



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 250002326000201000660 01 (53.318)
Demandante: INNOVATECNIA LTDA Y MACROS LTDA -
integrantes de la Unión Temporal
MACROINNOVA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército
Nacional- Dirección de Inteligencia del Ejército
Nacional
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C.

La controversia versa sobre la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró el incumplimiento del contrato No. 625 -DINTE-2007 y se hizo efectiva una garantía de calidad, con fundamento en que el Sistema de Enlace Web de Inteligencia Militar adquirido a través de ese contrato no funcionó en su totalidad. El Tribunal negó las pretensiones de la demanda. En su apelación la parte recurrente insistió en el cargo de violación del debido proceso con fundamento en que: (i) no tuvo oportunidad de controvertir dos documentos en los que se fundó dicha declaratoria y en que (ii) no se analizó la responsabilidad de los integrantes de una unión temporal de conformidad con lo establecido en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El 28 de noviembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C profirió la siguiente decisión (se transcribe como obra en el expediente):

“PRIMERO. - Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“SEGUNDO: abstenerse de condenar en costas.

“TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia LIQUÍDENSE por Secretaría los gastos del proceso. Devuélvase los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial”¹.

¹ Folios 311 a 328 del cuaderno del Consejo de Estado.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATECNIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

2. El anterior proveído resolvió la demanda presentada por las sociedades INNOVATECNIA LTDA y MACROPOS LTDA, integrantes de la Unión Temporal MACROINNOVA (en adelante, MACROINNOVA, la Unión Temporal o la contratista) en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional (en adelante, DINTE) cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho son los siguientes:

Pretensiones

3. La parte demandante solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que se declare que la **UNIÓN TEMPORAL MACROINNOVA** cumplió integralmente el contrato de compraventa No. **625-DINTE-2007**, cuyo objeto fue la venta de un sistema de enlace de información web para inteligencia militar, suscrito con el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL**.

SEGUNDA. - Que se declare que el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL** no cumplió integralmente el contrato de compraventa No. **625-DINTE-2007**, suscrito con la **UNIÓN TEMPORAL MACROINNOVA**, en tanto no realizó adecuadamente el seguimiento al proyecto.

TERCERA.- Que se declare la nulidad de la resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009 por medio de la cual el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL** declaró el incumplimiento de las obligaciones del contratista respecto de la calidad del objeto del contrato de compraventa No. **625-DINTE-2007**, declaró ocurrido el siniestro respecto del amparo de calidad, cuantificó los perjuicios derivados de tal supuesto incumplimiento en la suma de **\$366.174.191.00**, hizo efectiva la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. **1012981** del 19 de junio de 2007, ordenó adelantar la acción de repetición de perjuicios en contra de la **UNIÓN TEMPORAL MACROINNOVA** por el valor de los perjuicios no cubiertos por la póliza, ordenó incluir el incumplimiento decretado en el Boletín de reporte semestral de la Cámara de Comercio, ordenó solicitar el pago inmediato al garante de la indemnización correspondiente y, en caso de renuencia a su pago, ordenó adelantar el respectivo cobro jurídico ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

CUARTA. - Que se declare la nulidad de la resolución No. 003 del 18 de enero de 2010, por medio de la cual el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL** no repuso la resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009, decidió confirmar tal acto administrativo y ordenó hacer efectiva la póliza No. **115291** del 19 de junio de 2007 en su amparo de calidad.

QUINTA. - Que se declare la nulidad de la resolución No. 045 del 9 de agosto de 2010, por medio de la cual el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL** corrigió un yerro de digitación en la resolución No. 003 del 18 de enero de 2010.

SEXTA.- Que se condene al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL** a indemnizar integralmente a los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL MACROINNOVA** los perjuicios, sobrecostos y erogaciones de todo

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATECNIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

tipo que sufran, lleguen a sufrir, asuman o se vean obligados a asumir como consecuencia de la ejecución de las resoluciones Nos. 061 del 15 de diciembre de 2009, 003 del 18 de enero de 2010 y 045 del 9 de agosto de 2010, y que en tal indemnización se incluya tanto el daño emergente como el lucro cesante, junto con la actualización monetaria y los intereses que en derecho correspondan.

SÉPTIMA-. *Que se condene al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL** a rectificar la información que fuera enviada a la Cámara de Comercio de Bogotá y a cualquier otra entidad pública o privada con fundamento en los actos administrativos impugnados.*

OCTAVA-. *Que se liquide judicialmente el contrato de compraventa No. **625-DINTE-2007**, y que en tal liquidación se excluyan los valores que pretende hacer efectivos el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL** en virtud de las resoluciones Nos. 061 del 15 de diciembre de 2009, 003 del 18 de enero de 2010 y 045 del 9 de agosto de 2010.*

NOVENA. - *Que se condene al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL** al pago de las costas y agencias en derecho que resulten probadas en el desarrollo del proceso.*

DÉCIMA. - *Que se condene al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJERCITO NACIONAL** a dar cumplimiento de la sentencia que ponga fin al proceso en los términos del artículo 177, siguientes y concordantes del Código Contencioso Administrativo”.*

Hechos

4. En apoyo de sus pretensiones, la parte demandante relató los siguientes hechos:

4.1. El 11 de mayo de 2007, mediante documento privado, se conformó la Unión Temporal MACROINNOVA, integrada por INNOVATECNIA LTDA y MACROPOS LTDA, con el fin de participar en la invitación denominada “*Defensa y Seguridad Nacional No. 196/ DINTE/2007*”.

4.2. El 19 de junio de 2007, MACROINNOVA y la DINTE suscribieron el contrato 625-DINTE-2007² cuyo objeto consistió en que “**EL CONTRATISTA vende al M.D.N. - EJERCITO NACIONAL- DINTE, UN SISTEMA DE ENLACE DE INFORMACIÓN WEB PARA INTELIGENCIA MILITAR, de las características y condiciones establecidas en la invitación a ofertar y la oferta presentada por el CONTRATISTA; a su vez la DINTE compra el sistema de enlace de información web [...]**”.

4.3. En la cláusula quinta las partes estipularon que el plazo de ejecución del contrato sería igual al término fijado para la entrega del material y 4 meses más; en la octava acordaron que la entrega total del material debía llevarse a cabo a más tardar el 10 de noviembre de 2007. Dijo la demandante que esa obligación se cumplió el día 9 de esos mes y año, de lo que da cuenta el acta 4.772, por medio de la cual la DINTE recibió a satisfacción el hardware y software objeto del contrato.

² Folios 54 a70 del cuaderno 1.

4.4. En la cláusula décima se estipuló que la contratista se comprometió a garantizar el perfecto funcionamiento de todo el software y hardware, y demás elementos que estuvieran involucrados en la implementación y configuración del sistema de enlace de información web por, al menos, 3 años; por tanto, como la entrega se hizo el 9 de noviembre de 2007, dicho periodo de garantía se extendió hasta el 10 de noviembre de 2010.

4.5. El 15 de diciembre de 2009, a través de la Resolución No. 061, la DINTE declaró el incumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal en lo que concierne a la calidad del objeto contratado, la ocurrencia del siniestro de calidad y ordenó hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento que amparaba el contrato, acto que fue confirmado mediante la Resolución No. 03 del 18 de enero de 2010.

Fundamentos de derecho

4.6. La parte actora relató que en el recurso de reposición que interpuso contra la Resolución No. 061 alegó que adolecía de: (i) “*Nulidad por falsa motivación*” porque el acto no coincide con la realidad objetiva y técnica, en tanto desconoce la propuesta que presentó MACROINNOVA y, específicamente, la arquitectura SOA de la solución, a partir de la cual se puede constatar que el sistema de información web estuvo determinado por el compromiso adquirido, que los elementos que garantizan la arquitectura implementada aplican los conceptos vigentes en el desarrollo de sistemas de información web, así como que, desde la propuesta estaba definida la forma de integración de los elementos del sistema, los cuales son consistentes. Advirtió que los “BUGs” y problemas de operación hacen parte de las mejoras y mantenimiento del sistema y no corresponden exclusivamente a su funcionalidad, sino a definiciones que tome el mando de la Central de Contrainteligencia Militar (en adelante, CECIM) en lo que concierne al flujo de información entre las dependencias y, por tanto, son determinaciones que no corresponde tomar al contratista; y, (ii) “*nulidad por violación de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, en razón del proceso desarrollado para la declaración de incumplimiento y imposición (sic) de la efectividad de la garantía de calidad*”, en tanto, antes de declarar el incumplimiento y de hacer efectiva la garantía, la DINTE no puso en conocimiento de MACROINNOVA el proceso que estaba adelantando el comité evaluador técnico ni estableció una etapa para escucharla en descargos.

