERO: DECLÁRESE liquidado judicialmente el convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 sin saldo a favor de las partes.

SEGUNDO: Negar las demás pretensiones de la demanda”.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 366 y 365.8 del Código General del Proceso.

Fijar por concepto de agencias en derecho en segunda instancia la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000) en favor de Fendipetróleo y Chubb Seguros Colombia S.A.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría REMITIR el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado