

ORDEN DE COMPRA – Naturaleza – Cláusulas no expresas – Acuerdo Marco de Precios - Contrato - Aplicación de la ley 1150 de 2007, artículo 2, parágrafo 5

[...] la orden de compra es un documento-contrato- cuyas cláusulas no están expresamente establecidas en él, sino que incorporan aquellas pactadas entre CCE y los proveedores parte del acuerdo marco. Así las cosas, el acuerdo marco de precios celebrado entre Colombia Compra Eficiente y varios proveedores establece el clausulado de las órdenes de compra que se coloquen (celebren) en desarrollo de ese negocio jurídico. Lo anterior se deriva con claridad del inciso 3 del parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que prescribe: “[e]n consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor, se constituirá un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo”.

COMPETENCIA DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - Límites competenciales de la Agencia Competencia no se extiende a las órdenes de compra

[...] Colombia Compra Eficiente había adelantado un procedimiento sancionatorio que culminó con un acto de archivo que se presumía legal. Sobre este particular, se considera importante advertir que las competencias de Colombia Compra Eficiente se refieren exclusivamente a la declaratoria de incumplimiento del acuerdo marco de precios, contrato estatal del cual hace parte. Su competencia no se extiende a la orden de compra, contrato estatal independiente del cual no hace parte la Agencia, ni sus actos de archivo privan a las entidades estatales compradoras de solicitar judicialmente la declaratoria de incumplimiento.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 2 de diciembre de 2025

Radicación: 25000-23-36-000-2020-00311-01 (70801)
Demandante: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF
Demandado: Subatours SAS y otro
Referencia: Controversias contractuales

Temas: controversias contractuales incumplimiento del contrato indebida facturación valoración probatoria de documentos condena en abstracto prueba de la existencia del perjuicio prueba de la cuantía y monto del perjuicio

Síntesis: Una entidad estatal solicitó la declaratoria de incumplimiento de un contrato por parte de su contratista, ya que este reportó costos superiores a los pagados a las aerolíneas por los tiquetes que le suministraba a la entidad. Tales costos eran una de las variables para calcular el pago que se realizaría al contratista.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida el 19 de julio de 2023 por la Subsección C, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, que negó las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante. 1.2. Posición de la parte demandada. 1.3. Sentencia de primera instancia. 1.4. Recurso de apelación.

1.1. Posición de la parte demandante

1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante la entidad, el Instituto, el ICBF o la demandante) presentó **demanda**², en ejercicio del medio de control de **controversias contractuales**, en contra de Subatours SAS (en adelante la demandada o Subatours), en la que se incluyó como litisconsorte necesario a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (en adelante CCE o la Agencia), con las siguientes **pretensiones** (se transcribe):

2.1. Se declare el incumplimiento de las obligaciones a cargo de SUBATOURS S.A.S, contenidas en las cláusulas 8º, 10º y 11 (numerales 11.4 y 11.6) del “Acuerdo Marco de Precios para el suministro de Tiquetes

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² Interpuesta el 30 de septiembre de 2020, subsanada el 1 de marzo de 2021, y reformada el 14 de junio de 2021 Expediente electrónico, índice Samai 2, documentos 5 y 23.

Radicación:	25000-23-36-000-2020-00311-01 (70801)
Demandante:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF
Demandado:	Subatours SAS y otros
Referencia:	Controversias contractuales
Decisión:	Revoca parcialmente la Sentencia

Aéreos CCE-283-1-AMP-2015", celebrado el 17 de septiembre de 2015, entre Colombia Compra Eficiente y Expresos Viajes y Turismo Expreso S.A.S., Agencia de Viajes y Turismo Goldtour, Mayatur S.A.S., Servicios Aéreos a Territorios Nacionales, Subatours S.A.S., Unión Temporal Novatours – Vision Tours 04-2015; contrato al que se adhirió el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia De la Fuente de Lleras" -ICBF-, a través de la orden de compra No. 13098 del 22 de diciembre de 2016.