4.7. Adicionalmente, la parte actora referenció los aspectos por los cuales estima que se vulneró su derecho al debido proceso, así:

(i) La Resolución 061 del 15 de diciembre de 2009 se basó, probatoria y técnicamente, en el oficio 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE-CECIM-B4-29.95 expedido el 16 de diciembre de 2009, es decir, en una fecha posterior, lo cual genera serias dudas acerca de la legalidad del procedimiento administrativo surtido y constituye plena prueba de la vulneración del derecho de defensa de las demandantes, en tanto no conocieron tal oficio y, por lo mismo, tampoco lo pudieron controvertir.

(ii) En el referido oficio del 16 de diciembre de 2009, se dejó constancia acerca de que el Mayor Ricardo Barbosa Camacho no estuvo presente durante los dos últimos

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATEC NIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

años para el seguimiento del proyecto por traslado de unidad, lo que demuestra que la demandada no hizo tal seguimiento y tampoco tomó las decisiones necesarias para el logro del objetivo contractual; por tanto, no podía predicarse un incumplimiento en cabeza del contratista, pues los inconvenientes se presentaron, justamente, por esa circunstancia.

(iii) La tasación de perjuicios que se hizo en la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009 se sustentó en el estudio de perjuicios económicos que quedó contenido en el oficio 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR-17.2 del 16 de diciembre de 2009, es decir, en un documento aparentemente producido en una fecha posterior a la de la expedición de tal acto administrativo que, por tanto, la contratista no conoció ni tuvo oportunidad de controvertir.

(iv) A pesar de su pertinencia y conducencia, no se dio trámite a la inspección que solicitó la contratista al momento de interponer el recurso de reposición contra la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009, sin expresar las razones que soportaron esa determinación. Afirmó que otro hubiera sido el curso del contrato si se hubiera accedido a inspeccionar de manera conjunta el sistema.

(v) El procedimiento administrativo se siguió como un todo frente a la Unión Temporal, sin vincular de manera individual a cada uno de sus integrantes, especialmente, a la firma MACROPOS LTDA, a la cual, por no haber hecho parte de aquel trámite, se le violó su derecho al debido proceso. Agregó que dicha sociedad participó en la ejecución del contrato suministrando hardware, licencias de software y elementos para la instalación del hardware, actividades frente a las cuales la DINTE no tuvo ningún reparo. Señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en el caso de las uniones temporales las sanciones por el incumplimiento de sus obligaciones se deben imponer de conformidad con la participación de cada uno de sus miembros y agregó que la sola falta de notificación a MACROPOS LTDA constituye una irregularidad que amerita la anulación de los actos administrativos.

(vi) En las resoluciones demandadas se citó equivocadamente la póliza No. 115291 del 20 de junio de 2009, documento inexistente, y en la resolución confirmatoria se hizo alusión a la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2010, lo que muestra una disconformidad en los motivos de la administración que amerita la nulidad de los actos administrativos.

5. En adición a lo anterior, la parte actora aseveró que al expedir las Resoluciones Nos. 061 del 15 de diciembre de 2009, 03 del 18 de enero de 2010 y 045 del 9 de agosto de 2010, la DINTE desconoció los artículos 2, 6, 29, 83, 90, 209 y 333 de la Constitución Política; los artículos 1495, 1546, 1602, 1603, 1613, 1614, 1621 y 2956 del Código Civil; 871 del Código de Comercio; 3, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo; 23 y 24 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, y 17 de la Ley 1150 de 2007.

6. Finalmente, en cuanto al incumplimiento contractual de la parte demandada, manifestó que las obligaciones de la DINTE no se limitaban al pago, sino que tenía también la obligación de ejecutar todas aquellas actividades que posibilitaran a la contratista ejecutar las labores dentro de las condiciones ofrecidas, para lo cual debía

realizar el seguimiento y acompañamiento en la confección del software encargado, pues debía ser elaborado con la estrecha participación de la entidad contratante; sin embargo, no procedió de esa manera.

Contestación de la demanda

7. En su defensa, la DINTE pidió desestimar las súplicas de la demanda. Para el efecto, adujo:

7.1. En lo que concierne a las pretensiones relativas al cumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandante e incumplimiento de las suyas, afirmó que, mientras la demandada sí observó debidamente sus obligaciones, aquella, en cambio, desconoció lo relacionado con la garantía técnica del sistema de enlace de información web para inteligencia militar porque después de la entrega se presentaron fallas en el funcionamiento que no fueron solucionadas a pesar de los requerimientos realizados. Agregó que MACROINNOVA pretende acreditar el cumplimiento de sus obligaciones con fundamento en el acta de recibo de puesta en funcionamiento de ese sistema, sin hacer alusión a los puntos en los que en ese mismo documento se dejó consignado su incumplimiento, los cuales, además, ponen de presente que no se trató de un acta de recibo a satisfacción.

7.2. Al pronunciarse en relación con la pretensión de nulidad que se funda en la violación del debido proceso, señaló que durante el trámite administrativo ese derecho sí se respetó, en tanto se requirió en varias oportunidades al representante de MACROINNOVA a fin de dar solución a las inconsistencias presentadas en el sistema entregado. Como fundamento de esta afirmación, relacionó varias comunicaciones cruzadas entre las partes, actas de reuniones e informes.

7.3. Indicó que en el curso del procedimiento se llevó a cabo una auditoría a los productos entregados y como resultado de la misma se concluyó que los requerimientos que se le realizaron a MACROINNOVA no fueron atendidos en su totalidad y que, como consecuencia de la inspección realizada al funcionamiento del aplicativo, se pudo evidenciar que el sistema no cuenta con un modelo de datos bien estructurado que obedezca a un diseño de alto nivel, con lo cual se incumplió lo definido en el numeral 1.4.3. de la cláusula séptima del contrato, información que fue confirmada por el comité técnico designado por la entidad contratante, que concluyó que el proyecto no estaba funcionando en su totalidad, ya que presentaba fallas de diversa índole.

7.4. Adujo adicionalmente que, con el fin de garantizar el debido proceso, el 22 de julio de 2009 se llevó a cabo una audiencia con el fin de realizar una auditoría al sistema con la presencia de la contratista, la aseguradora, el supervisor del contrato y el comité, en la que nuevamente se corroboró la existencia de errores en el sistema entregado. Dijo que la contratista pretendió dilatar su responsabilidad solicitando nuevamente —porque ya lo había hecho y se había accedido a ello— que se nombrara un comité idóneo con fundamento en que no existía un interlocutor para el contrato, lo cual, aseveró, no era procedente, de una parte, porque el comité se nombró y ejecutó su obligación y, de otra, porque se había designado un supervisor, que la Unión Temporal insistía en desconocer.

7.5. En relación con la responsabilidad de las integrantes de la Unión Temporal, dijo que, si bien en el numeral 3º del acuerdo de su conformación se estableció el porcentaje de participación de cada una de ellas, lo cierto es que en el numeral 4º se indicó que las sociedades responderían ante el comprador de manera solidaria y mancomunada por todas y cada una de las obligaciones señaladas en su oferta y en el contrato.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

8. Al justificar su decisión de negar las pretensiones de la demanda, el Tribunal Administrativo expresó las siguientes razones:

8.1. Señaló que, a partir del material probatorio obrante en el plenario, se evidencia que la entidad demandada dio a conocer a la contratista las fallas en las que incurrió en la ejecución del contrato con el fin de que las subsanara; además de que, en diferentes oportunidades, la citó para informarle acerca de las inconsistencias presentadas en el producto entregado; sin embargo, a pesar de los compromisos que adquirió, la contratista no logró subsanar los aspectos solicitados por la entidad contratante.

8.2. En lo que concierne a la alegada violación del debido proceso fundada en que la Resolución No. 061 se sustentó en un oficio de una fecha posterior —que corresponde a un informe emitido por el comité evaluador—, indicó que se trata de un error, toda vez que, si tal documento se hubiere expedido con posterioridad a la referida Resolución, no habría posibilidad de que hubiera sido mencionado en ese acto. Agregó que, en todo caso, dicho concepto no fue el fundamento de la declaratoria de incumplimiento, pues ésta se sustentó en el trámite administrativo adelantado por la DINTE, cuya duración se extendió por término superior a un año.

8.3. Expresó que tampoco se accedía a la nulidad de los actos por falta de notificación a cada uno de los socios que conformaron la Unión Temporal porque la notificación se realizó a su representante, por lo que se entendía realizada en debida forma.

