

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

Clasificación de la información  Pública  Clasificada  Reservada

Numero acta:  Tipo de sesión:

El 28 de enero de 2021, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación- Icfes, sesionó previa citación, de manera virtual desde las 0800 a.m. hasta las 5:00 p.m.

A. Orden del día

1. Verificación del quorum.
2. Aprobación acta No. 1 del 1 de enero del 2021.
3. Estudio Caso Transacción S3 Simple Smart Speedy S.A.S.

B. Desarrollo de la sesión.

- 1) Verificación del quorum

En la sesión, participaron los siguientes miembros:

NOMBRES	CARGO
Mónica Patricia Ospina Londoño	Directora General
Ciro González Ramírez	Secretario General
Natalia González Gómez	Directora de Evaluación
Ana María Cristina de la Cuadra Pigault de Beaupre	Jefe Oficina Asesora Jurídica
Beatriz Adriana Cortés Martínez	Director de Producción y Operaciones
Carlos Alberto Sánchez Rave	Director de Tecnología e Información
Adriana Bello Cortés	Jefe Oficina Control Interno
Wilson César García C.	Secretario Técnico del Comité

El Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial, verificó a través de voto electrónico que hay quorum deliberatorio y decisorio para adoptar las respectivas decisiones. El Dr. José Gabriel Calderón expuso a través de reunión concertada por el aplicativo TEAMS, el caso objeto de estudio donde después de ser expuesto nuevamente el caso con los nuevos elementos probatorios, fueron absueltas las preguntas formuladas por cada uno de los miembros del comité, conforme lo establecido en la Resolución No. 091 de 2016, siendo sometido nuevamente el caso a votación a través del formato de votación.

2) Aprobación acta anterior-

Los miembros del Comité de Conciliación sí Aprueban el Acta No. 1 sesión realizada el día 22 de enero de 2021 y que fue dada a conocer a los miembros del Comité mediante correo electrónico de la misma fecha.

**3) ESTUDIO DE CASO TRANSACCIÓN S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S.**

Se estudia nuevamente a solicitud del Secretario General, la solicitud de pago de la empresa **S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S** teniendo en cuenta nuevos argumentos respecto del caso analizado.

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

El caso fue objeto de estudio el pasado 13 de noviembre y reposa la decisión en el Acta No. 23 de 2020.

Solicitante	F S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S.
Solicitado	Icfes
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Pretensión	Caso sometido a estudio nuevamente a solicitud de la Secretaria General, donde se solicitó el pago de la suma de \$320.304.773,65.
Recomendación	Se recomienda el pago de la suma debida, a través de la transacción.
Abogado	José Gabriel Calderón

## I. ANTECEDENTES

- 1.1 El día 30 de diciembre de 2019 el Icfes y la sociedad S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S. suscribieron orden de compra -OC- dentro del Acuerdo Marco de Precios -AMP- emitido por Colombia Compra Eficiente -CCE- para la prestación de servicios de nube pública.

El objeto del contrato era: *“Contratar el alojamiento y prestación de servicios complementarios de nube pública, con el objeto de apoyar la publicación de resultados y disposición de ambientes de desarrollo, pruebas, preproducción y producción de las soluciones misionales y administrativas del ICFES.”*

El plazo se pactó desde el día 30 de diciembre de 2019 hasta el día 31 de octubre de 2020.

El valor inicial del contrato era de Col \$634.912.428,14.

- 1.2 El día 24 de abril de 2020 el valor del contrato fue adicionado con la suma de Col \$239.457.424,29.
- 1.3 El día 31 de agosto de 2020 el valor del contrato fue adicionado con la suma de Col \$77.928.350,23.
- 1.4 Debido a la situación de pandemia, a la realización de las pruebas de Estado de forma no presencial y a que el pago estaba atado a la tasa representativa del mercado del dólar, los recursos del contrato fueron consumidos de forma más rápida de lo planeado, al respecto el Supervisor del contrato indicó lo siguiente:

*En el inicio del contrato, se proyectaron pagos mensuales aproximados de \$77.9283.50,23 con base en la ejecución de los anteriores contratos y el consumo de los servicios de nube que el ICFES ha demandado. La realidad de la ejecución del contrato fue distinta, teniendo en cuenta la alta demanda de servicios que comenzaron a utilizarse a raíz del aislamiento ordenado por el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria de emergencia, así como la realización de las pruebas electrónicas Saber TyT 2020 primer semestre, como medida para continuar con el desarrollo de sus actividades misionales, tomando las acciones necesarias para evitar la propagación de la pandemia. La realización de estas pruebas electrónicas generó mayores costos por aumento en el aprovisionamiento de infraestructura y almacenamiento. De igual manera, todos los servicios que se facturan dentro de este contrato se encuentran atados al precio del dólar, siendo este factor, otro componente que conllevó al incremento en la facturación de enero a la fecha, dado que la TRM ha variado considerablemente durante lo corrido del año.*

- 1.5 De conformidad con lo establecido en el artículo 57<sup>1</sup> del Acuerdo 002 de 2019 (Manual de Contratación) los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, y dado que el contrato suscrito S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S. ya se había adicionado hasta su tope no era posible adicionarlo nuevamente.

<sup>1</sup> PARÁGRAFO: Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, excepto cuando se trate de mayores cantidades de obra y/o interventorías.

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

1.6 Teniendo en cuenta lo anterior, el contrato en mención quedó sin recursos desde el mes de septiembre de 2020 hasta el día 31 e octubre de 2020, quedando pendiente un saldo por pagar al contratista de Col \$320.304.773,65 concernientes a los meses de septiembre y octubre de 2020.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Se propone el siguiente jurídico:

¿Se debe reconocer y pagar al contratista a suma de Col \$320.304.773,65 por concepto de los servicios prestados durante los meses de septiembre y octubre de 2020?

### 2.2. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

El enriquecimiento injusto o sin causa ha sido definido por la doctrina Internacional de la siguiente manera:

*“El enriquecimiento injusto o sin causa términos que para los autores son indudablemente sinónimos- es fuente de obligaciones; esta fuente genera una obligación que es de reparación del perjuicio ocasionado; se reconoce como principio general del derecho; se subraya la injusticia del enriquecimiento como fundamento y, por último, al establecer los requisitos se sigue la tradición germano-italiana: un incremento patrimonial de cualquier clase, la carencia de razón jurídica que la fundamente y el correlativo empobrecimiento de otra persona. Es la falta de razón jurídica que fundamente el empobrecimiento lo que se expresa diciendo que es injusto o sin causa”<sup>2</sup>*

Ahora bien, en materia administrativa, el tema que se ha relacionado más a la figura del enriquecimiento sin justa causa ha sido precisamente el de la contratación estatal, y no es casualidad, pues los escenarios en los que se han presentado estas situaciones han sido fruto de grandes controversias doctrinales y jurisprudenciales que han sido disímiles a las posiciones del derecho civil.

La definición más reiterada por parte del Consejo Estado sobre este tema ha sido:

*“Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del “enriquecimiento sin causa” parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa para ello. Por lo tanto, el equilibrio patrimonial existente en una determinada relación jurídica, debe afectarse —para que una persona se enriquezca, y otra se empobrezca— mediante una causa que se considere ajustada a derecho”<sup>3</sup>*

Profundizando este punto, la contratación estatal se encuentra disciplinada desde normas específicas y disposiciones más rigurosas, por ejemplo, requisitos esenciales para el perfeccionamiento del contrato estatal, aunado a la prohibición de ejecución del contrato ante la omisión de dichos elementos y las normas que prohíben el pago de las prestaciones derivadas de los llamados hechos cumplidos<sup>4</sup>.

Otrora se ha establecido los elementos de hecho que deben concurrir, como condición necesaria para que se configure el enriquecimiento sin justa causa, a saber:

- 1º El enriquecimiento de un patrimonio;
- 2º Un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio;
- 3º Que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica, y

<sup>2</sup> DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel “Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa”, Ed. Civitas, 1988, Madrid, Pág. 33.

<sup>3</sup> Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá D.C. treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación N° 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662)

<sup>4</sup> GIL Botero, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Quinta edición, Editorial Temis S.A. Bogotá DC. 2011. P. 564.

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

4° Que se carezca de una acción para reclamar dicha reparación patrimonial y en consecuencia resulte procedente la *actio in rem verso*.<sup>5</sup>

Además de los anteriores elementos, alguna parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, le ha sumado la ausencia de culpa o dolo por parte de quien reclama el detrimento patrimonial.

Así entonces, siempre que se encuentren los elementos anteriormente mencionados, el enriquecimiento sin causa es una verdadera *fuerza de obligaciones* para aquella persona que ha incrementado su patrimonio en detrimento de otro sin causa jurídica alguna. Dicho principio del derecho tiene como fundamento teleológico restablecer el equilibrio patrimonial injustamente desequilibrado.

### 2.3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DÍA 19 DE NOVIEMBRE DE 2012

*“La consecuencia jurídica de ejecutar una prestación –sea una obra, un bien o un servicio- sin que exista contrato estatal, o que habiéndolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes problemas que ha afrontado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que en tal caso no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido, sino que se debate el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo, que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones presentadas contra la entidad pública que se beneficia de la prestación.”<sup>6</sup>*

Es por ello, que mediante sentencia de unificación del día 19 de noviembre de 2012, el Consejo de Estado unificó criterios respecto a los temas de enriquecimiento sin justa causa y *actio in rem verso*.

Algunas de las premisas que pueden ser extraídas de la providencia en comento son las siguientes:

- Los contratos estatales son solemnes, y las normas que consagran dicha solemnidad son de orden público, razón por la cual la Administración y los contratistas están en el deber de seguir sus imperativos.
- La teoría del enriquecimiento sin justa causa y la *actio in rem verso* no pueden ser invocados para reclamar el pago de servicios u obras ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal, ya que tal situación desconoce las normas imperativas de contratación estatal.
- La *buena fe objetiva* es la que debe imperar durante las etapas precontractual, contractual y postcontractual.
- La teoría del enriquecimiento sin justa causa y la *actio in rem verso* son de aplicación excepcional y restringida. Por tal motivo las hipótesis que, de manera excepcional y por motivos de interés público, resultaría procedente la aplicación de dichas teorías son las siguientes:
  - a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*
  - b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente*

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del día once (11) de abril de 2012. Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del día treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). Magistrado ponente Enrique Gil Botero.

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

*urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*

- c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4° de la Ley 80 de 1993.”*
- El medio de control procedente para reclamar un enriquecimiento sin causa es la de *reparación directa*.

Respecto a la excepción consagrada en el literal a), pueden identificarse los elementos o requisitos que, por vía jurisprudencial, se han establecido para determinar la ocurrencia de esta, y consecuentemente, un enriquecimiento sin justa causa y la obligación *compensatoria* por parte de la respectiva entidad estatal.

A saber: i) la demostración de la prestación del servicio o la realización de la obra, ii) que la misma se haya realizado por fuera del marco contractual o con prescindencia de sus requisitos de ejecutabilidad, iii) la existencia de buena fe objetiva por parte del contratista, esto es, que la prestación del servicio o la realización de la obra haya sido *sin participación y sin culpa del particular afectado*, iv) que la prestación del servicio o la realización de la obra sea consecuencia del *constreñimiento* o la *imposición* exclusivo de la Administración, y v) que éste último hecho se *acredite de manera fehaciente y evidente*.

De esa manera, si un contrato cumple o no con los requisitos de perfeccionamiento o ejecución antes mencionados, el análisis varía considerablemente. En efecto, si el contrato estatal no nació a la vida jurídica, el asunto debe ser analizado desde la perspectiva del enriquecimiento sin causa, dado que no existe una causa jurídica que fundamenten las contraprestaciones.

En cambio, si el contrato estatal alcanzó a cumplir con los requisitos de perfección, pero no así los de ejecución, debemos efectuar el análisis dentro del marco contractual, esto es, con arreglo a las cláusulas que rigen los derechos, obligaciones y prohibiciones de los contratantes.

Lo anterior, en aras de determinar, conforme a la ley, el contrato y las pautas jurisprudenciales, si es procedente o no el reconocimiento y pago solicitado por el demandante.

Ahora bien, en sentencias posteriores, el Consejo de Estado afirmó que, además de los conceptos de *constreñimiento* e *imposición*, la primera causal para reconocer el pago de prestaciones ejecutadas por fuera del marco contractual o con prescindencia de sus requisitos de ejecución, también, incluía los conceptos de *sugerir, invitar, o provocar* y en general es *la causa eficiente de una erogación del contratista*. Al respecto, se indicó lo siguiente:

*“En sentido contrario al citado-pero no a su jurisprudencia-, la Sección Tercera ha establecido que cuando la administración **sugiere, invita, provoca y en general es la causa eficiente de una erogación del contratista**, a favor de la entidad, asume la obligación de pagar el valor de los trabajos, bienes o servicios, que con su participación se ejecutaron. Esta posición busca conducir la teoría del enriquecimiento sin causa a un justo medio, que haga responsable sólo a quien con su conducta provoca el desplazamiento económico injustificado de un patrimonio a otro. Si existe pura liberalidad, incluso engaño o dolo del particular, entonces éste debe asumir el perjuicio; pero si la entidad pública es quien incita, provoca y en general se dispone a recibir un beneficio-con mayor razón cuando se compromete a legalizar en el inmediato futuro la situación-, debe pagar el costo del trabajo que recibe.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En tal sentido, la cuarta (4°) condición para reconocer y pagar prestaciones derivadas de *hechos cumplidos* quedaría del siguiente tenor: que la prestación del servicio o la realización de la obra sea consecuencia del *constreñimiento, imposición, sugerencia, invitación o provocación* y en general es *la causa eficiente de una erogación del contratista*.

#### 2.4. APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL DÍA 19 DE NOVIEMBRE DE 2012 A LOS CASOS DEL ICFES

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00161-01(19045).

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

Tal y como lo indica el Consejo de Estado, los criterios establecidos en la sentencia unificación del día 19 de noviembre de 2012 son aplicables a los casos en que se ejecutan prestaciones “sin que exista contrato estatal, o que habiéndolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello”<sup>8</sup>.

Si bien es cierto que dichas disertaciones están encaminadas a los contratos regidos por la ley 80 de 1993, y que el Icfes cuenta con un régimen de contratación privada, los argumentos y efectos expuestos en dicha providencia son aplicables al Instituto por las siguientes razones:

- a) El artículo 42 del Acuerdo No. 002 de 2019, actual Manual de Contratación del icfes, establece que tanto los contratos celebrados por el Instituto como sus modificaciones son *solemnes*, como *requisito de perfeccionamiento*.
- b) El artículo 56 *ibidem* establece *requisitos de ejecución* de los contratos celebrados por el Icfes.
- c) Todos los contratos celebrados por el Icfes están permeados por los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

## 2.5. APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL DÍA 19 DE NOVIEMBRE DE 2012 AL CASO EN CONCRETO

Teniendo en cuenta las pautas antes mencionadas, pasa a corroborarse si se cumplen o no los criterios jurisprudenciales para reconocer y pagar una actividad realizadas por fuera del marco contractual o con prescindencia de sus requisitos de ejecución.

### i) **La demostración de la prestación del servicio o la realización de la obra**

Frente a la prestación del servicio, incluido los meses de septiembre y octubre de 2020, el Supervisor del contrato indicó lo siguiente:

*Como supervisor de este contrato, certifico que se ha cumplido las funciones de verificación, vigilancia y control frente al cumplimiento del objeto del contrato, así como de los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales.*

*Así mismo, se deja constancia que el contratista cumplió a cabalidad con el objeto del contrato, que los soportes de las actividades desarrolladas o productos se entregaron por parte del contratista en medio impreso o digital y que estas cumplieron con las calidades y cantidades exigidas en el contrato o convenio, los cuales fueron remitidos al expediente contractual.*

*Así mismo, certifico que el contratista cumplió en debida forma los pagos al Sistema de Seguridad Social y pagos parafiscales, como se evidencia en los soportes adjuntos a cada cuenta de cobro.*

En ese sentido, está demostrada la prestación del servicio por parte del contratista.

### ii) **Que la misma se haya realizado por fuera del marco contractual o con prescindencia de sus requisitos de ejecutabilidad**

El artículo 56 del Acuerdo No. 002 de 2019 indica lo siguiente:

**ARTÍCULO 56. REQUISITOS PARA LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.** Para la ejecución de todos los tipos de acuerdos y/o contratos se requerirá de:

1. La suscripción del acta de inicio.

**2. La existencia de registro presupuestal.**

3. La aprobación de la garantía única de cumplimiento o de cualquiera de los mecanismos de cobertura del riesgo que hubiere exigido la entidad y hubieren sido otorgados por el contratista.

*En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, serán también requisitos para su ejecución, la certificación de afiliación a la ARL. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del día treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). Magistrado ponente Enrique Gil Botero.

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

De conformidad con la norma transcrita, el registro presupuestal es uno de los requisitos de ejecución en los contratos celebrados por el icfes.

En el presente caso, tal requisito está ausente dado que, a pesar de haberse agotado los recursos del contrato, el servicio se siguió prestando, para lo cual se requería la expedición de un nuevo registro presupuestal.

En tal sentido, está demostrado la prescindencia de un requisito de ejecutabilidad del contrato.

**iii) La existencia de buena fe objetiva por parte del contratista, esto es, que la prestación del servicio o la realización de la obra haya sido sin participación y sin culpa del particular afectado**

Respecto al concepto y alcance de la buena fe objetiva, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

*“Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque **la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien**, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, **“consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”**, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho” o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los **actos reales y efectivos** que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”<sup>9</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

En el presente caso, se avizora la presencia de buena fe objetiva por parte del contratista dado que la expedición y trámite del registro presupuestal correspondiente estaba a cargo del Icfes, no de aquel.