2.2. Se condene a SUBATOURS SAS, a pagar la suma de MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS ((\$ 1.198.437.877) MONEDA LEGAL o la suma de mayor valor que resulte probada y sustentada en el proceso judicial, como valor a reintegrar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia De la Fuente de Lleras" -ICBF-, de acuerdo con el ejercicio de contraste de precios realizado por auxiliar de la justicia que evidencie la diferencia entre el valor cobrado por la agencia de viajes demandada, con el valor efectivamente pagado a cada aerolínea, conforme se indica en el informe final de supervisión y sus documentos anexos.

2.3. Se condene a SUBATOURS S.A.S., a pagar la suma de MIL DOSCIENTOS QUINCE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.215.245.606), o la suma de mayor valor que resulte probada y sustentada en el proceso judicial, como cláusula penal establecida en el Acuerdo Marco de Precios de suministro de tiquete en favor de las entidades compradoras.

2.4. Se liquide en sede judicial la Orden de Compra No. 13098, derivada del Acuerdo Marco de Precios para el suministro de Tiquetes Aéreos CCE-283-1-AMP-2015, la cual fue emitida el 22 de diciembre de 2016 -en el ICBF se identifica internamente como el Contrato No. 1816- decretando los ajustes, revisiones, reconocimientos y, en especial, reintegros económicos a los que haya lugar, con sus respectivos rendimientos financieros e indexaciones, de conformidad con lo señalado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, subrogado por la Ley 1150 de 2007, art. 11.

2.5. Se indexen y se actualicen las sumas de dinero a las que resulte condenada la demandada como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento y liquidación judicial a la Orden de Compra No. 13098, derivada del Acuerdo Marco de Precios para el suministro de Tiquetes Aéreos CCE-283-1-AMP-2015, la cual fue emitida el 22 de diciembre de 2016 -en el ICBF se identifica internamente como el Contrato No. 1816-, al momento de dictar la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.6. Solicito al Honorable Tribunal, condenar en costas a la entidad demandada.

2. La parte demandante basó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes **hechos**:

3. 1) El 17 de septiembre de 2015 se suscribió un Acuerdo Marco de Precios entre Colombia Compra Eficiente y varios proveedores para el "suministro de Tiquetes Aéreos".

4. 2) El 22 de diciembre de 2016, el ICBF emitió una orden de compra, luego de llevarse a cabo la selección del contratista por la vía de la Selección Abreviada con el procedimiento de acuerdo marco de precios, a Subatours. El plazo de ejecución finalizaba el 17 de septiembre y el presupuesto oficial del proceso era de \$11.986.565.766.

5. 3) Durante la ejecución de la orden de compra se suscribió una adición por \$500.000.000 y dos prórrogas que llevaron a que el plazo de ejecución el 22 de diciembre de 2017.

6. 4) El supervisor remitió a la Agencia un informe por un presunto incumplimiento de la contratista³. CCE archivó la actuación al encontrar que se había acreditado el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista².

7. 5) De conformidad con la información obtenida con las aerolíneas Avianca, Easyfly, LATAM y SATENA, el ICBF pudo comprobar que Subatours cobró a la entidad valores superiores a los pagados a cada aerolínea.

8. 6) La cláusula octava del acuerdo marco estableció una fórmula para determinar el precio a pagar por cada tiquete que tenía como una de sus variables el precio neto del tiquete definido por la aerolínea.

9. 7) Al contrastar la información suministrada por Subatours con aquella entregada por las aerolíneas se encontró una diferencia de precio en los tiquetes de: \$600.137.844 en Avianca, \$69.181.150 en Easyfly, \$108.685.641 en Latam, \$86.323.046 en Satena, para un total de \$864.327.681.

10. 8) *"La suma total del valor cobrado irregularmente por parte de Subatours SAS no ha podido ser determinada de forma total por cuanto la sociedad no cumplió con la obligación contenida en la cláusula 10 de Facturación y pago"*.