8.4. Por último, mencionó que en las resoluciones no se impuso una sanción de acuerdo a la participación de cada una de las sociedades que componen MACROINNOVA, toda vez que en los actos administrativos lo que se declaró fue la ocurrencia del siniestro respecto del amparo de calidad y, en consecuencia, se hizo efectiva la póliza única de cumplimiento, por lo que la que estaba obligada al pago era la aseguradora y no las sociedades que constituyen la Unión Temporal.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

9. Las demandantes pidieron que se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se acceda a sus pretensiones. Después de referirse a la demanda, a los argumentos expuestos en el acápite de alegatos de conclusión y a los fundamentos de la sentencia objeto de impugnación, las recurrentes expresaron las siguientes razones de inconformidad:

9.1. Alegaron que la fecha posterior de los informes técnicos sobre los cuales se fundamentó la decisión de la administración —específicamente se refirió a los oficios 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 del comité técnico evaluador y 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR17.2 de 16 diciembre de 2009, denominado “*estudio de perjuicios económicos*”— no constituye un simple “*yerro*”, puesto que sustancialmente significa que los fundamentos técnicos que tuvo la entidad demandada para adoptar la decisión no se comunicaron en debida forma, ni con la correspondiente oportunidad a los demandantes, con lo que se desconoció de plano el derecho que les asistía a defenderse de los cargos de incumplimiento, toda vez que con sustento en tales documentos se determinó el supuesto incumplimiento respecto de las obligaciones de calidad y los perjuicios sufridos. Con base en lo anterior, afirmó que a los contratistas no se les dio la oportunidad de conocer a tiempo los cargos en su contra, y mucho menos de controvertirlos en audiencia con la posibilidad de solicitar pruebas para su defensa. Agregó que de lo que dan cuenta tales oficios es que la causa y el monto del perjuicio se sustentaron en pruebas producidas por la propia administración sin citación ni audiencia del contratista.

9.2. Adujo que se dio un manejo erróneo a la responsabilidad de los miembros de la Unión Temporal por el supuesto incumplimiento contractual, teniendo en cuenta que las actividades estaban claramente definidas en el documento de constitución de dicha figura asociativa. En ese sentido, resaltó que en lo que tiene que ver con el hardware y las licencias a cargo de MACROPOS LTDA no existió reparo alguno y que tales elementos fueron utilizados en un 100% por parte de la entidad demandada y aseveró que el “*inconveniente*” acusado por la DINTE se presentó única y exclusivamente en el software a cargo de INNOVATECNIA LTDA, por lo que el análisis del Tribunal sobre esta materia desconocía lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 que señala que en el caso de las uniones temporales las sanciones por incumplimiento se deben imponer según la participación de cada uno de sus integrantes.

10. El 3 de febrero de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación³, el cual fue admitido por esta Corporación el 20 de mayo de 2015⁴. El 12 de junio siguiente se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y para que, una vez concluido el término mencionado, se dejara a disposición del Ministerio Público para que rindiera concepto.

11. El 5 de octubre del mismo año, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión para señalar que: (i) a los integrantes de la Unión Temporal no se les dio a conocer y, por tanto, no tuvieron oportunidad de controvertir los oficios 094939/DINTE-CECIM-ADMIN del 11 de noviembre de 2009 y 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE-CECIM-B4-29.5 del 16 de diciembre de 2009; y (ii) no se notificó en debida forma la decisión administrativa a la firma MACROPOS LTDA, con lo cual se violó su derecho fundamental al debido proceso. Aseveró que la sola falta de notificación a este miembro de la Unión Temporal constituye una irregularidad que amerita la anulación de los actos administrativos demandados.

³ Folio 340 del cuaderno principal.

⁴ Folio 344 del cuaderno principal.

12. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

13. Con el objeto de resolver el recurso de apelación, la Sala deberá analizar y determinar (i) si en el trámite que precedió la expedición de las Resoluciones Nos. 061 del 15 de diciembre de 2009, 003 del 18 de enero de 2010 y 045 del 9 de agosto de 2010 se vulneró el debido proceso de la parte demandante por haberse fundado en dos oficios que no conoció —el 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 y el 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR17.2 de 16 diciembre de 2009—. Adicionalmente, se deberá establecer (ii) si se desconoció lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 en relación con la responsabilidad que asumen los integrantes de una unión temporal respecto del cumplimiento de sus obligaciones.

14. Sin perjuicio de lo anterior, es relevante puntualizar que la competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación de su impugnación. De manera que el margen de decisión del *ad quem* está dado por el objeto mismo del recurso, que consiste en las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia; por ello, la Sala no se pronunciará en relación con la alegada violación del debido proceso por falta de notificación a MACROPOS para vincularla al procedimiento administrativo que precedió a la expedición de las resoluciones demandadas, en tanto en el recurso de apelación la parte recurrente no presentó reparos frente a lo decidido en primera instancia en relación con esa específica materia.

15. En efecto, se tiene que, en lo que a ese aspecto concierne, el Tribunal concluyó que no se vulneró ese derecho porque al procedimiento se vinculó al representante de MACROINNOVA, tema frente al cual en el recurso no se presentó ningún reparo o motivo de disenso. Los argumentos esbozados en la apelación se dirigieron a señalar, en contra de lo decidido por el *a quo*: (i) que el debido proceso sí se vulneró porque no se puso en conocimiento de la parte actora los oficios previamente referenciados y (ii) que el hecho de que el pago de la indemnización fuera asumida por la aseguradora no significaba que el manejo de la responsabilidad de las integrantes de la Unión Temporal se hubiere hecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, a lo cual agregó que se debió adelantar un procedimiento que consultara las actividades asumidas por cada una de ellas y el grado de cumplimiento. Como se observa, ningún reparo se hizo en cuanto a si el representante de la unión estaba o no facultado para representar a ambas sociedades en el trámite administrativo que precedió la expedición de los actos administrativos demandados.

16. Por lo anterior, se pone de presente que el hecho de que en la etapa de alegatos de conclusión la parte demandante hubiera reiterado —como lo había hecho en la demanda, pero no en el recurso de apelación— que no haberse notificado

directamente a MACROPOS constituye una violación al debido proceso que da lugar a la nulidad de los actos administrativos demandados no supone que se tenga por apelado ese punto de la sentencia, toda vez que esa etapa del proceso no es la oportunidad preclusiva dispuesta por el legislador para sustentar el recurso de apelación, ni tiene esa finalidad.

17. Adicionalmente, es importante puntualizar que también en la etapa de alegatos de conclusión la parte actora señaló que no se le corrió traslado ni se le dio oportunidad de conocer y debatir el contenido del oficio 94939/DINTE-CECIM-ADMIN del 11 de noviembre de 2009, lo cual también habría vulnerado su derecho al debido proceso. Este aspecto tampoco será objeto de pronunciamiento en esta instancia, por cuanto no fue punto de debate en la primera. En efecto, se encuentra que, si bien en su demanda inicial la parte actora hizo alusión a ese punto en particular, lo cierto es que en la demanda reformada —que se presentó en su “*texto integral*”— se eliminó esa referencia y, por tanto, el litigio no se trabó en relación con ese tópico.

18. Se concluye, entonces, que en ese punto la demandante varió la *causa petendi*, en tanto pretendió incorporar ese aspecto al litigio después de precluidas las etapas procesales previstas legalmente para ello, esto es, la demanda, su corrección o adición⁵. Así las cosas, en aras de salvaguardar el principio de congruencia⁶ que impide que se sorprenda a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron objeto de debate en el proceso, salvo los que, de conformidad con la ley, deban ser resueltos de oficio, así como el principio de la preclusión y la regla de señalamiento que imponen a las partes la carga de expresar de manera clara y precisa los fundamentos fácticos de sus pretensiones para garantizar el debido proceso y el derecho de contradicción y defensa, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento en esta instancia sobre ese particular. Con todo, vale mencionar, que a ese aspecto tampoco se hizo referencia en el recurso de apelación.

19. Finalmente, es pertinente mencionar que, como tampoco fue objeto de la apelación, la Sala no se pronunciará en relación con las pretensiones de incumplimiento contractual, ni frente a la de nulidad por falsa motivación. Así como tampoco frente a la de liquidación del contrato.

Motivación de la sentencia

20. Para resolver sobre los cargos de la apelación, la Sala estima pertinente hacer las siguientes precisiones conceptuales respecto de la garantía de cumplimiento en materia de contratación estatal y sus amparos, así como del deber de la administración de garantizar el debido proceso en todas sus actuaciones, sean o no sancionatorias. Asimismo, se referirá a los presupuestos que deben estar presentes en un acto administrativo cuando a través suyo se pretende hacer efectiva una garantía contenida en una póliza de seguro.