**iv) Que la prestación del servicio o la realización de la obra sea consecuencia del constreñimiento, imposición, sugerencia, invitación o provocación y en general es la causa eficiente de una erogación del contratista.**

Respecto a la necesidad del servicio prestado, el Supervisor del contrato indicó que el contratista, a través del servicio contratado, soportaba las siguientes plataformas:

- Orfeo: se sube las características de la infraestructura y la base de datos para poder soportar los procesos de radicados tanto de ICFES como de los exámenes Saber T y T que se presentaron en Casa a través de la presentación de prueba electrónica que fue realizada por Cognosonline Solutions S.A., tanto en el primer semestre del año 2020 como en el segundo.
- Se habilita el proyecto de Saber 3-11 donde se aprovisionó infraestructura para Desarrollo, Pruebas, Preproducción y Producción, con las que se ayuda a soportar conexiones superando los 10.000 usuarios en línea.
- Se habilita el proyecto de Republica Dominicana donde se aprovisionó infraestructura para Desarrollo, Pruebas, Preproducción y Producción, con las que se ayuda a soportar conexiones entre 100 y 1.000 usuarios en línea.
- Se aumenta el espacio de almacenamiento para todas las bases de datos e información producto de las pruebas Saber TyT electrónicas en casa suministradas en el marco del contrato entre Icfes y Cog- nosonline Solutions S.A.
- Se crearon, soportaron y almacenaron todas encuestas para las pruebas de Saber Pro y Saber TyT para finalización de inscripciones y confirmación de requerimientos tecnológicos, como solución alternativa al proceso de inscripción y realización de las pruebas en casa, generando así un aumento de infraestructura y almacenamiento para dicha actividad.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043.

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

1. *Las pruebas Saber TyT y Saber Pro fueron programadas para el 15 de marzo de 2020 y después fueron suspendidas el 14 de marzo, como resultado de un monitoreo constante, previo un análisis de alternativas técnicas realizado de manera conjunta entre el Icfes, el Ministerio de Educación Nacional y las Instituciones de Educación Superior, y en adopción de medidas de prevención por la emergencia sanitaria por Coronavirus. Posteriormente, el 8 de abril de 2020 se publicó el Decreto 532 donde se tomó la decisión de eximir de la presentación del Examen de Estado como requisito para el ingreso a los programas de pregrado de educación superior, a todos los estudiantes inscritos para la presentación del Examen de Estado prevista para el 15 de marzo del año 2020.*

*En junio de 2020 se publicó la Resolución 291, en la que se decidió que el Icfes llevara a cabo por primera vez unas pruebas de estado de manera virtual con el fin de evitar cualquier foco de contagio en medio de la actual pandemia del coronavirus. Dichas pruebas virtuales fueron programadas en inicio para el 01 de agosto de 2020 y después reprogramadas para el 22 y 23 de agosto de 2020 según la Resolución 385 de agosto. En total, se estimó que 72.369 de los 99.593 harían el examen de manera virtual desde sus casas. El examen virtual se llevó a cabo en sesiones de cinco horas y media, (ingresando en 7 diferentes sesiones de tiempo para que el proceso de login no generar inconvenientes a los usuarios)*

*El desarrollo de los exámenes virtuales significó el desarrollo de las siguientes capacidades apalancadas en los servicios de la nube de AWS:*

- *Gestión de inscripciones offline*
- *Validación de identidad a través de la recepción y comprobación de documentos de identidad*
- *Validación de requisitos técnicos para las pruebas en casa*
- *Validación de comprobantes de pago*
- *Implementación de controles de seguridad y confiabilidad*
- *Diseño e implementación de servicios tecnológicos de supervisión y vigilancia para garantizar que no se presenten fraudes*
- *Envío de correo masivos a los inscritos con información relacionada con el proceso*
- *Desarrollo de capacitaciones sobre el manejo de la plataforma para presentar la prueba virtual*
- *Procesamiento y publicación de resultados.*
- *Envío de correos masivos para informar citación de exámenes Saber Pro TyT (para presentar virtual) y saber 11 calendario B.*

*Así mismo, para el proceso de desarrollo de la misionalidad del Icfes como crecimiento en la demanda de capacidades y servicios del portal, para poder dar atención a los servicios al ciudadano, como lo son:*

- *Suministro de datos de contacto*
- *PQRS*
- *Felipe (asistente virtual)*
- *Notificaciones judiciales*
- *Transparencia y acceso a la información pública*
- *Contratación*
- *Normatividad*
- *Calidad.*

Lo anterior implica que, para el adecuado funcionamiento del Instituto, era *esencial* la prestación del servicio contratado, a tal punto que, sin las actividades contratadas en tiempo de pandemia, no era posible que el Icfes cumpliera con su objeto, razón por la cual existía coacción para el contratista respecto al cumplimiento del contrato aún con prescindencia del registro presupuestal.

Aunado a lo anterior, en diciembre de 2020 el contratista elaboró informe de gestión de presupuesto en el cual indicó lo siguiente:

*Durante la ejecución del contrato, se construyó un documento con el detalle del total del presupuesto y de sus consumos mensuales, con las proyecciones que se envió desde junio de 2020.*

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

*En el mes de agosto se notificó de manera preventiva que el presupuesto no era suficiente para dar servicio por los meses que se habían aumentado en la adición, este correo se envió el día 26 de agosto de 2020.*

*Incluso incluyendo la segunda adición realizada el consumo de la orden de compra estaba en el 96,21%.*

*Así mismo, se elaboró con la actualización el reporte en agosto, dos escenarios de proyecciones uno a 12 meses y otro a 18 meses.*

*En común acuerdo, para poder tener visibilidad y para poder realizar una provisión del gasto, se acordó que mensualmente después del 20 de cada mes que se enviaría un correo con la información del valor estimado del consumo del mes en curso, el valor real de los meses pasados, así como el presupuesto real que se tenía para cada mes. A continuación, se muestra una captura de los correos enviados mes a mes iniciando el mes de mayo (21 de mayo de 2020) hasta el 21 de agosto de 2020.*

*En los correos se observa que el presupuesto estaba por debajo de los consumos reales y que el facturado mes a mes estaba por encima de los estimados que se calculaban usando el promedio de meses anteriores.*

*Para el envío de este primer correo el porcentaje de consumo de la orden de compra con su primera adición era de 48,23%.*

*En este siguiente correo el porcentaje de uso del orden de compra con su primera adición era de 62,05%, se empezaba a ver la tendencia que el consumo real estaba, no solo superando el presupuestado sino incluso, las proyecciones de consumo del mes.*

*En este siguiente correo el porcentaje de consumo de la orden de compra era del 74,79%, nuevamente se repite que el consumo real esta por encima del proyectado y del presupuestado.*

*En este siguiente correo el porcentaje de consumo de la orden de compra era del 88,83%, se sigue manteniendo el mismo comportamiento, el consumo real está por encima del proyectado y del presupuestado.*

*Para el mes de septiembre se informa que el presupuesto se acabó durante el mes.*

*Durante la ejecución del contrato se observa cómo se fue reportando al administrador del contrato con debida antelación Y DE MANERA PREVENTIVA DEL CONSUMO de los recursos y así mismo le fue notificado de los recursos que tenía pendiente de utilización, advirtiéndole de la inminencia de quedarse sin recursos dentro del contrato conforme la tendencia de consumos.*

En dicho informe se adjuntaron las siguientes imágenes:


**Carlos Alberto Castillo Velasquez**  
 Thu 5/21/2020 7:19 PM  
 To: amgil@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co

Hola Milena

Te envío la estimación de consumos de este mes, el ejercicio se ha realizado teniendo en cuenta el comportamiento de los meses pasados y de la eventual variación de la TRM. vale anotar que el consumo del AWS es por demanda y que este comportamiento puede cambiar en un solo día.

Te envío el historial de facturación y el valor de estimado que te había enviado el mes pasado con su respectivo valor real de la factura generada.

Valor Facturado	MES	Factura \$COP
Real	Diciembre	\$ 41.952.182
Real	Enero	\$ 90.554.572
Real	Febrero	\$ 86.328.404
Real	Marzo	\$ 96.644.973
Estimado	Abril	\$ 111.146.449
Real	Abril	\$ 108.228.556
Estimado	Mayo	\$ 116.392.605

Quedo atento

Atte,  
Carlos Castillo


**Carlos Alberto Castillo Velasquez**  
 Tue 6/23/2020 11:51 AM  
 To: amgil@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co

Hola a todos

Envío el estimado de consumo para el mes de Junio, la tabla cambio un poco pero es la misma información que hemos venido entregado

MES	ESTIMADO \$ COP	REAL \$COP	PRESUPUESTO
Diciembre	\$ 41.952.182	\$ 41.952.182	
Enero	\$ 90.554.572	\$ 90.554.572	\$ 77.928.350
Febrero	\$ 86.328.404	\$ 86.328.404	\$ 77.928.350
Marzo	\$ 96.644.973	\$ 96.644.973	\$ 77.928.350
Abril	\$ 111.146.449	\$ 108.228.556	\$ 77.928.350
Mayo	\$ 116.392.605	\$ 120.800.637	\$ 77.928.350
Junio	\$ 108.726.098		\$ 77.928.350

Quedo atento

Atte,  
Carlos Castillo

**Carlos Alberto Castillo Velasquez**  
 Tue 7/21/2020 5:14 PM  
 To: amgill@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co

Hola a todos

Envío el estimado de consumo para el mes de Julio, la tabla tiene el mismo formato que el mes pasado

MES	ESTIMADO \$ COP	REAL \$COP	PRESUPUESTO
Diciembre	\$ 41.952.182	\$ 41.952.182	
Enero	\$ 90.554.572	\$ 90.554.572	\$ 77.928.350
Febrero	\$ 86.328.404	\$ 86.328.404	\$ 77.928.350
Marzo	\$ 96.644.973	\$ 96.644.973	\$ 77.928.350
Abril	\$ 111.146.449	\$ 106.228.556	\$ 77.928.350
Mayo	\$ 116.392.605	\$ 120.800.637	\$ 77.928.350
Junio	\$ 108.726.998	\$ 111.449.802	\$ 77.928.350
Julio	\$ 113.528.308		\$ 77.928.350