11. En el apartado de los hechos se expresó que *"la falta de documentación, a pesar de los múltiples requerimientos hechos a Subatour SAS, hace inminente la necesidad de que sea el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien proceda a realizar la liquidación (...) de la orden de Compra"*.

12. En los fundamentos de derecho, luego de hacer un recuento de los acuerdos marco de precios y del "caso concreto" se indicó que la entidad tenía derecho a la cláusula penal correspondiente a un 10% del valor de la orden de compra, equivalente a \$1.215.245.606. El valor de esa orden fue de \$12.152.456.061.

1.2. Posición de la parte demandada

13. Subatours **contestó la demanda**⁴ y solicitó que se negaran las pretensiones. Los argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

14. La ejecución de la orden de compra 13908 se realizó de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables. Subatours allegó toda

³ En la demanda no se refirió con precisión el incumplimiento alegado.

⁴ Expediente digital, índice Samai 2, documento 31.

la información durante la ejecución del contrato de acuerdo con lo pactado.

15. CCE adelantó un procedimiento sancionatorio en aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y este fue archivado. Lo anterior desvirtúa todos los presuntos incumplimientos de Subatours. Además, “el procedimiento sancionatorio (...) únicamente puede adelantarse por parte de Colombia Compra Eficiente CCE”. Lo anterior de conformidad con la cláusula 18 del Acuerdo Marco de Precios.

16. Con base en lo anterior, la entidad demandada propuso las excepciones denominadas “Inexistencia del perjuicio alegado por el demandante por falta de soportes para demostrar objetivamente el incumplimiento o el sobrecosto en los tiquetes”, “la liquidación del contrato no puede incluir conceptos correspondientes a incumplimientos que no se encuentran probados”, “sin perjuicios de las demás excepciones, de manera subsidiaria, la cláusula penal pecuniaria en ningún caso podría cobrarse en su totalidad”. Por ello argumentó que debía darse un cobro proporcional de la cláusula penal. En este aparte hizo un cálculo de lo facturado de más sobre el valor total del contrato para concluir que el máximo de condena podría ser de \$1 19.094.069.

17. Colombia Compra Eficiente **contestó la demanda**⁵ y solicitó que se declarara que no estaba llamada a responder como litisconsorte necesario de las pretensiones de la demanda. Los argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

18. La agencia realizó todas las actuaciones dentro de un proceso sancionatorio para determinar la ocurrencia de un posible incumplimiento en la orden de compra 13098.

19. De los documentos aportados por el ICBF se extrae que esa entidad logró demostrar el incumplimiento de la contratista. Sin embargo, esto fue superado con una consignación de Subatours a ese Instituto.

20. CCE propuso la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva”. Para sustentar su posición explicó que los acuerdos marco de precios son un contrato y las órdenes de compra otro contrato celebrado al amparo del acuerdo marco.

1.3. Sentencia recurrida

21. El 19 de julio de 2023 la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **Sentencia**⁶, en la cual declaró la falta de legitimación en la causa de Colombia Compra Eficiente, liquidó la orden de compra 13098, en el sentido de dejar a paz y salvo a las partes, y

⁵ Expediente digital, índice Samai 2, documento 30.
⁶ Expediente digital, índice Samai 2, documento 70.

negó las demás pretensiones de la demanda. La decisión fue adoptada, en síntesis, con base en los siguientes argumentos:

22. Las transacciones derivadas de los acuerdos marco de precios están compuestas por dos negocios jurídicos. El primero es el acuerdo celebrado entre Colombia Compra Eficiente y los proveedores, y el segundo la orden de compra suscrita por la entidad compradora y el proveedor que ofrezca las mejores condiciones. En ese escenario, la Agencia solamente cumple la *"labor inicial de constituir el marco de condiciones y términos, a partir del cual cada entidad interesada puede adelantar el proceso de selección y formular la orden de compra correspondiente"*, por lo cual se declaró la falta de legitimación pasiva en la causa. Sin embargo, determinó que era un tercero con interés en las results del proceso, pues le correspondía hacer efectivas las consecuencias de las cláusulas contractuales relacionadas con los incumplimientos del Acuerdo Marco.