⁵ CCA, artículo 208.

⁶ Según el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”), aplicable en virtud de la remisión contemplada en el artículo 267 del CCA, la sentencia debe estar en consonancia con “*los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades*” a las que se refiere ese código, por lo que el demandado no puede ser condenado por “*objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta*”.

La garantía de cumplimiento en materia de contratación estatal

21. Por imperativo legal, los contratistas del Estado están obligados a prestar garantía para el cumplimiento de sus obligaciones⁷. Así lo establecía, en su momento, el artículo 67 del Decreto Ley 222 de 1983, luego el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y, en la actualidad, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007. Para tales propósitos, la Ley 80 de 1993 se refirió a las pólizas expedidas por compañías de seguros y a las garantías bancarias; la Ley 1150 de 2007 hizo alusión a esos mismos mecanismos de cobertura del riesgo y agregó que las garantías podían consistir también en las que fueran autorizadas por el reglamento. En desarrollo de tal habilitación, a través del artículo 3 del Decreto 4828 de 2008⁸ el Gobierno Nacional dispuso que en los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, además de los anteriores, otros mecanismos de cobertura⁹. En esta oportunidad, las consideraciones de la Sala estarán dirigidas al análisis de la póliza de seguro de cumplimiento, por ser la que interesa a las resultas del proceso, aunque, valga mencionar, algunas de tales consideraciones son también predicables respecto de los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados para la contratación estatal.

22. La obligatoriedad de la garantía de cumplimiento se estableció en favor de la protección y satisfacción del interés general, en tanto procura asegurar la ejecución debida, total y oportuna del objeto contractual y proteger el patrimonio público de los daños que pudieran derivarse a raíz del incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones del contratista, de manera que los seguros de cumplimiento que expiden las compañías aseguradoras en garantía de contratos estatales participan de tales fines y propósitos, en tanto están concebidos para amparar a las entidades públicas de los perjuicios patrimoniales derivados de los incumplimientos de sus contratistas, de ahí que este tipo de seguros participen de la naturaleza de los de daños y, por tanto, que sean de carácter estrictamente indemnizatorio¹⁰, como imperativamente lo establece el artículo 1088 del Código de Comercio:

⁷ Salvo algunas excepciones, consagradas inicialmente en el inciso final del artículo 67 del Decreto 222 de 1983, luego en los dos incisos finales del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y, finalmente, en el inciso final del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

⁸ Derogado por el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012 (lo referente a garantías, Título V), este, a su vez, fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 (lo referente a garantías, Título III), el que, a su vez, fue compilado en el Decreto 1082 de 2015 (lo referente a garantías, Sección Tercera).

⁹ Póliza de seguros, fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores y depósito de dinero en garantía.

¹⁰ *“El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, ‘serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento’, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor”.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 170 de 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140; M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

“Por virtud de dicho pacto [se refiere al contrato de seguro de cumplimiento], el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto imputable al deudor –llamado tradicionalmente ‘afianzado’–, es decir, no proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor –o en general de una causa extraña–, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador.

Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura ‘...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que, si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil” (cas. civ.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATEC NIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

“Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.

23. Así, entonces, como en los seguros de daños de lo que se ampara al sujeto asegurado es de la pérdida o perjuicio patrimonial que pueda sufrir en razón de la ocurrencia del riesgo asegurado, debe concluirse que, en el caso del seguro de cumplimiento, sea o no constituido a favor de una entidad pública, el mero incumplimiento no configura el siniestro, sino que ese hecho debe estar acompañado de la causación de un daño o perjuicio patrimonial para el asegurado, pues, si así no fuere, el seguro se constituiría en fuente de enriquecimiento, en contra de lo que manda el ya citado artículo 1088 que establece el principio indemnizatorio. En este sentido, en sentencia del 12 de diciembre de 2006 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expresó¹¹:

“Reitera la Corte que los seguros como el de cumplimiento –que por naturaleza corresponden a los seguros de daños- implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños.”

24. En ese mismo sentido, en sentencia de 24 de julio de 2006¹², refiriéndose al contrato de seguro de cumplimiento, esa misma Corporación señaló:

“Tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, el de cumplimiento tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, a términos del art. 1054 ib., como la realización del riesgo asegurado, por manera que no puede constituirse en fuente de lucro para éste. Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada”.

25. Ahora, a través de los seguros de cumplimiento se puede amparar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en la ley o en un contrato¹³. En

2 de febrero de 2001, Exp. 5670). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de julio de 2006, Exp. 00191, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de diciembre de 2006, Exp. 68001 31 03 001 2000 00137 01 M.P. Edgardo Villamil Portilla.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de julio de 2006, Exp. 00191, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo y sentencia de 17 de julio de 2006 Exp. 17191, M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

¹³ “De conformidad con lo establecido en el citado texto legal, mediante esta modalidad contractual, que es una variante o especie de los seguros de daños –conforme lo ha expresado repetidamente esta Sala (Vid: cas. civ. 22 de junio de 1999, Exp. 5065; 2 de febrero de 2001, Exp. 5670; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942 y 7 de mayo de 2002, Exp. 6181), se puede garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en un contrato o en la ley.

Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto imputable al deudor –llamado tradicionalmente ‘afianzado’-, es decir, no proveniente de un caso fortuito o de

el caso de los contratos estatales normativamente se ha dispuesto que el contratista garantice, no sólo el cumplimiento de sus obligaciones específicas o principales, esto es, las pactadas para la consecución del objeto contractual, sino también las llamadas obligaciones accesorias de garantía y obligaciones de seguridad¹⁴ que surgen luego de cumplidas las anteriores¹⁵.

26. El tratadista Fernando Hinestrosa, refiriéndose a las obligaciones de garantía enseña que a través de éstas “*el deudor no asume simplemente un resultado determinado, sino que garantiza su obtención, por disposición legal o negocial, de manera que responde por la ausencia de dicho resultado [...]*”. En cuanto a las obligaciones de seguridad, señala que en éstas el interés del acreedor no está representado en una utilidad determinada en función de una obligación específica de resultado, garantía del resultado, o de medio —dar, hacer o no hacer—, sino que se expresa en “*la tranquilidad delante de ciertos riesgos, por el hecho de estar cubiertas en todo o parte sus consecuencias nocivas*”. Como ejemplo de estas últimas propone, entre otros, la obligación que, por ley, está a cargo del vendedor en relación con el saneamiento de la cosa por evicción (artículos 1895 del Código Civil y 940 del Código de Comercio) o por vicios redhibitorios (artículos 1914 del Código Civil y 934 del C. de Co.).

27. Ese ejemplo ilustra con gran claridad el hecho de que no en todos los casos con la ejecución del objeto contractual pactado desaparecen las obligaciones del deudor, pues después de ello pueden surgir otras, como se dijo, bien sea por imperativo legal, como por acuerdo entre las partes. En efecto, en el contrato de compraventa se generan obligaciones específicas de ejecución instantánea¹⁶; sin embargo, aunque el contrato termina, en principio, con el cumplimiento de tales obligaciones, sus efectos no se agotan solamente con la entrega o tradición de la cosa y el pago del precio, puesto que después de ello subsisten obligaciones de garantía de conservación y de saneamiento de la cosa por evicción o por vicios redhibitorios a cargo del vendedor, aunque, claro está, tales obligaciones no se hacen exigibles sino en cuanto se configure el supuesto de hecho que da lugar a su

fuerza mayor –o en general de una causa extraña–, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador.

Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura ‘...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil’ (cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de julio de 2006, Exp. 00191, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

¹⁴ El tratadista Fernando Hinestrosa distingue entre “*obligaciones de garantía*” y “*obligaciones de seguridad*”; sin embargo, precisa que las primeras son también denominadas en el derecho francés como en la jurisprudencia y doctrina nacionales como obligaciones de seguridad (HINESTROSA, Fernando: “*Tratado de las Obligaciones*” 3ª edición, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2007, pág. 260).