Atte,  
Carlos Castillo  
Director de Nuevos Negocios

**Carlos Alberto Castillo Velasquez**  
 Fri 8/21/2020 2:14 PM  
 To: amgill@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co

Hola a todos,

Envío cuadro con la estimacion de los servicios para el mes de Agosto, la tabla tiene el mismo formato que el mes pasado

MES	ESTIMADO \$ COP	REAL \$COP	PRESUPUESTO
Diciembre	\$ 41.952.182	\$ 41.952.182	
Enero	\$ 90.554.572	\$ 90.554.572	\$ 77.928.350
Febrero	\$ 86.328.404	\$ 86.328.404	\$ 77.928.350
Marzo	\$ 96.644.973	\$ 96.644.973	\$ 77.928.350
Abril	\$ 111.146.449	\$ 106.228.556	\$ 77.928.350
Mayo	\$ 116.392.605	\$ 120.800.637	\$ 77.928.350
Junio	\$ 108.726.998	\$ 111.449.802	\$ 77.928.350
Julio	\$ 113.528.308	\$ 122.770.254	\$ 77.928.350
Agosto	\$ 127.862.875		\$ 77.928.350

Quedo atento

Atte,

Carlos Alberto Castillo Velasquez  
 Business Development Manager, S3 Simple Smart Speedy SAS  
 57 350 5850858 | [carlos.castillo@s3.com.co](mailto:carlos.castillo@s3.com.co)  
<https://s3.com.co/>  
[carlos.alberto.castillo@gmail.com](mailto:carlos.alberto.castillo@gmail.com)

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2


 Carlos Alberto Castillo Velasquez  
 Tue 9/22/2020 10:48 AM  
 To: amgil@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co

Hola

Se envía estimación de consumos, cabe anotar que este mes se estima que se realice cobro de servicios de hora especialista, dado que la bolsa que se contaba desde inicio de contrato, ya se acabo. Adicionalmente, confirme a los consumos mes a mes se evidencia que este mes **se acabo el presupuesto que se tenía para el contrato.**

Quedo atento

MES	ESTIMADO \$ COP	REAL \$COP	PRESUPUESTO
Diciembre	\$ 41.952.182	\$ 41.952.182	
Enero	\$ 90.554.572	\$ 90.554.572	\$ 77.928.350
Febrero	\$ 86.328.404	\$ 86.328.404	\$ 77.928.350
Marzo	\$ 90.644.973	\$ 90.644.973	\$ 77.928.350
Abril	\$ 111.146.449	\$ 106.228.556	\$ 77.928.350
Mayo	\$ 116.392.605	\$ 120.800.637	\$ 77.928.350
Junio	\$ 108.726.998	\$ 111.449.802	\$ 77.928.350
Julio	\$ 113.528.308	\$ 122.770.254	\$ 77.928.350
Agosto	\$ 127.862.875	\$ 139.452.489	\$ 77.928.350
Septiembre	\$ 138.349.889		

Atte,


 Carlos Alberto Castillo Velasquez  
 Business Development Manager, S3 Simple Smart Speedy SAS  
 57 350 5850858 | carlos.castillo@s3.com.co  
<https://s3.com.co>  
 carlos.alberto.castillo@gmail.com

De conformidad con lo anterior, el contratista afirmó que los días 21 de mayo de 2020, 23 de junio de 2020, 21 de julio de 2020, 21 de agosto de 2020 y 22 de septiembre de 2020, reportó al Icfes el consumo en la nube.

Lo anterior, implica que, pese a que el Icfes conocía el consumo de la nube, no le indicó al contratista que no debía seguir prestando el servicio, lo cual se subsume en el concepto de sugerir, invitar o provocar a seguir con la ejecución del contrato.

- v) **Que el constreñimiento, imposición, sugerencia, invitación o provocación exclusiva de la Administración se acredite de manera fehaciente y evidente.**

La información sobre la necesidad de la prestación del servicio fue suministrada por el Supervisor del contrato, al igual que la constancia de su ejecución, razón por la cual la imposición de la administración para la prestación del servicio está demostrada.

No obstante, lo anterior, debe darse respuesta a algunas inquietudes que podrían restar fuerza argumentativa a lo expuesto anteriormente, ello con la finalidad de intentar falsear el análisis efectuado *supra* y, en consecuencia, verificar que dicho análisis es correcto.

- a) *La actuación descrita en los soportes adjuntos -desde la óptica presupuestal- se configura un denominado “Hecho Cumplido”, el cual está definido y castigado en la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional, Decreto 111 de 1996, en su artículo 71, ibidem “...ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible”.*

Tal y como se indicó antes, el supuesto de hecho descrito en los fundamentos fácticos del presente caso, encaja en lo que la jurisprudencia y la doctrina ha denominado *hechos cumplidos*. Ello dado que se ejecutaron actividades con prescindencia de los requisitos de ejecución del contrato, como lo es la expedición o existencia del correspondiente registro presupuestal.

No obstante, tal situación no impide, necesariamente, que se reconozca y pague las prestaciones derivadas de aquella situación.

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

La sentencia de unificación emitida el 19 de noviembre de 2012 emitida por el Consejo de Estado, así como varias sentencias emitidas posteriormente, justamente estableció las condiciones fácticas y jurídicas que deben presentarse para que, en casos de hechos cumplidos, la entidad pública reconozca y pague las prestaciones ejecutadas por el contratista.

Así pues, si bien el presente caso puede subsumirse en lo que se conoce como hecho cumplido, no es cierto que las mismas no puedan reconocerse o pagarse, todo lo contrario, si se cumplen los requisitos establecidos en la sentencia de unificación, las actividades objeto de controversia deben reconocerse y pagarse.

- b) *El tratamiento a este tipo de actuaciones -numeral anterior- debe ser abordado como lo señala el concepto de la Agencia de Contratación Pública, así:*

*“El reconocimiento de hechos cumplidos -aquellas actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal sin causa jurídica, como el contrato- no procede en la liquidación de un contrato, ya que el contenido de ésta sólo debe incorporar los asuntos relacionados con las prestaciones derivadas del contrato y su ejecución, es decir, aquellas que deben contar con respaldo presupuestal, en atención al principio de legalidad del gasto público”.*

Tal y como se indicará más adelante, la recomendación está encaminada a suscribir un contrato de transacción, el cual se incorporará a la liquidación del contrato, en el cual se reconozca y paguen las prestaciones ejecutadas por el contratista, sin que ello implique que el reconocimiento se efectúa en la mera liquidación del contrato.

Tal y como de su propia definición se deriva, el contrato de transacción, entre otros fines, tiene como objetivo precaver un futuro y posible litigio, lo cual es, justamente, lo que se trata el presente caso, esto es, finiquitar, desde ya, un posible proceso judicial, razón por la cual la transacción es un instrumento idóneo para lo que se persigue en el presente caso.

Que dicho acuerdo conste en la liquidación del contrato en nada resta respecto a la finalidad de la transacción, ni de la liquidación, pues en el acuerdo transaccional se dejará constancia de las condiciones fácticas y jurídicas que abrieron paso a la suscripción del mismo.

En todo caso, dicho acuerdo transaccional puede no añadirse a la liquidación del contrato, con lo cual se cumpliría con lo mencionado en el concepto antes transcrito, siempre teniendo en cuenta que la transacción la liquidación del contrato son actos jurídicos diferentes e independientes el uno del otro.

En tal sentido, que el contrato de transacción repose en la liquidación del contrato no implica que aquel y este se fusionen en un solo acto jurídico.

- c) *"Por corresponder los hechos cumplidos a actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal por fuera de un contrato, no se encuentran respaldados presupuestalmente en él, por lo cual incorporarlos en la liquidación del contrato iría en contra de la regla general del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según la cual todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente, y con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a otro fin.*

Tal y como se mencionó *supra*, el documento que contiene el reconocimiento de las prestaciones derivadas del contrato no es el acta de liquidación del mismo, sino un contrato de transacción el cual, de acuerdo a su propia naturaleza, únicamente está evitando un futuro litigio.

- d) *Adiciones superiores al 50%: En el entendido que “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. En la actualidad el contrato 580-2019 está al límite de superar el 50% en las adiciones. Al generar un compromiso presupuestal por valor de \$ 320.304.773,65 ¿no estaríamos en contra de los principios y la normatividad establecida para la contratación pública?*

No, al contrario, la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012 está edificada en un principio general del derecho, esto es, que no puede haber un enriquecimiento sin justa causa, lo cual sucede, como dice la providencia, cuando a pesar de haberse cumplido con la prestación por fuera del marco contractual, o con prescindencia de los requisitos para su ejecución, no se reconoce y paga dicha prestación siempre y cuando se cumplan los parámetros establecidos en la providencia citada.

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

Dicho de otro modo, habrá un enriquecimiento sin justa causa cuando, a pesar de cumplirse con los parámetros establecidos en la providencia de unificación, no se reconoce y paga la prestación ejecutada por fuera del marco contractual, o con prescindencia de los requisitos para su ejecución; o, al contrario, no habrá un enriquecimiento sin justa causa cuando, no se cumplen con los parámetros establecidos en la providencia de unificación.