23. No se acreditó el incumplimiento del contrato relacionado con no haber atendido la cláusula pactada, ni la falta de presentación de los tiquetes. Al respecto indicó que en los informes 3 y 4 de supervisión se relacionaron las certificaciones para pagos suscritas y el cumplimiento del contratista.

24. De igual manera, se puso de presente que CCE adelantó y archivó un procedimiento de incumplimiento, lo que implicó que existe un acto administrativo en firme que se presume legal.

25. Finalmente, se sostuvo que, si bien el cálculo del ICBF, y que obra en el informe final, y en el alcance al informe final, se hizo con base en la información allegada por las aerolíneas, *"lo cierto es que no es información veraz, en tanto no se verificó el valor con el que Subatour negoció cada tiquete con cada aerolínea"*. Además, no se entregó el dictamen pericial que había sido solicitado por la entidad para acreditar el cruce real de la información a efectos de determinar el monto preciso de los perjuicios sufridos.

26. A continuación, se puede leer la parte resolutive de la Sentencia recurrida (se transcribe):

"PRIMERO: DECLARAR LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

SEGUNDO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE la orden de compra No. 13098 emitida por el ICBF el 22 de diciembre de 2016, derivada del acuerdo marco de precios para el suministro de tiquetes aéreos CCE-283-1-AMP-2015, en el sentido de declarar las partes a paz y salvo.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: NO CONDENAR en costas.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría DEVUÉLVASE al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y ARCHÍVESE el expediente.

1.4. Recurso de apelación y trámite en segunda instancia

27. La parte demandante presentó **recurso de apelación**⁷ en contra de la Sentencia de primera instancia. El recurso se centró en los siguientes puntos:

28. El incumplimiento de Subatours se encontraba acreditado, pese a la ausencia del dictamen pericial, con base en el memorando que dio alcance al informe final de supervisión de la orden de compras, en el escrito el ICBF realizó un ejercicio de validación de la información para lo cual utilizó el número de tiquete como punto de referencia. En ese ejercicio se encontraron las inconsistencias relatadas en la demanda. Por ello solicitó que esta corporación “analice minuciosamente la información proporcionada por el ICBF”. Igualmente, recordó que la ausencia de parte de la información se debía a la renuencia de Subatours⁸.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo. 2.2. Sobre la condena en costas.

2.1. Análisis sustantivo

29. Le corresponde a la Sala decidir si la contratista incumplió el contrato, al reportar precios superiores en la adquisición de tiquetes a las aerolíneas, lo que llevó a una indebida aplicación de la fórmula pactada. De conformidad con lo establecido en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia solamente tiene competencia para pronunciarse sobre los reparos concretos planteados por el recurrente. En ese sentido, no se estudiará la falta de legitimación en la causa de Colombia Compra Eficiente decidida en primera instancia, pues no se presentaron reparos contra tal decisión.

30. La Sala revocará la Sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda, pues se demostró un incumplimiento parcial por parte de la contratista, en el sentido de reportar precios superiores a los cobrados por las aerolíneas, lo que llevó a una incorrecta aplicación de la fórmula pactada en el contrato. Sin embargo, se condenará en abstracto al contratista, ya que está demostrada la existencia de los perjuicios, pero no se pudo tasar su monto.