¹⁵ “*Por ejemplo, en el contrato de compraventa que, por definición, crea obligaciones específicas de ejecución instantánea, sus efectos no se agotan con la entrega o la tradición de la cosa y el pago del precio, pues, luego de cumplidas las obligaciones principales y las derivadas de éstas, subsisten las obligaciones de garantía de conservación y de saneamiento de la cosa por evicción (artículos 1895 del Código Civil y 940 del Código de Comercio) o por vicios redhibitorios (artículos 1914 ibídem y 934 del C. de Co.), obligaciones que, desde luego, quedan suspendidas a la espera de que se concrete el supuesto que las origina, por un período supletivo que indica la ley, a menos que las partes hayan pactado uno distinto, de modo que, si no se realiza el supuesto durante el período de garantía, en ese momento se extinguen por completo las obligaciones surgidas del contrato. Hasta antes de que ello ocurra, el vínculo jurídico subsiste*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016, Exp. 35763 C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁶ Artículo 1849, Código Civil: “*La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio*”.

surgimiento y siempre que se presenten dentro del periodo que las partes hubieren pactado o, en su defecto, en el término que la ley impone al vendedor el deber de asumir tales obligaciones.

28. La garantía legal, contemplada en el artículo 7º de la Ley 1480 de 2011 — Estatuto del Consumidor—, es otro ejemplo de las obligaciones de garantía que perviven en favor del acreedor y a cargo del deudor de la obligación después del cumplimiento del objeto pactado. En ese sentido, la referida norma dispone que es obligación de todo productor y/o proveedor responder por la calidad, idoneidad, seguridad y buen estado y funcionamiento de los productos¹⁷. Esta garantía, según lo previsto en el artículo 8º *ibídem*, empieza a correr a partir de la entrega del producto al consumidor, a falta de acuerdo expreso entre las partes, está vigente por el período de un año, salvo en el caso de productos perecederos en los que su vigencia va hasta la fecha de su expiración y en el de los bienes inmuebles, frente a los cuales dicha garantía comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados por un (1) año.

29. En línea con lo anterior, en relación con las obligaciones específicas y accesorias de los contratos, esta Subsección ha puntualizado, que:

“Las obligaciones que surgen del contrato no se reducen a las prestaciones específicas acordadas por las partes a través del acto jurídico que las crea y, por lo mismo, los efectos jurídicos del contrato no se agotan, por completo, con la satisfacción de éstas.

Además de las obligaciones específicas o principales, existen obligaciones que surgen o se hacen exigibles, precisamente, luego de cumplidas las obligaciones principales. Se trata de las llamadas obligaciones accesorias de garantía y de seguridad que se hallan implícitas en ciertos contratos o están previstas en la ley.

Esas obligaciones accesorias de garantía son distintas de las obligaciones principales o específicas, en la medida en que aquéllas se constituyen como una especie de obligaciones de resultado, pues, a través de ellas, ‘... el deudor no asume simplemente un resultado determinado, sino que garantiza su obtención, por disposición legal o negocial, de manera que responde por la ausencia del resultado ...’¹⁸.

En los contratos estatales, al igual que en los contratos que se rigen por el derecho privado, las obligaciones accesorias pueden estar ínsitas en los contratos o preceptuadas por la ley¹⁹.

30. En lo que concierne a tales obligaciones accesorias y al deber del contratista del Estado de garantizar su cumplimiento, la Sección Tercera de esta Corporación ha dicho:

“Si bien es cierto en el acto de liquidación final del contrato, ya sea por mutuo acuerdo de las partes o por decisión unilateral de la administración, regularmente

¹⁷ En el caso de la prestación de servicios indica que la garantía no está dada en función del resultado, sino de las condiciones de calidad de la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.

¹⁸ Cita original de la sentencia: HINESTROZA, Fernando: “Tratado de las Obligaciones”, 3ª edición, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2007, pág. 260.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016, Exp. 35763 C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATEC NIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

se extinguen las relaciones jurídicas entre las partes, también lo es que subsisten algunas obligaciones a cargo del contratista, el cual pese a haber entregado la obra, los trabajos, o los bienes objeto del contrato, responderá no obstante haberse liquidado, de los vicios o defectos que puedan aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos en el término que fije la ley (art. 2060 c.c).

“De acuerdo con la legislación contractual, debe éste salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados; amparar a la administración de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de obligaciones laborales o de los daños causados a terceros, obligaciones posibles de garantizar con el otorgamiento de pólizas de seguros, cuya vigencia se extiende por el tiempo que determine la administración de acuerdo con la reglamentación legal. De tal manera, que si se presentan vicios inherentes a la construcción de la obra, a la fabricación e instalación de los equipos y a la calidad de los materiales, surge una responsabilidad postcontractual que estará cubierta con las garantías correspondientes”²⁰.

31. En ese mismo contexto, cabe señalar que cuando lo que se discute recae sobre una obligación de garantía o de seguridad, el debate no gira en torno a si las obligaciones principales o específicas del negocio jurídico fueron satisfechas en la forma y tiempo estipulados, es decir, la discusión no subyace, propiamente, en el cumplimiento del objeto del contrato, sino en el de las obligaciones de garantía o seguridad que le son accesorias y que surgen con posterioridad al cumplimiento de las otras.

32. Superado lo anterior, pero manteniéndolo como contexto de lo que prosigue, la Sala retoma el análisis sobre la obligación de los contratistas de amparar a la entidad pública contratante de los perjuicios derivados tanto de los incumplimientos de las obligaciones principales o específicas del contrato, como de las que le son accesorias, las post-contractuales. Para ello, se detendrá en el análisis de las normas de las que surge tal obligación.

33. El artículo 16 del Decreto 679 de 1994 —reglamentario de la Ley 80 de 1993 y vigente para la fecha de celebración del contrato 625-DINTE-2007 (19 de junio de 2007)— señalaba que el objeto de la garantía única de cumplimiento a la que se refería el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consistía en respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surgieran a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales y, por tanto, debía cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento. Correlativamente, en el artículo 17 de ese mismo decreto se señalaron los riesgos que debía cobijar la garantía única de cumplimiento, según correspondiera a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, entre ellos, se identificaron los asociados a las obligaciones específicas o principales del negocio jurídico: el cumplimiento del contrato; asimismo, los asociados a las obligaciones accesorias del contratista: estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos; así como los relacionados con el buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado y los de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12.724.

34. En el mismo artículo 17, se dispuso que la vigencia de los amparos de estabilidad de la obra, calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios debía cubrir, cuando menos, el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista debía responder por la garantía mínima presunta²¹, por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados, responder por la estabilidad de la obra o asegurar el suministro de repuestos y accesorios.

35. El referido Decreto 679 de 1994 no determinó el alcance específico de los amparos que en él se enunciaron, lo que sí fue objeto de regulación posterior a través del Decreto 4828 de 2008. Se advierte que, si bien el mencionado decreto del 2008 no resulta aplicable al caso por no haber estado vigente al momento de la celebración del contrato 625-DINTE-2007 ni al del inicio del procedimiento administrativo que finalizó con las resoluciones demandadas, la Sala se remitirá a él únicamente como referente del alcance de los amparos requeridos en el marco del contrato estatal, pues, en general, retomó los mismos a los que hizo alusión el Decreto 679 de 1994.

36. Pues bien, con la expedición y posterior entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, se derogó el referido numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en su lugar, entró en vigor el artículo 7º de la primera normativa mencionada, en vigencia de ésta se profirió el Decreto 4828 de 2008²², regulatorio del régimen de garantías en la contratación de la administración pública, aplicable, según su artículo primero, a los contratos regidos por ambas leyes. Este decreto derogó, entre otras normas, los artículos 16 y 17 del Decreto 679 de 1994. En el artículo 4º, a modo enunciativo, se refirió a los riesgos que deben ser amparados en el marco de la contratación estatal, dividiendo los asociados a los incumplimientos de los ofrecimientos, de los relacionados con los incumplimientos de las obligaciones de los contratistas.

37. En cuanto a los segundos, en el referido artículo se indicó que la garantía de cumplimiento debe cubrir los perjuicios derivados de los incumplimientos de las obligaciones legales o contractuales del contratista. A continuación, en ese mismo artículo, se discriminaron los riesgos y se especificó el cubrimiento que frente a cada uno de ellos debía otorgarse en favor de la entidad pública contratante. Específicamente se refirió a: (i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo, (ii) la devolución del pago anticipado, (iii) el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal, (iv) el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, (v) estabilidad y calidad de la obra, (vi) calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, y (vii) calidad del servicio. Agregó que la entidad contratante puede solicitar el amparo de los demás riesgos que considere necesarios.

²¹ El Decreto 3466 de 1982 en su artículo 11 disponía que la garantía mínima presunta se entendía pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios, en razón de ello, estaba a cargo del productor (del proveedor frente a los consumidores) la obligación de *"garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro"*.