- e) *Con base en lo expuesto en el acta del comité de conciliación, se podría deducir que la carga de esperar la culminación de las gestiones presupuestales antes de ejecutar la prestación del servicio es del contratista, por consiguiente, no existe responsabilidad del Estado. Es un hecho culposo de este por no considerar las previsiones legales sobre la materia y por tanto debe perder lo invertido en la ejecución del contrato. Se traslada el daño antijurídico a la entera responsabilidad del particular, lo cual lo expone a perder el derecho de reclamar la reparación económica por su inversión.*

Tal y como se indica en la sentencia de unificación, del contratista se espera una buena objetiva, esto es, no solo la creencia de estar actuando de conformidad con las normas legales y reglamentarias, sino que efectivamente haya amoldado su *conducta* a lo estipulado en aquellas normas.

En tal sentido, cabe preguntarse sobre quien pesaba el deber de informar que el contrato había quedado desfinanciado, ¿sobre la entidad pública o sobre el contratista? Si la respuesta es esta segunda opción, no habría buena fe objetiva, por lo que no aplicaría la sentencia de unificación.

Sin embargo, quien conocía que el contrato estaba cercano a desfinanciarse era el Icfes, a través del Supervisor del contrato, el contratista únicamente prestaba las actividades contenidas en la orden de servicio por el plazo establecido en ese mismo documento, suponiendo, justificadamente, que se cumpliría con el plazo convenido.

- f) *Notificar por escrito al supervisor de la Orden de Compra de la Entidad Compradora cuando ésta consuma el 50%, el 60%, el 70%, el 80 y el 90% de los recursos de la Orden de Compra.*

De conformidad con lo establecido en el acuerdo marco para la contratación de la nube, el vendedor debía notificar por escrito al supervisor de la Orden de Compra de la Entidad Compradora cuando ésta consuma el 50%, el 60%, el 70%, el 80 y el 90% de los recursos de la Orden de Compra.

De conformidad con lo informado por el Supervisor del contrato, el valor total de este fue de Col \$ 952.298.202,66, lo cual indica que el 50% de los recursos de la orden de compra era el valor de Col \$476.149.101.

Respecto a la ejecución financiera del contrato, el Supervisor informó lo siguiente:

MES CONSUMO	MES FACTURA	REAL \$COP	PAGOS
Diciembre	Enero	41.952.182,00	Realizado
Enero	Febrero	90.554.571,64	Realizado
Febrero	Marzo	86.328.404,30	Realizado
Marzo	Abril	116.422.552,00	Realizado
Abril	Mayo	106.228.556,00	Realizado
Mayo	Junio	120.800.637,00	Realizado
Junio	Julio	111.449.801,59	Realizado
Julio	Agosto	122.770.253,65	Realizado
Agosto	Septiembre	139.591.941,00	Realizado
Septiembre	Octubre	156.063.500,00	Facturado
Octubre	Noviembre	164.241.273,85	Facturado

Conforme al informe financiero, el valor del 50% de la totalidad de la orden de compra se presentó con el pago de la factura expedida en junio de 2020, la cual correspondía al consumo del mes de mayo de 2020.

Por otra parte, en diciembre de 2020 el contratista elaboró informe de gestión de presupuesto en el cual indicó lo siguiente:

Este es un documento controlado; una vez se descargue o se imprima se considera NO CONTROLADO

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

*Durante la ejecución del contrato, se construyó un documento con el detalle del total del presupuesto y de sus consumos mensuales, con las proyecciones que se envió desde junio de 2020.*

*En el mes de agosto se notificó de manera preventiva que el presupuesto no era suficiente para dar servicio por los meses que se habían aumentado en la adición, este correo se envió el día 26 de agosto de 2020.*

*Incluso incluyendo la segunda adición realizada el consumo de la orden de compra estaba en el 96,21%.*

*Así mismo, se elaboró con la actualización el reporte en agosto, dos escenarios de proyecciones uno a 12 meses y otro a 18 meses.*

*En común acuerdo, para poder tener visibilidad y para poder realizar una provisión del gasto, se acordó que mensualmente después del 20 de cada mes que se enviaría un correo con la información del valor estimado del consumo del mes en curso, el valor real de los meses pasados, así como el presupuesto real que se tenía para cada mes. A continuación, se muestra una captura de los correos enviados mes a mes iniciando el mes de mayo (21 de mayo de 2020) hasta el 21 de agosto de 2020.*

*En los correos se observa que el presupuesto estaba por debajo de los consumos reales y que el facturado mes a mes estaba por encima de los estimados que se calculaban usando el promedio de meses anteriores.*

*Para el envío de este primer correo el porcentaje de consumo de la orden de compra con su primera adición era de 48,23%.*

*En este siguiente correo el porcentaje de uso del orden de compra con su primera adición era de 62,05%, se empezaba a ver la tendencia que el consumo real estaba, no solo superando el presupuestado sino incluso, las proyecciones de consumo del mes.*

*En este siguiente correo el porcentaje de consumo de la orden de compra era del 74,79%, nuevamente se repite que el consumo real está por encima del proyectado y del presupuestado.*

*En este siguiente correo el porcentaje de consumo de la orden de compra era del 88,83%, se sigue manteniendo el mismo comportamiento, el consumo real está por encima del proyectado y del presupuestado.*

*Para el mes de septiembre se informa que el presupuesto se acabó durante el mes.*

*Durante la ejecución del contrato se observa cómo se fue reportando al administrador del contrato con debida antelación Y DE MANERA PREVENTIVA DEL CONSUMO de los recursos y así mismo le fue notificado de los recursos que tenía pendiente de utilización, advirtiéndole de la inminencia de quedarse sin recursos dentro del contrato conforme la tendencia de consumos.*

En dicho informe se adjuntaron las siguientes imágenes:



Carlos Alberto Castillo Velasquez

Thu 5/21/2020 7:19 PM

To: amgil@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co



Hola Milena

Te envío la estimación de consumos de este mes, el ejercicio se ha realizado teniendo en cuenta el comportamiento de los meses pasados y de la eventual variación de la TRM. vale anotar que el consumo del AWS es por demanda y que este comportamiento puede cambiar en un solo día.

Te envío el historial de facturación y el valor de estimado que te había enviado el mes pasado con su respectivo valor real de la factura generada.

Valor Facturado	MES	Factura \$COP
Real	Diciembre	\$ 41.952.182
Real	Enero	\$ 90.554.572
Real	Febrero	\$ 86.328.404
Real	Marzo	\$ 96.644.973
Estimado	Abril	\$ 111.146.449
Real	Abril	\$ 106.228.558
Estimado	Mayo	\$ 116.392.605

Quedo atento

Atte,  
Carlos Castillo



Carlos Alberto Castillo Velasquez

Tue 6/23/2020 11:51 AM

To: amgil@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co



Hola a todos

Envío el estimado de consumo para el mes de Junio, la tabla cambio un poco pero es la misma información que hemos venido entregado

MES	ESTIMADO \$ COP	REAL \$COP	PRESUPUESTO
Diciembre	\$ 41.952.182	\$ 41.952.182	
Enero	\$ 90.554.572	\$ 90.554.572	\$ 77.928.350
Febrero	\$ 86.328.404	\$ 86.328.404	\$ 77.928.350
Marzo	\$ 96.644.973	\$ 96.644.973	\$ 77.928.350
Abril	\$ 111.146.449	\$ 106.228.558	\$ 77.928.350
Mayo	\$ 116.392.605	\$ 120.800.637	\$ 77.928.350
Junio	\$ 108.726.998		\$ 77.928.350

Quedo atento

Atte,  
Carlos Castillo




**Carlos Alberto Castillo Velasquez**  
 Tue 7/21/2020 5:14 PM  
 To: amgil@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co

Hola a todos

Envío el estimado de consumo para el mes de Julio, la tabla tiene el mismo formato que el mes pasado

MES	ESTIMADO \$ COP	REAL \$COP	PRESUPUESTO
Diciembre	\$ 41.952.182	\$ 41.952.182	
Enero	\$ 90.554.572	\$ 90.554.572	\$ 77.928.350
Febrero	\$ 86.328.404	\$ 86.328.404	\$ 77.928.350
Marzo	\$ 96.644.973	\$ 96.644.973	\$ 77.928.350
Abril	\$ 111.146.449	\$ 106.228.556	\$ 77.928.350
Mayo	\$ 116.392.605	\$ 120.800.637	\$ 77.928.350
Junio	\$ 108.726.998	\$ 111.449.802	\$ 77.928.350
Julio	\$ 113.528.308		\$ 77.928.350

Atte,  
Carlos Castillo  
Director de Nuevos Negocios


**Carlos Alberto Castillo Velasquez**  
 Fri 8/21/2020 2:14 PM  
 To: amgil@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co

Hola a todos,

Envío cuadro con la estimacion de los servicios para el mes de Agosto, la tabla tiene el mismo formato que el mes pasado

MES	ESTIMADO \$ COP	REAL \$COP	PRESUPUESTO
Diciembre	\$ 41.952.182	\$ 41.952.182	
Enero	\$ 90.554.572	\$ 90.554.572	\$ 77.928.350
Febrero	\$ 86.328.404	\$ 86.328.404	\$ 77.928.350
Marzo	\$ 96.644.973	\$ 96.644.973	\$ 77.928.350
Abril	\$ 111.146.449	\$ 106.228.556	\$ 77.928.350
Mayo	\$ 116.392.605	\$ 120.800.637	\$ 77.928.350
Junio	\$ 108.726.998	\$ 111.449.802	\$ 77.928.350
Julio	\$ 113.528.308	\$ 122.770.254	\$ 77.928.350
Agosto	\$ 127.862.875		\$ 77.928.350