31. Es fundamental aclarar que para el análisis de este litigio resulta necesario referirse a dos documentos independientes que, de igual manera, permiten observar la existencia de dos negocios jurídicos distintos. En primer lugar, el acuerdo marco de precios celebrado entre Colombia Compra Eficiente y varios proveedores. Y, en segundo lugar, la orden de

⁷ Expediente digital, indica Samai 2, documento 72.
⁸ El proyecto presentado por el magistrado ponente inicial fue derrotado (índice Samai 13). Sin embargo, debido a la ausencia de uno de los magistrados de la Subsección se hizo necesario realizar un sorteo de conjuces (índice Samai 21) que culminó con el nombramiento de los magistrado Fernando Alexei Pardo Flórez y María Adriana Marín.

compra que da lugar al nacimiento de otro contrato, también sometido al Estatuto General de Contratación, celebrado entre el ICBF y Subatours, uno de los proveedores incluidos en el acuerdo marco.

32. Adicionalmente, es fundamental resaltar que la orden de compra es un documento-contrato- cuyas cláusulas no están expresamente establecidas en él, sino que incorporan aquellas pactadas entre CCE y los proveedores parte del acuerdo marco. Así las cosas, el acuerdo marco de precios celebrado entre Colombia Compra Eficiente y varios proveedores establece el clausulado de las órdenes de compra que se coloquen (celebren) en desarrollo de ese negocio jurídico. Lo anterior se deriva con claridad del inciso 3 del párrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que prescribe: “[e]n consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor, se constituirá un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo”.

33. En el acuerdo marco de precios, que establece el clausulado para el contrato estatal independiente denominado orden de compra 13098, se acordó la cláusula 8 “[p]recio de los tiquetes aéreos y suministro de tiquetes aéreos”. En esa cláusula se lee:

“El precio resultante de cada Tiquete Aéreo suministrado es el que resulte de aplicar la siguiente fórmula:

$$V = \{P * (1 - Dp)\} + T + S + I + A$$

Donde:

V: Es el precio resultante de cada Tiquete Aéreo Suministrado.

P: Es el precio neto del Tiquete Aéreo definido por la Aerolínea sin IVA

Dp: Es el porcentaje de descuento ofrecido por el proveedor para la Aerolínea y el rango Tarifario solicitado por la Entidad Compradora

T: es la tarifa administrativa definida por la Aerocivil

S: Es el Service Fee definido por el Proveedor en la operación principal

I: son los impuestos, y gravámenes adicionales como estampillas en caso de que apliquen

A: son las tasas aeroportuarias aplicables

Los descuentos no aplican para Aerotaxis o Aerolíneas no regulares”.

34. La variable P de la fórmula es “el precio neto del Tiquete Aéreo definido por la Aerolínea sin IVA”. En consecuencia, en caso de que el proveedor hubiera reportado un valor superior al pagado por las aerolíneas, ello conllevaría una alteración del precio que debía pagar la entidad compradora por cada uno de los tiquetes aéreos.

35. De conformidad con la cláusula 10 del contrato, el proveedor “deb[ía] facturar diariamente los Tiquetes Aéreos y las penalidades correspondientes a cambios y cancelaciones en el periodo. El Proveedor debe discriminar en la factura: (i) el precio del Tiquete Aéreo (...)”. Por lo tanto, si se informaba indebidamente dicho precio del Tiquete se estaría en incumplimiento de esta cláusula.

36. Así las cosas, si la contratista reportó precios superiores a los pagados a las aerolíneas, ello implica un incumplimiento del contrato, además de una evidente vulneración a la buena fe, que debe guiar la ejecución de los contratos tal y como lo ordena el artículo 1603 del Código Civil.

37. La solución del caso exige una decisión expresa sobre la fuerza persuasiva que tienen algunas piezas probatorias obrantes en el expediente. En particular, resulta de trascendental importancia valorar el informe final de supervisión, y el alcance a ese informe, que da cuenta de las inconsistencias entre los precios cobrados por las aerolíneas y los reportados por Subatours, así como los anexos en los cuales constan los precios enviados por las compañías aéreas al ICBF para los tiquetes requeridos por la entidad.