²² Derogado por el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012 (lo referente a garantías, Título V), este, a su vez, fue derogado por el Decreto 1510 de 2015 (lo referente a garantías, Título III), el que, a su vez, fue compilado en el Decreto 1082 de 2015 (lo referente a garantías, Sección Tercera).

38. En relación con el amparo de cumplimiento, en el numeral 4.2.3 del Decreto 4828 se definió que éste debe cubrir a las entidades públicas contratistas “*de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado*”; de manera diferencial, en los numerales 4.2.5 a 4.2.8 se refirió al cubrimiento de los perjuicios que pueda acarrear para el patrimonio público el acaecimiento de otro tipo de riesgos. Específicamente, para lo que interesa a este caso, en el numeral 4.2.7 se hizo alusión al amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados y determinó que cubre a la entidad pública contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, “*(i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo*”.

39. Cabe mencionar que esta Corporación ha distinguido el riesgo de calidad del de funcionamiento, entendiendo que el primero se refiere a los perjuicios patrimoniales que puedan derivarse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista en lo relativo a las especificaciones y requisitos mínimos pactados en el contrato, mientras que el segundo hace alusión a los perjuicios asociados al deficiente funcionamiento de los bienes o equipos suministrados. No obstante, ha señalado que, dada la complementación que existe entre uno y otro —en la medida que la calidad del servicio haya sido satisfactoria, o los elementos suministrados sean de buena calidad, ello incidirá de manera directa en su correcto funcionamiento— ambos riesgos (calidad y funcionamiento) pueden estar cubiertos por un mismo amparo. Asimismo, para distinguirlos del amparo de cumplimiento, ha precisado que los de calidad y funcionamiento “*precaven los posibles perjuicios que pueda sufrir la Administración cuando se presenten vicios en el objeto contratado, que no fue posible detectar al momento de la entrega de los trabajos y que inciden en el cumplimiento de los fines previstos*”²³.

40. En consideración a la clase de riesgos que se cubren a través del amparo de cumplimiento, en el artículo 7 del Decreto 4828 de 2008 se dispuso que su vigencia debía permanecer durante todo el plazo del contrato garantizado y el previsto para su liquidación (numeral 7.4); asimismo, en atención a la clase de riesgos que se cubren a través del amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y productos suministrados, se señaló que su vigencia debía establecerse con sujeción a los términos del contrato y que debía cubrir, por lo menos, el lapso en que de acuerdo con la legislación civil o comercial el contratista debe responder por la garantía mínima presunta²⁴ y por vicios ocultos (numeral 7.7).

41. Como se observa, aunque al seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas se le ha dado la denominación general de garantía única de cumplimiento,

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. 14667, C.P. Myriam Guerrero Escobar.

²⁴ Ver pie de página 21.

tanto en vigencia del Decreto 679 de 1994 como del Decreto 4828 de 2008 —y aún hoy— los amparos que cobija se distinguen según la clase de obligaciones a las que se asocia cada uno de ellos, se diferencian, por ejemplo, los riesgos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones principales o específicas del contrato estatal, de aquellos asociados al cumplimiento de las obligaciones de garantía o seguridad del contratista.

42. Mientras el amparo de cumplimiento propiamente dicho hace alusión al incumplimiento total o parcial del contrato, o a su cumplimiento tardío o defectuoso, el amparo de calidad y correcto funcionamiento se refiere a defectos que, aunque cumplido el objeto contractual en tiempo, se advierten con posterioridad a ello porque el objeto no cumple con las especificaciones requeridas y/o no funciona según lo pactado, haciendo imposible el cumplimiento de las necesidades públicas que se pretendían satisfacer; de ahí que se afirme que aun cuando se hubiere recibido el bien a satisfacción, porque en ese momento cumplía con los requerimientos exigidos contractualmente, ello no significa que, si con posterioridad a ello se presentan defectos en su calidad y funcionamiento, el contratista no deba salir a su saneamiento; al contrario, no solo está en la obligación de hacerlo, sino que, además, por exigencia legal, debe amparar a la entidad pública frente al riesgo de incumplimiento de esa obligación.

43. Entonces, puede observarse, sin mayor dificultad, que el amparo de calidad y correcto funcionamiento, a diferencia del de cumplimiento, está asociado con obligaciones de garantía o seguridad del contratista, en la medida que ampara a la entidad pública contratante de los daños patrimoniales que llegare a sufrir por los defectos que pueda presentar el objeto contratado con posterioridad a la finalización del negocio jurídico, por vicios técnicos y de funcionamiento. Este razonamiento viene a ser confirmado con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 4828 de 2008 — numeral 15.1— en la medida que, al hilo con la distinción de cada riesgo amparado, dispuso:

“15.1 Amparos

El objeto de cada uno de los amparos deberá corresponder a aquel definido en el artículo 4° del presente decreto.

Los amparos de la póliza serán independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La entidad estatal contratante asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros. Estos no son acumulables y son excluyentes entre sí”.

44. En conclusión, aunque la garantía de cumplimiento a favor de entidades públicas sea una sola, sus amparos son diversos y se asocian, asimismo, a distintas obligaciones de los contratistas, de manera que las entidades estatales deben ser cuidadosas al determinar el riesgo que se ha configurado y con fundamento en el cual pretenden hacer efectiva la garantía vertida en una póliza, en tanto no es posible tomar el valor de un amparo, para cubrir el siniestro acaecido por la ocurrencia de un riesgo cubierto por otro. Este aserto no se deriva, en exclusiva, de lo que en su momento mandaba el citado Decreto 4828 de 2008, sino que se estructura sobre la base misma de los elementos esenciales del contrato de seguro²⁵ y, específicamente,

²⁵ Código de Comercio: “ARTÍCULO 1045. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

del cumplimiento de la condición suspensiva que da lugar a que surja la obligación del asegurador²⁶, esto es, la ocurrencia del siniestro, que no es más que la materialización del riesgo amparado²⁷, que debe ser demostrada por el asegurado, en conjunto con la cuantía de la pérdida²⁸.

El derecho al debido proceso

45. El debido proceso es un derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política²⁹ que propende por la garantía de la autonomía y libertad de los ciudadanos en tanto limita racionalmente el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado³⁰, así como las prerrogativas de poder disciplinario, administrativo y jurisdiccional. El debido proceso dicta que las autoridades, en “*toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*” (artículo 29 de la Constitución) —no solo las estrictamente sancionatorias—, deben adelantar el procedimiento previamente definido para su actuación, en aplicación del principio de juez natural, con respeto de los derechos de defensa y contradicción, garantizando la posibilidad de aportar y controvertir pruebas, la publicidad de las actuaciones y decisiones proferidas en el curso de tales procedimientos y concediendo la oportunidad de impugnarlas.

46. La referida norma constitucional compendia el contenido de tal derecho y su garantía. Así, define el derecho a: (i) ser juzgado con base en normas previas a la conducta que se endilga; (ii) solo ser condenado por hechos previstos como delito o infracción al momento de su comisión; (iii) ser juzgado en atención a las formas previstas para cada juicio, previa determinación legal; (iv) ser juzgado por una autoridad competente, independiente e imparcial; (v) no desconocer la presunción de inocencia; (vi) no ser juzgado dos veces por la misma conducta; (vii) beneficiarse de la aplicación del principio de favorabilidad; (viii) aportar y controvertir las pruebas que se aduzcan en contra del procesado; (ix) el proceso debe sustentarse en pruebas

1) *El interés asegurable;*

2) *El riesgo asegurable;*

3) *La prima o precio del seguro, y*

4) *La obligación condicional del asegurador.*

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno”.

²⁶ Código de Comercio: “ARTÍCULO 1037. *Son partes del contrato de seguro:*

1) *El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y (...).”*

²⁷ Código de Comercio: “ARTÍCULO 1072. *Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”.*

²⁸ Código de Comercio: “ARTÍCULO 1077. *Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

²⁹ Artículo 29, Constitución Política: “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

legalmente obtenidas y, (x) se debe lograr la resolución de las controversias jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas y con respeto de los principios procesales³¹.

47. Desde la expedición de la Constitución Política de 1991³², el derecho al debido proceso se extiende, como ya se dijo, tanto a las actuaciones administrativas como a los procesos judiciales; sin embargo, ello no significa que el debido proceso y sus garantías deban ser aplicados con los mismos alcances según se trate de uno u otro porque, en atención a las diferencias que existen entre sus finalidades, objeto, naturaleza y alcances, tratándose del ámbito administrativo, este derecho debe desarrollarse bajo los principios orientadores de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, entre ellos, la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad³³.