Quedo atento

Atte,



Carlos Alberto Castillo Velasquez  
 Business Development Manager, S3 Simple Smart Speedy SAS  
[57 350 5850858](tel:573505850858) | [carlos.castillo@s3.com.co](mailto:carlos.castillo@s3.com.co)  
<https://s3.com.co/>  
[carlos.alberto.castillo@gmail.com](mailto:carlos.alberto.castillo@gmail.com)





Carlos Alberto Castillo Velasquez  
Tue 9/22/2020 10:48 AM  
To: amgil@icfes.gov.co; dlopez@icfes.gov.co

Hola

Se envía estimación de consumos, cabe anotar que este mes se estima que se realice cobro de servicios de hora especialista, dado que la bolsa que se contaba desde inicio de contrato, ya se acabo. Adicionalmente, confirme a los consumos mes a mes se evidencia que este mes **se acabo el presupuesto que se tenía para el contrato.**

Quedo atento

MES	ESTIMADO \$ COP	REAL \$COP	PRESUPUESTO
Diciembre	\$ 41.952.182	\$ 41.952.182	
Enero	\$ 90.554.572	\$ 90.554.572	\$ 77.928.350
Febrero	\$ 86.328.404	\$ 86.328.404	\$ 77.928.350
Marzo	\$ 90.644.973	\$ 90.644.973	\$ 77.928.350
Abril	\$ 111.146.449	\$ 106.228.556	\$ 77.928.350
Mayo	\$ 116.392.605	\$ 120.800.637	\$ 77.928.350
Junio	\$ 108.726.998	\$ 111.449.802	\$ 77.928.350
Julio	\$ 113.528.308	\$ 122.770.254	\$ 77.928.350
Agosto	\$ 127.862.875	\$ 139.452.489	\$ 77.928.350
Septiembre	\$ 138.349.889		

Atte,

Carlos Alberto Castillo Velasquez  
Business Development Manager, S3 Simple Smart Speedy SAS  
57 350 5850858 | carlos.castillo@s3.com.co  
<https://s3.com.co>  
carlos.alberto.castillo@gmail.com



De conformidad con lo anterior, el primer informe registrado sobre el consumo del contrato fue el día 21 de mayo de 2020, esto es, cuando el contrato ya había consumido el 50% del valor de este. Tales informes también se emitieron en junio, julio, agosto y septiembre de 2020.

Por tales motivos, parecería que el contratista emitió los informes a los cuales estaba obligado contractualmente.

## DECISIÓN

Conforme se establece de los votos remitidos a la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial, se construye como sigue:

Se presentó impedimento por parte del Dr. Ciro González Ramírez, Secretario General por cuanto al estar el caso remitido a la Oficina de Control Interno Disciplinario y el ejercer la calidad de operador disciplinario, se acepta el impedimento y se excluye de la votación respecto del presente caso.

La Dra. Mónica Ospina, Directora General, emite voto por pago parcial. *Indicando, De acuerdo con los hechos expuestos y las pruebas adjuntadas a lo largo del Comité para decidir el presente caso, considero que se debe iniciar un proceso formal de arreglo directo con el Contratista S3 por medio de una comunicación por escrito en la que se exponga la existencia de una diferencia y la tasación de responsabilidad de esa organización durante la ejecución contractual, de manera que se sustente y manifieste la intención de iniciar el procedimiento correspondiente que pueda dar lugar a una solución de controversias alternativa, previa a la liquidación de la orden de compra. En este proceso formal, y que se recomienda que se adelante por la Oficina Asesora Jurídica, se debe buscar una reducción de la indemnización por la concurrencia de culpas del contratista en la generación del daño y, con esto, una disminución del valor a reconocer por los mayores valores, de manera que, en caso de lograrse un acuerdo, se suscriba una transacción en el acta de liquidación que libere a las organizaciones de cualquier futuro litigio.*

Lo anterior lo sustentó en los siguientes argumentos:

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

*En el presente caso es factible que concurran los tres elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es: daño antijurídico, acción u omisión de la Entidad y la causalidad entre el daño y la Entidad (Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2011). Si bien esta teoría se deriva de la responsabilidad del Estado por hechos extracontractuales, es menester abordarla al tenerse que se trata de un presunto enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad, como lo aduce el concepto de la Oficina Asesora Jurídica, pues esta se benefició de la prestación de un servicio por parte de un contratista que excedió el monto contratado inicialmente, hecho que genera una mayor ejecución y, presuntamente, el efecto del enriquecimiento en favor del Icfes.*

*Ahora bien, la duda que genera discusión a lo largo de este Comité es la posible concurrencia de culpas por parte del contratista en la ejecución del contrato y, por tanto, exponerse imprudentemente a la mayor ejecución a sabiendas de que la entidad no contaba con el registro presupuestal para esto. Esta duda me permitirá resolverla por medio de los hechos narrados y las evidencias adjuntadas para el análisis, de la siguiente forma: (i) el contratista sí alertó a la supervisión del contrato sobre el avance en el consumo de los servicios contratados por medio de la Orden de Compra, como lo exige la cláusula 11.59 del Acuerdo Marco de Precios para la Prestación de Servicios de Nube Pública de Colombia Compra Eficiente (en adelante "Acuerdo Marco"); (ii) el contratista incumplió la obligación 11.60 del Acuerdo Marco en el que se contempla que debe indefectiblemente "suspender el acceso de los Servicios de Nube Pública a la Entidad Compradora cuando esta consuma todos los recursos de la Orden de Compra", lo que en ningún caso hizo el Contratista y su propia concurrencia en el hecho, a sabiendas de que efectivamente la Entidad no contaba con un registro presupuestal correspondiente, decidió continuar con la prestación del servicio y generó la mayor ejecución del contrato y así lo reconoció en el correo del 07 de octubre de 2020 de Carlos Alberto Castillo Velásquez dirigido a Fabio Téllez de Amazon, en el que afirmó: "Por otro lado se requirieron ampliaciones de capacidad del orden de USD\$41.136 en la infraestructura de AWS adicionales a los consumos regulares de la operación, solo por efecto del crecimiento requerido en el portal, en las bases de datos y en general en la infraestructura para poder dar soporte a la pruebas de estado y a los requerimientos que experimentó el portal. Estos comportamientos atípicos hicieron que el presupuesto de la entidad se consumiera antes de lo previsto a pesar de los esfuerzos de realizar optimizaciones y de provisiones respecto a las adiciones" (sic) (negrilla fuera del texto); y (iii) el contratista, conforme a la cláusula 11.28 del Acuerdo Marco, debió informar a Colombia Compra Eficiente en los 30 días siguientes al vencimiento de la Orden de Compra, esto es, a más tardar el 30 de noviembre de 2020, que el Icfes tenía una obligación pendiente de pago por la ejecución, sin embargo, el contratista guardó silencio y en ningún caso notificó a Colombia Compra Eficiente o hizo uso de mecanismos de defensa previstos en el Acuerdo.*

*Como se evidencia de lo anterior, el contratista, aun cuando notificó a la supervisión del contrato sobre la ejecución de la Orden de Compra, incumplió otras obligaciones a su cargo y generó una concurrencia por su propia culpa en la mayor ejecución del contrato. A la luz del artículo 2357 del Código Civil, esto se conoce como la teoría de la concurrencia de culpas cuya consecuencia es la reducción del daño por exponerse imprudentemente a él. Teoría que ha sido avalada y utilizada por el Consejo de Estado en distintas jurisprudencias sobre el daño antijurídico del Estado colombiano.*

*No obstante, a pesar de que el contratista concurrió por su culpa en la mayor ejecución, el Icfes presuntamente puede tener responsabilidad en la generación del hecho porque la supervisión no tomó preventivas para solventar la disponibilidad de recursos, aun conociendo la mayor ejecución de la Orden de Compra. Adicionalmente, teniendo en cuenta que en esta instancia se debe analizar la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la Entidad, es importante poner de presente la probabilidad de que, ante una futura acción judicial en su contra, el Icfes sea condenado por posibles pruebas testimoniales, documentales y del deber de supervisión que le asigna la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 de 2011, aplicables en este caso por tratarse de un Acuerdo Marco. Además, de que la Entidad en varias comunicaciones ha reconocido la obligación por la mayor ejecución de los servicios prestados durante los meses de septiembre y octubre de 2020.*

*En ese sentido, en aras de propender por los intereses de la Entidad y con la intención de reducir el daño patrimonial del Icfes, se recomienda iniciar formalmente el procedimiento establecido en el artículo 31 del Acuerdo Marco, que, si bien se predica entre discordias entre Colombia Compra y el Proveedor, es aplicable por extensión al Icfes para buscar una reducción del monto a reconocer por la obligación del contratista, dada su responsabilidad en la concurrencia de culpas en el hecho antijurídico. Para iniciar esta etapa, es fundamental que se tase la concurrencia del contratista en el hecho generador y, como consecuencia de ello, formalmente el Icfes inicie la negociación con una comunicación formal en la que se estipule la oferta de arreglo directo. Para esto, se recomienda al Comité acoger como delegataria para transar a la jefe de la Oficina Asesora Jurídica, como representante judicial de la Entidad, y al subdirector de Abastecimiento como ejecutor de las políticas contractuales del Icfes.*