38. Al respecto la Sala no encuentra, a diferencia del Tribunal, ningún motivo para restar valor o credibilidad a tales pruebas documentales. No se advierte que resultara necesario que el ICBF verificara tales valores con Subatours. La información y documentación obrante en el expediente da cuenta de los valores facturados por las aerolíneas a la sociedad contratista. En ese sentido, no se observa la necesidad de verificar, una vez más, el valor de negociación de cada uno de los tiquetes. De igual manera, no resultaba indispensable verificar, de nuevo, las características de cada boleto, pues los valores reportados por las aerolíneas corresponden a los tiquetes efectivamente adquiridos por Subatours. En ese orden de ideas, los documentos obrantes en el expediente dan cuenta de la información rendida por las compañías aéreas y puede ser objeto de valoración probatoria. Al respecto, la Sala advierte expresamente que en esta materia no existe una tarifa probatoria, luego, no era necesario un dictamen pericial sobre el punto, u otra prueba técnica con alcances similares. Por lo mismo, se pasa a analizar su contenido.

39. En el documento denominado "*alcance de informe de supervisión*", se puso de presente el cruce realizado por la entidad entre la información suministrada por Subatours y la entregada por las aerolíneas. En ese análisis se concluyó que "*se estima que existe una diferencia de (...) (\$864.327.681)*". Esa información allegada debidamente al proceso y elaborada por el supervisor del contrato da cuenta de que existió una diferencia entre los valores pagados por Subatours y los reportados por esa empresa al ICBF. Al respecto, la entidad aportó una tabla en donde constan tales diferencias que se encuentran anexos al memorando 202112210000054733⁹, en donde obran también los costos reportados por las aerolíneas, y que no será transcritas en esta sentencia por su extensión. Dicho documento fue elaborado con la información que consta en el oficio 202012210000078043, que expresamente se incluyó dentro de los argumentos de la apelación como no analizado en debida forma. Por lo

⁹ Expediente digital, indica Samai 2, documento 36.

mismo, este asunto constituye un reparo concreto del apelante que debe ser analizado en esta instancia.

40. Adicionalmente, con exclusivos efectos ilustrativos, en la siguiente tabla se incluye una breve relación de algunos de los montos cobrados por Subatours al ICBF y las diferencias con los costos reportados por Avianca:

Número de tiquete	Precio reportado por Subatours al ICBF	Ubicación en el expediente	Precio reportado por la Aerolínea	Ubicación en el expediente (Alcance Contrato No. 1816 - 2016 suscrito con la Agencia de Viajes y Turismo SUBATOURS S.A.S de 2021- 05-10)	Diferencia de precios
1341153465696	842.600	02-1816 - 2016 TOMO 2, folio 25	642.600	Folio 30	200.000
1341153471815	389.000	02-1816 - 2016 TOMO 2, folio 27	289.000	Folio 31	100.000
1341153537485	350.000	02-1816 - 2016 TOMO 2, folio 55	250.000	Folio 42	100.000
1341153562422	693.600	02-1816 - 2016 TOMO 2, folio 98	493.600	Folio 56	200.000
1341153639833	406.800	04-1816 - 2016 TOMO 4, 34	306.800	106	100.000
1341153642090	894.700	04-1816 - 2016 TOMO 4, 43	694.700	110	200.000
1341153681482	600.000	04-1816 - 2016 TOMO 4, 147	400.000	119	200.000

41. Para la Sala resulta claro que existen diferencias entre los precios reportados por Subatours y aquellos que las aerolíneas informaron al ICBF para algunos de los tiquetes. Sin embargo, no es posible cuantificar los perjuicios sufridos por el ICBF, pese a la demostración de su existencia, pues para ello resulta necesario contrastar toda la información suministrada por las aerolíneas con las facturas emitidas por Subatours al ICBF, y aplicar una vez más la fórmula de que trata la cláusula 8 del Contrato. La parte demandante solicitó entre sus pretensiones que se condenara por el valor de la cláusula penal pecuniaria o la suma de mayor valor que resulte probado. Debido a que, en esta etapa del proceso, ante la indeterminación del monto de los perjuicios y la imposibilidad de definir si tal cifra resulta superior a lo pactado, se condenará en abstracto. Tal decisión resulta ser la más adecuada para lograr la reparación integral del daño sufrido por la entidad estatal.