48. En ese contexto, aun cuando el respeto del derecho fundamental al debido proceso es de ineludible observancia en el ámbito administrativo, no lo es menos que, como ya se vio, su garantía debe armonizarse con la aplicación de los principios que rigen la función administrativa, pues unos y otros están al servicio del mismo fin, esto es, la realización de la justicia material y la concreción de los fines del Estado.

49. En las actuaciones administrativas contractuales el debido proceso tiene papel preponderante, en tanto que, como resultado de éstas se pueden generar afectaciones a variados derechos de los contratistas, motivo por el cual, cuando en pro de la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes objeto de la contratación estatal se haga necesario adoptar una decisión en contra de los intereses del administrado, ello debe ser el resultado de la observancia de un procedimiento que preserve la realización de las garantías del debido proceso; en tal

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2013, expediente 24743, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que: “5.5. *En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.*” Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³² Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa: “Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas.[13] Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales [...]”

³³ Así lo ha señalado de manera pacífica la Corte Constitucional. Por ejemplo, en sentencia C-034 de 2014, dijo la Corte que: “La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.

En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política. Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209, *ibídem*. Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública.” Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa

virtud, el respeto de ese derecho torna en improcedente la imposición de plano de dichas decisiones³⁴.

50. Tratándose de la consagración positiva del debido proceso en materia contractual, en un inicio, los artículos 23³⁵ y 77³⁶ de la Ley 80 de 1993 remitían a las normas generales del ejercicio de la función administrativa, en cuanto fuesen compatibles con la ley de contratación pública sobre la formación de la voluntad de la administración, las cuales envolvían el deber de hacer partícipe al administrado destinatario de tales decisiones en el trámite previo a la expedición del acto administrativo, garantizándole la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa y contradicción. Desde entonces se admitía que su participación no se limitaba a la etapa de revisión de las determinaciones administrativas a través de la formulación de recursos, sino que antecedía a la expedición misma del acto.

51. Al respecto, esta Corporación ha expresado que con la consagración de tales reglas, el ordenamiento legal entendió que la realización del interés público y la protección de los derechos de los particulares no solo se hace efectiva a partir de facilitar la controversia sobre la decisión administrativa (recurso), sino que es indispensable que, en la formación de tal voluntad, intervenga el particular que potencialmente pueda resultar afectado, pues ello legitima, entre otros, la presunción de legalidad del acto.

52. Con la expedición del ya citado artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, se recogieron y reafirmaron dichas premisas y garantías sobre las que descansa el derecho fundamental al debido proceso. Sin embargo, su importancia se hizo superlativa, toda vez que, a través de dicha norma, se consagró como principio rector en el desarrollo de las actuaciones administrativas contractuales. Dicha norma refrendó que el debido proceso es un elemento central en el ejercicio de las facultades de la administración en materia contractual³⁷; por ende, cuando pretenda

³⁴ Así lo ha dicho la Sección Tercera en múltiples y reiteradas ocasiones, por ejemplo: “Al respecto debe precisarse que no le asiste la razón a la entidad estatal contratante en su argumentación, puesto que la garantía del debido proceso supone y exige, en desarrollo de los derechos de defensa, de audiencia y de contradicción, de los cuales es titular el contratista particular, que la oportunidad para aportar pruebas y para examinar y/o cuestionar las que se recauden durante el curso de la actuación administrativa, debe brindarse de manera real y efectiva con anterioridad a la expedición de la decisión correspondiente [...]” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de abril de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 20.618. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 37.607; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio, Exp. 17.858.

³⁵ Artículo 23, Ley 80 de 1993: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

³⁶ Artículo 77, Ley 80 de 1993: “En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.”

³⁷ En este respecto, dijo esta Corporación: “El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que ‘Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.’ Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía in bonam partem– y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un

adoptar una decisión que afecte derechos e intereses de determinados sujetos, sus actuaciones deben garantizar que el afectado pueda intervenir en la etapa previa a la expedición del respectivo acto administrativo con el objeto de habilitar el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción³⁸, para lo cual debe conocer sobre el inicio de la actuación, las razones en las cuales se funda, le asiste el derecho a tener la oportunidad de aportar y discutir las pruebas que se aduzcan en su contra y, en general, puede presentar los descargos que considere pertinentes.

53. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, esta Corporación ya precisó que en el ámbito contractual, el derecho al debido proceso no se traduce en la necesidad de que los procedimientos administrativos contractuales sean iguales a los judiciales o aun a los administrativos que están reglados, en tanto los procedimientos administrativos contractuales deben estar a tono con la agilidad y eficiencia propia de la actividad que busca la garantía de la continua prestación de los servicios o bienes contratados en interés del público en general. Además, tales procedimientos se amoldan a los fines que se persiguen, por lo cual no son únicos ni rígidos, pues en el marco de los criterios y principios que gobiernan la noción de justicia administrativa, se adecúan a la realización de los fines de la función y cometido o tarea que con ella se realiza.

54. En ese sentido, se señala que el respeto por el debido proceso se entiende garantizado cuando se adelanta un procedimiento que, como mínimo, agote un requerimiento previo para que el contratista y los demás interesados—incluyendo a la aseguradora— conozcan los fundamentos que darán lugar a la determinación administrativa que se pretenda adoptar y, de cara a ello, puedan ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual deben tener la posibilidad de pedir pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra³⁹.

siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367.

³⁸ Así lo dijo la Sección Tercera, así: “*encuentra la Sala que las razones expuestas por la parte demandada para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia no tienen vocación de prosperidad, toda vez que, como viene de verse, con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al afectado la oportunidad para que haga efectivas todas las garantías que le asisten en virtud del derecho al debido proceso, razón por la cual no es suficiente para su ejercicio efectivo que, como erradamente lo consideró la parte demandada, la decisión se encuentre debidamente motivada y sea notificada, por cuanto existe un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar la realización efectiva del mencionado derecho”*, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de junio de 2013, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 24.559.

³⁹ Sobre este aspecto señaló esta Corporación: “*Incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestado al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual.*

“Este entendimiento tiene sustento en el interés público de que la ejecución de los servicios, el suministro de bienes o la realización de las obras no se interrumpa o paralice, lo que ocurriría si somete en todos los casos a la Administración a un trámite dispendioso que frustre la finalidad de la medida sancionatoria y, por ende, el cumplimiento oportuno del contrato, con desfase de los plazos generales y parciales para su ejecución en tiempo debido, los cuales, como se sabe, se fijan y pactan de acuerdo con la oportunidad en que se necesita el bien, el servicio o la obra para satisfacer el interés público o colectivo involucrado en el contrato”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, Exp. 18.394, C.P.:

55. Este entendimiento se refrenda con el contenido del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que estableció que la declaratoria de incumplimiento y la imposición de la cláusula penal debía adoptarse previo agotamiento de un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso. Así pues, este artículo, se reitera, recogió los postulados y alcances que sobre las garantías del debido proceso venían desarrollándose desde la expedición de la Constitución Política de 1991, pero no estableció la necesidad de agotar un procedimiento reglado e idéntico a un proceso judicial regido por el CCA o por el CPC, pues esta lectura rígida del debido proceso atentaría contra la eficacia del ejercicio de la función pública y de los fines inherentes al desarrollo de la contratación estatal.

56. El contexto normativo descrito permite señalar que el hecho de que antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007 no existiera una norma que expresamente consagrara el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas contractuales o, incluso, el hecho de que ese artículo solo se refiera a las actuaciones sancionatorias contractuales, no significa que, antes de la expedición de esa ley o respecto de actuaciones diferentes a las enunciadas en ella, las entidades públicas estuvieran o estén eximidas de garantizarlo, pues se trata de un derecho fundamental de raigambre constitucional que debe ser asegurado y que no requiere para su aplicación de un desarrollo legal⁴⁰.

57. En este punto vale resaltar que el debido proceso es una garantía que no solo resulta predicable de cara a los intereses del *contratista* sino de todos los *interesados* que intervengan con legitimación en la actuación administrativa contractual, incluyendo, naturalmente, a la aseguradora que expide la póliza a través de la cual se asegura el cumplimiento de las obligaciones de aquél⁴¹. Además, debe reiterarse, como refuerzo de las razones transcritas que, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso, cuyo contenido se desagrega en las garantías a ser escuchado, a controvertir y aportar pruebas, entre otras ya mencionadas, se aplica a “*toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”, sean o no sancionatorias.