*En caso de lograrse un acuerdo, se recomienda al Comité acogerse a la transacción por medio del acta de liquidación, como un procedimiento avalado y permitido por la Corte Constitucional en la sentencia C-967 de 2012 en la que analizó la constitucionalidad del artículo 60 de la Ley 80 de 1993.*

*Como se evidencia, esta propuesta pretende reducir el daño patrimonial de la entidad por la concurrencia de culpas que puede haber en el hecho generador de una mayor ejecución.*

	ACTA COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT007
	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 2

La Dra. Beatriz Adriana Cortes, Directora de Producción y Operaciones, emite voto en sentido negativo frente al pago. Indicando *“De acuerdo con el acta No. 23 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial llevado a cabo el pasado 13 de noviembre de 2020, se expuso el caso “1) ESTUDIO TRANSACCIÓN SIMPLE SMART SPEEDY SAS”, en el que se tomó la siguiente decisión:*

*“Se acoge por parte de los miembros la recomendación dada por parte del Dr. José Gabriel Calderón, abogado de la O.A.J., en el sentido de proceder a realizar la transacción en los términos establecidos en este estudio, reconociendo y pagando a S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S. la suma de \$320.304.773,65 correspondientes a servicios prestados, y certificados por el Supervisor del contrato, en los meses de septiembre y octubre de 2020 los cuales no contaban con el correspondiente registro presupuestal.*

*Ese reconocimiento deberá efectuarse mediante un contrato de transacción que se incorporará a la liquidación del contrato. Remitir copia de la presente ficha a la Oficina de Control Interno Disciplinario para lo de su competencia.”*

*De otra parte, dentro del estudio realizado sobre el caso no se menciona si las facturas presentadas fueron aceptadas u objetadas, como tampoco se verifica si la cifra a cancelar se enmarca en las condiciones del Acuerdo Marco de Servicios de Nube Pública (Acuerdo Marco CCE-908-1- AMP-2019), en el cual se encuentra lo siguiente:*

*“Durante la ejecución de las Órdenes de Compra, el precio de los Servicios de Computación en la Nube disponible en dólares puede variar como sigue: A los 30 días calendario siguientes al envío de la Solicitud de Cotización, la Entidad Compradora y el Proveedor deben verificar si hay una variación superior al 5% entre la TRM de la Solicitud de Cotización y la TRM disponible en <http://www.banrep.gov.co/es/trm> o en la fuente de información que la sustituya. Si la variación es superior al 5%, el precio de los Servicios de Computación en la Nube del siguiente periodo de facturación cambia en la misma proporción de dicha variación. El punto de comparación inicial es el de la fecha de envío de la Solicitud de Cotización, para las demás actualizaciones, el punto de comparación será el de la última actualización.”*

El Dr. Carlos Alberto Sánchez, director de Tecnología e información; la Dra. Natalia González, directora de Evaluación y la Dra. Ana María Cristina De la Cuadra, jefe de la Oficina Asesora Jurídica, emitieron voto positivo.

Los términos de cada voto se transcriben, igualmente se encuentran expresados en los formatos remitidos que hacen parte de la presenta acta.

Así las cosas, se establece que respecto del caso estudiado Transacción S3 Simple Smart Speedy S.A.S. se presentaron 3 votos a favor de del pago total y de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Resolución 091 de 2016, hay quorum decisorio y se aprueba por mayoría simple la recomendación dada por el apoderado.

Se acoge la recomendación dada por el Dr. José Gabriel Calderón en el sentido de reconocer y pagar a S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S. la suma de \$320.304.773,65 correspondientes a servicios prestados, y certificados por el Supervisor del contrato, en los meses de septiembre y octubre de 2020 los cuales no contaban con el correspondiente registro presupuestal.

Ese reconocimiento deberá efectuarse mediante un contrato de transacción.

De otra parte, se informa que mediante comunicación de fecha 20 de noviembre de 2020, se remitió el caso a la Secretaria General para efectos de ser estudiado el caso por parte del operador disciplinario.



MONICA OSPINA LONDOÑO  
Directora General



WILSON CÉSAR GARCÍA CAMARGO  
Secretario Técnico

	FORMATO DE VOTACIÓN COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT008
	GESTIÓN JURIDICA	Versión: 2

Clasificación de la información	<input checked="" type="checkbox"/> Pública	<input type="checkbox"/> Clasificada	<input type="checkbox"/> Reservada
---------------------------------	---	--------------------------------------	------------------------------------

**Fecha:** 28 de enero de 2021 **Tipo de Sesión:** Virtual

**Miembro del Comité:**

Nombres y Apellidos	Cargo
Mónica Ospina Londoño	Director(a) General

**Votación:**

Situación	Aprueba pago total	Aprueba pago Parcial	Aprueba no pago	Aprueba Acta	Observaciones
Aprobación acta No. 1 de 22 de enero de 2020				X	
Caso transacción S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S.		X			

Estimados miembros del Comité de Conciliación, a continuación, me permito hacer algunas observaciones sobre mi votación:

De acuerdo con los hechos expuestos y las pruebas adjuntadas a lo largo del Comité para decidir el presente caso, considero que se debe iniciar un proceso formal de arreglo directo con el Contratista S3 por medio de una comunicación por escrito en la que se exponga la existencia de una diferencia y la tasación de responsabilidad de esa organización durante la ejecución contractual, de manera que se sustente y manifieste la intención de iniciar el procedimiento correspondiente que pueda dar lugar a una solución de controversias alternativa, previa a la liquidación de la orden de compra. En este proceso formal, y que se recomienda que se adelante por la Oficina Asesora Jurídica, se debe buscar una reducción de la indemnización por la concurrencia de culpas del contratista en la generación del daño y, con esto, una disminución del valor a reconocer por los mayores valores, de manera que, en caso de lograrse un acuerdo, se suscriba una transacción en el acta de liquidación que libere a las organizaciones de cualquier futuro litigio.

Lo anterior lo sustentó en los siguientes argumentos:

En el presente caso es factible que concurren los tres elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es: daño antijurídico, acción u omisión de la Entidad y la causalidad entre el daño

	FORMATO DE VOTACIÓN COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT008
	GESTIÓN JURIDICA	Versión: 2

y la Entidad (Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2011). Si bien esta teoría se deriva de la responsabilidad del Estado por hechos extracontractuales, es menester abordarla al tenerse que se trata de un presunto enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad, como lo aduce el concepto de la Oficina Asesora Jurídica, pues esta se benefició de la prestación de un servicio por parte de un contratista que excedió el monto contratado inicialmente, hecho que genera una mayor ejecución y, presuntamente, el efecto del enriquecimiento en favor del Icfes.

Ahora bien, la duda que genera discusión a lo largo de este Comité es la posible concurrencia de culpas por parte del contratista en la ejecución del contrato y, por tanto, exponerse imprudentemente a la mayor ejecución a sabiendas de que la entidad no contaba con el registro presupuestal para esto. Esta duda me permitiré resolverla por medio de los hechos narrados y las evidencias adjuntadas para el análisis, de la siguiente forma: (i) el contratista sí alertó a la supervisión del contrato sobre el avance en el consumo de los servicios contratados por medio de la Orden de Compra, como lo exige la cláusula 11.59 del Acuerdo Marco de Precios para la Prestación de Servicios de Nube Pública de Colombia Compra Eficiente (en adelante “Acuerdo Marco”); (ii) el contratista incumplió la obligación 11.60 del Acuerdo Marco en el que se contempla que debe indefectiblemente “suspender el acceso de los Servicios de Nube Pública a la Entidad Compradora cuando esta consume todos los recursos de la Orden de Compra”, lo que en ningún caso hizo el Contratista y su propia concurrencia en el hecho, a sabiendas de que efectivamente la Entidad no contaba con un registro presupuestal correspondiente, decidió continuar con la prestación del servicio y generó la mayor ejecución del contrato y así lo reconoció en el correo del 07 de octubre de 2020 de Carlos Alberto Castillo Velasquez dirigido a Fabio Tellez de Amazon, en el que afirmó: “Por otro lado se requirieron ampliaciones de capacidad del orden de USD\$41.136 en la infraestructura de AWS adicionales a los consumos regulares de la operación, solo por efecto del crecimiento requerido en el portal, en las bases de datos y en general en la infraestructura para poder dar soporte a la pruebas de estado y a los requerimientos que experimento el portal. **Estos comportamiento atípicos hicieron que el presupuesto de la entidad se consumiera antes de lo previsto a pesar los esfuerzos de realizar optimizaciones y de previsiones respecto a las adiciones**” (sic) (negrilla fuera del texto); y (iii) el contratista, conforme a la cláusula 11.28 del Acuerdo Marco, debió informar a Colombia Compra Eficiente en los 30 días siguientes al vencimiento de la Orden de Compra, esto es, a más tardar el 30 de noviembre de 2020, que el Icfes tenía una obligación pendiente de pago por la ejecución, sin embargo, el contratista guardó silencio y en ningún caso notificó a Colombia Compra Eficiente o hizo uso de mecanismos de defensa previstos en el Acuerdo.