42. En consecuencia, en aplicación del artículo 193 del CPACA, la Sala condenará en abstracto para que en un trámite incidental se determine el monto de las divergencias advertidas en esta Sentencia, así como para que se determine, con base en la fórmula pactada en la cláusula 8 del contrato, el monto que efectivamente debía pagar el ICBF por cada uno de los tiquetes, y con ello la diferencia con lo facturado por Subatours. Al respecto se debe considerar todo el periodo de ejecución del contrato,

particularmente las diferencias advertidas por el ICBF en su documento denominado “alcance al informe final”. En relación con los demás elementos de la cláusula sobre la remuneración, se deberán mantener de conformidad con lo reportado por Subatours, pues sobre los mismos no se alegó o demostró incumplimiento alguno.

43. Lo anterior, claro está, deberá hacerse con base en las pruebas que puedan y deban decretarse y practicarse, en aplicación del artículo 129 del CGP, para contrastar la información entregada por las aerolíneas y aplicar la fórmula contractual.

44. Existe un asunto adicional que resulta necesario analizar. La parte demandada puso de presente en su contestación, como argumento de defensa, que Colombia Compra Eficiente había adelantado un procedimiento sancionatorio que culminó con un acto de archivo que se presumía legal. Sobre este particular, se considera importante advertir que las competencias de Colombia Compra Eficiente se refieren exclusivamente a la declaratoria de incumplimiento del acuerdo marco de precios, contrato estatal del cual hace parte. Su competencia no se extiende a la orden de compra, contrato estatal independiente del cual no hace parte la Agencia, ni sus actos de archivo privan a las entidades estatales compradoras de solicitar judicialmente la declaratoria de incumplimiento.

45. Como consecuencia de las consideraciones y decisiones adoptadas en esta Sentencia, resulta necesario modificar la decisión de primera instancia que liquidaba la orden de compra y dejaba a paz y salvo a las partes. En su lugar, en esta instancia, se accederá a la pretensión de la demanda y, en consecuencia, se liquidará el contrato con un saldo a favor del ICBF equivalente a la suma que resulte del trámite incidental para la liquidación de los perjuicios. Lo anterior, habida consideración de que no existe prueba de saldos pendientes entre las partes distinto del que surge del incumplimiento declarado en esta Sentencia. Al respecto resulta indispensable señalar que en el expediente obra un proyecto de acta de liquidación del contrato¹⁰. Sin embargo, no obra constancia de su firma o de su adopción como acto administrativo.

2.2. Sobre la condena en costas

46. De conformidad con el artículo 188 del CPACA y el numeral 4 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en ambas instancia a la parte demandada. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

¹⁰ Expediente digital, Índice Samai 2, documento 13.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la Sentencia proferida el 19 de julio de 2023 por la Subsección C, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La parte resolutive de esa decisión será la siguiente:

*“PRIMERO: DECLARAR LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.
SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento de Subatours SAS en la orden de compra No. 13098 emitida por el ICBF el 22 de diciembre de 2016, derivada del acuerdo marco de precios para el suministro de tiquetes aéreos CCE-283-1-AMP-2015.
TERCERO: CONDENAR en abstracto a Subatours SAS a favor del ICBF por los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, cuyo monto se determinará en un trámite incidental y que deberán ser liquidados de conformidad con los parámetros indicados en la parte motiva.
CUARTO: LIQUIDAR judicialmente la orden de compra No. 13098 con un saldo a favor del ICBF, que resultará del trámite incidental para la liquidación de la condena en abstracto.
CUARTO: CONDENAR en costas a Subatours SAS a favor del ICBF. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el tribunal, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.
QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría DEVUÉLVASE al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y ARCHÍVESE el expediente.*

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a Subatours SAS a favor del ICBF. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
Salvamento de voto

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN
Conjuez

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
Conjuez