Como se evidencia de lo anterior, el contratista, aun cuando notificó a la supervisión del contrato sobre la ejecución de la Orden de Compra, incumplió otras obligaciones a su cargo y generó una concurrencia por su propia culpa en la mayor ejecución del contrato. A la luz del artículo 2357 del Código Civil, esto se conoce como la teoría de la concurrencia de culpas cuya consecuencia es la reducción del daño por exponerse imprudentemente a él. Teoría que ha sido avalada y utilizada por el Consejo de Estado en distintas jurisprudencias sobre el daño antijurídico del Estado colombiano.

No obstante, a pesar de que el contratista concurrió por su culpa en la mayor ejecución, el Icfes presuntamente puede tener responsabilidad en la generación del hecho porque la supervisión no tomó preventivas para solventar la disponibilidad de recursos, aun conociendo la mayor ejecución de la Orden de Compra. Adicionalmente, teniendo en cuenta que en esta instancia se debe analizar la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la Entidad, es importante poner

	FORMATO DE VOTACIÓN COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT008
	GESTIÓN JURIDICA	Versión: 2

de presente la probabilidad de que, ante una futura acción judicial en su contra, el Icfes sea condenado por posibles pruebas testimoniales, documentales y del deber de supervisión que le asigna la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 de 2011, aplicables en este caso por tratarse de un Acuerdo Marco. Además, de que la Entidad en varias comunicaciones ha reconocido la obligación por la mayor ejecución de los servicios prestados durante los meses de septiembre y octubre de 2020.

En ese sentido, en aras de propender por los intereses de la Entidad y con la intención de reducir el daño patrimonial del Icfes, se recomienda iniciar formalmente el procedimiento establecido en el artículo 31 del Acuerdo Marco, que, si bien se predica entre discordias entre Colombia Compra y el Proveedor, es aplicable por extensión al Icfes para buscar una reducción del monto a reconocer por la obligación del contratista, dada su responsabilidad en la concurrencia de culpas en el hecho antijurídico. Para iniciar esta etapa, es fundamental que se tase la concurrencia del contratista en el hecho generador y, como consecuencia de ello, formalmente el Icfes inicie la negociación con una comunicación formal en la que se estipule la oferta de arreglo directo. Para esto, se recomienda al Comité acoger como delegataria para transar a la jefe de la Oficina Asesora Jurídica, como representante judicial de la Entidad, y al subdirector de Abastecimiento como ejecutor de las políticas contractuales del Icfes.

En caso de lograrse un acuerdo, se recomienda al Comité acogerse a la transacción por medio del acta de liquidación, como un procedimiento avalado y permitido por la Corte Constitucional en la sentencia C-967 de 2012 en la que analizó la constitucionalidad del artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

Como se evidencia, esta propuesta pretende reducir el daño patrimonial de la entidad por la concurrencia de culpas que puede haber en el hecho generador de una mayor ejecución

	FORMATO DE VOTACIÓN COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT008
	GESTIÓN JURIDICA	Versión: 2

Clasificación de la información	<input checked="" type="checkbox"/> Pública	<input type="checkbox"/> Clasificada	<input type="checkbox"/> Reservada
---------------------------------	---	--------------------------------------	------------------------------------

**Fecha:**

28 de enero de 2021

**Tipo de Sesión:**

Virtual

**Miembro del Comité:**

Nombres y Apellidos	Cargo
Ciro González Ramírez	Secretario(a) General

**Votación:**

Situación	Aprueba pago total	Aprueba pago Parcial	Aprueba no pago	Aprueba Acta	Observaciones
Aprobación acta No. 1 del 22 de enero de 2020				X	
Caso transacción S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S.					Teniendo en cuenta el numeral 3.3 de las recomendaciones efectuadas por parte de la OAJ, me abstengo de pronunciarme sobre el caso concreto por mi condición de operador disciplinario de la entidad.

	FORMATO DE VOTACIÓN COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT008
	GESTIÓN JURIDICA	Versión: 2

Clasificación de la información	<input checked="" type="checkbox"/> Pública	<input type="checkbox"/> Clasificada	<input type="checkbox"/> Reservada
---------------------------------	---	--------------------------------------	------------------------------------

**Fecha:** 28 de enero de 2021

**Tipo de Sesión:** Virtual

**Miembro del Comité:**

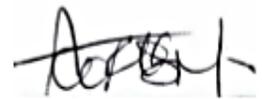
Nombres y Apellidos	Cargo
Beatriz Adriana Cortes Martínez	Director(a) de Producción y Operaciones

**Votación:**

Situación	Aprueba pago total	Aprueba pago Parcial	Aprueba no pago	Aprueba Acta	Observaciones
Aprobación acta No. 1 del 22 de enero de 2020				x	N/A
Caso transacción S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S.			x		<p>De acuerdo con el acta No. 23 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial llevado a cabo el pasado 13 de noviembre de 2020, se expuso el caso "1) ESTUDIO TRANSACCIÓN SIMPLE SMART SPEEDY SAS", en el que se tomó la siguiente decisión:</p> <p><i>"Se acoge por parte de los miembros la recomendación dada por parte del Dr. José Gabriel Calderón, abogado de la O.A.J., en el sentido de proceder a realizar la transacción en los términos establecidos en este estudio, reconociendo y pagando a S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S. la suma de \$320.304.773,65 correspondientes a servicios prestados, y certificados por el Supervisor del contrato, en los meses de septiembre y octubre de 2020 los cuales no contaban con el correspondiente registro presupuestal.</i></p> <p><i>Ese reconocimiento deberá efectuarse mediante un contrato de transacción</i></p>

	FORMATO DE VOTACIÓN COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT008
	GESTIÓN JURIDICA	Versión: 2

				<p><i>que se incorporará a la liquidación del contrato. Remitir copia de la presente ficha a la Oficina de Control Interno Disciplinario para lo de su competencia.”</i></p> <p>De otra parte, dentro del estudio realizado sobre el caso no se menciona si las facturas presentadas fueron aceptadas u objetadas, como tampoco se verifica si la cifra a cancelar se enmarca en las condiciones del Acuerdo Marco de Servicios de Nube Pública (Acuerdo Marco CCE-908-1-AMP-2019), en el cual se encuentra lo siguiente:</p> <p><i>“Durante la ejecución de las Órdenes de Compra, el precio de los Servicios de Computación en la Nube disponible en dólares puede variar como sigue: A los 30 días calendario siguientes al envío de la Solicitud de Cotización, la Entidad Compradora y el Proveedor deben verificar si hay una variación superior al 5% entre la TRM de la Solicitud de Cotización y la TRM disponible en <a href="http://www.banrep.gov.co/es/trm">http://www.banrep.gov.co/es/trm</a> o en la fuente de información que la sustituya. Si la variación es superior al 5%, el precio de los Servicios de Computación en la Nube del siguiente periodo de facturación cambia en la misma proporción de dicha variación. El punto de comparación inicial es el de la fecha de envío de la Solicitud de Cotización, para las demás actualizaciones, el punto de comparación será el de la última actualización.”</i></p>
--	--	--	--	--



ADRIANA CORTÉS MARTÍNEZ

	FORMATO DE VOTACIÓN COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT008
	GESTIÓN JURIDICA	Versión: 2

Clasificación de la información	<input checked="" type="checkbox"/> Pública	<input type="checkbox"/> Clasificada	<input type="checkbox"/> Reservada
---------------------------------	---	--------------------------------------	------------------------------------

**Fecha:** 28 de enero de 2021

**Tipo de Sesión:** Virtual

**Miembro del Comité:**

Nombres y Apellidos	Cargo
NATALIA GONZÁLEZ GÓMEZ	Director(a) de Evaluación

**Votación:**

Votación	Aprueba pago total	Aprueba pago Parcial	Aprueba no pago	Aprueba Acta	Observaciones
1 del 22 de enero de				X	
33 SIMPLE SMART	X				

	FORMATO DE VOTACIÓN COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT008
	GESTIÓN JURIDICA	Versión: 2

Clasificación de la información	<input checked="" type="checkbox"/> Pública	<input type="checkbox"/> Clasificada	<input type="checkbox"/> Reservada
---------------------------------	---	--------------------------------------	------------------------------------

**Fecha:** 28 de enero de 2021

**Tipo de Sesión:** Virtual

**Miembro del Comité:**

Nombres y Apellidos	Cargo
CARLOS ALBERTO SANCHEZ RAVE	Director(a) de Tecnología e Información

**Votación:**

Situación	Aprueba pago total	Aprueba pago Parcial	Aprueba no pago	Aprueba Acta	Observaciones
Aprobación acta No. 1 del 22 de enero de 2020				X	
Caso transacción S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S.	X				

	FORMATO DE VOTACIÓN COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL	Código: GJU-FT008
	GESTIÓN JURIDICA	Versión: 2

Clasificación de la información	<input checked="" type="checkbox"/> Pública	<input type="checkbox"/> Clasificada	<input type="checkbox"/> Reservada
---------------------------------	---	--------------------------------------	------------------------------------

**Fecha:** 28 de enero de 2021

**Tipo de Sesión:** Virtual

**Miembro del Comité:**

Nombres y Apellidos	Cargo
Ana María Cristina De la Cuadra	Jefe Oficina Asesora Jurídica

**Votación:**

Situación	Aprueba pago total	Aprueba pago Parcial	Aprueba no pago	Aprueba Acta	Observaciones
Aprobación acta No. 1 del 22 de enero de 2020				x	
Caso transacción S3 SIMPLE SMART SPEEDY S.A.S.	x				