58. Corolario de lo anterior es que, incluso, cuando la actuación administrativa no es sancionatoria, sino que está encaminada, exclusivamente, a declarar la ocurrencia del siniestro y, con fundamento en ello y en la cuantificación del perjuicio, a hacer

Ruth Stella Correa Palacio. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, Exp. 53.479.

⁴⁰ “Sin embargo, no puede afirmarse que sólo a partir de esta norma [se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007] rige el debido proceso para los contratistas del Estado, toda vez que se trata de un derecho fundamental de consagración constitucional (art. 29), en virtud del cual las personas gozan de una serie de garantías mínimas en todas las actuaciones judiciales y administrativas que conducen a una decisión sobre los derechos de los que ellas son titulares, con miras a que la misma sea justa, derecho que por disposición de la Carta, es de aplicación inmediata (art. 85, C.P.)”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24743. C.P. Danilo Rojas Betancourth. En este mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio de esta Corporación, en concepto 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157) del 10 de octubre de 2013, C.P. Álvaro Namén Vargas expresó que para garantizar el debido proceso las entidades deben observar “*un procedimiento mínimo, que consiste en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad contratante, y así ejercer su derecho de defensa y contradicción con base en el artículo 29 C.P...*”.

⁴¹ Cabe recordar que esta Subsección ha esgrimido que las garantías del debido proceso aplican a todas las actuaciones administrativas, incluyendo las contractuales, garantía que cobija no solo al contratista sino a todos los interesados que puedan verse afectados como consecuencia de la decisión de la Administración. Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 44.386

efectiva la póliza, se deben respetar las garantías del debido proceso tanto de la aseguradora que sería la llamada a responder en caso de encontrarse cumplida la condición suspensiva de la que pende su obligación de pagar la indemnización —la ocurrencia del siniestro o, lo que es lo mismo, la realización del riesgo amparado—, como respecto del contratista, en la medida que, de una parte, la determinación de la configuración del riesgo amparado se contrae, justamente, a la discusión del cumplimiento de sus obligaciones y, de otra, porque, por imperativo de la ley⁴², una vez pagada la indemnización, la aseguradora puede subrogarse en los derechos de la entidad pública asegurada contra el causante del siniestro.

59. A modo ilustrativo, resulta pertinente mencionar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estableció un procedimiento especial que se debe agotar antes de proferir actos administrativos en los que se declare el incumplimiento con la cuantificación del perjuicio, se apliquen multas u otro tipo de sanciones, y se haga efectiva la cláusula penal, procedimiento que, a tono con lo dicho por la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la necesidad de que este tipo de procedimientos sean ágiles y eficientes para no entorpecer la realización de los fines que se buscan a través de la contratación estatal, impone, en suma, la realización de una audiencia en la que se expongan los motivos de la entidad y, de cara a ellos, se garantice el derecho, tanto del contratista como de la aseguradora a la que se obliga vincular, a ser oídas y presentar descargos, a controvertir las pruebas que se aduzcan en su contra y a aportar las que esgriman en su defensa, elementos de juicio a partir de los cuales la entidad pública contratante determinará si declara el incumplimiento, cuantificando los perjuicios, la multa o la sanción que corresponda.

60. Asimismo, es importante precisar que, si bien de cara al contratista y a la aseguradora la actuación puede ser una sola, no por ello puede predicarse la existencia de un procedimiento sancionatorio respecto de la segunda, puesto que en relación con ella la actuación administrativa no está encaminada a declarar el posible incumplimiento de las obligaciones principales o accesorias del contrato garantizado y a imponer una pena en su contra, sino a acreditar los elementos que, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, le dan derecho al asegurado de reclamar a aquélla la indemnización que se obligó a cubrir en caso de la ocurrencia del siniestro que amparó. En otras palabras, la responsabilidad de la aseguradora no surge en razón de una sanción impuesta por la administración, sino en consideración al acaecimiento de la condición de la que pende el cumplimiento del contrato de seguro.

61. Lo anterior, se reitera, no significa que en relación con la aseguradora la entidad pública no esté en la obligación de respetar el debido proceso, toda vez que, como ya se dijo, ese derecho constituye un presupuesto exigible respecto de toda actuación administrativa a la cual apliquen las reglas generales del procedimiento administrativo, sea o no sancionatoria.

⁴² Código de Comercio: “ARTÍCULO 1096.. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.
Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada”.

62. En este mismo sentido, cabe destacar que, en el caso de la aseguradora, el debido proceso no está dirigido a determinar su responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones del contrato amparado, pues respecto de él no tiene ninguna, sino en establecer los elementos que, de conformidad con la ley y el contrato de seguro, hacen surgir la obligación de pago a su cargo, esto es, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1080 *ibídem*, la demostración de la ocurrencia del siniestro y de la cuantía de la pérdida, si fuere el caso, discusión en la cual debe también participar el contratista, en tanto tiene interés directo respecto de la determinación de tales presupuestos, pues, como ya se mencionó, de una parte, la discusión en torno a la ocurrencia del siniestro comporta la del cumplimiento de sus obligaciones —por ser el riesgo amparado— y, de otra, porque una vez pagada la indemnización, la aseguradora puede subrogarse en los derechos del asegurado en contra de quien dio lugar a la realización del riesgo (artículo 1096 del Código de Comercio).

Presupuestos que debe contener el acto administrativo a través del cual se pretende hacer efectiva una garantía contenida en una póliza de seguro

63. Se hará alusión a los presupuestos que deben hallarse presentes en el acto administrativo mediante el cual se declara la ocurrencia de un siniestro y se hacen efectivas las garantías que amparan el riesgo respectivo, pues, según lo analizado en el acápite anterior, en concordancia con las normas que rigen el contrato de seguro, alrededor de ellos es que debe girar el trámite previo a la expedición de ese tipo de actos. Se advierte que la Sala no se inmiscuirá en el debate sobre la competencia que tenía o no la administración en este caso para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la garantía a través de un acto administrativo, porque ese aspecto no fue objeto de debate en este proceso.

64. Para abordar el estudio enunciado, se empieza por señalar que la base para iniciar una actuación administrativa y, en virtud de ella, para proferir un acto administrativo que la finalice, radica en la existencia de unos presupuestos fácticos —motivos— que le sirvan de soporte, tales hechos, debidamente acreditados, a su vez, deben relacionarse con el ordenamiento jurídico pertinente, de modo que las valoraciones que se hagan sobre ellos y las consecuencias que se deriven se ajusten válidamente a él. Así, tales supuestos fácticos, mirados a la luz del ordenamiento jurídico pertinente, deben dar lugar a que se produzcan los efectos jurídicos determinados normativamente, los cuales, si es el caso, serán los reflejados en las decisiones que finalmente se adopten en el respectivo acto administrativo.

65. Pues bien, tratándose de actos administrativos a través de los cuales se pretende hacer efectiva una garantía contenida en una póliza de seguro, la entidad pública contratante, como ya se dijo, debe adelantar un procedimiento que garantice la participación de los interesados en la etapa previa de formación de la voluntad de la administración. El objeto del procedimiento, en estos casos, debe estar dirigido a establecer las condiciones que, según la ley comercial y el contrato de seguro, dan lugar a que surja en cabeza de la aseguradora la obligación de pagar el monto de la indemnización por la que se hubiere obligado a responder en caso de configuración del siniestro —lo que, como ya se dijo, entraña el análisis propio de la responsabilidad del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones—. En otras palabras, lo que

se debe determinar en el curso de tal procedimiento y, por tanto, respecto de lo que deben tener oportunidad de discutir los interesados, es sobre si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, dan lugar a que surja en cabeza de la aseguradora la obligación de pago de la respectiva indemnización, esto es, a voces del artículo 1077 del Código de Comercio, la ocurrencia del siniestro, acompañada de la determinación demostrada de la cuantía de la pérdida⁴³.

66. En este punto, es pertinente mencionar que el contrato de seguro está regulado en el Título V del Código de Comercio, tal normativa, salvo aspectos gobernados específicamente en el derecho público, es plenamente aplicable respecto del contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales. Dicho código regula, de manera general o común para todos los seguros terrestres, aspectos que van desde la definición de las características generales de este tipo de contratos, pasando por la determinación de sus elementos esenciales, la identificación de las partes que en él intervienen, las obligaciones que estas tienen a cargo, llegando a las condiciones que se deben cumplir y el procedimiento que se debe adelantar para hacer efectiva la obligación de la aseguradora de pagar la indemnización a la que se hubiere comprometido ante la eventual ocurrencia del riesgo que hubiere amparado.

67. En lo que interesa a este caso, basta con mencionar que una de las materias respecto de las cuales se ha entendido que los seguros de cumplimiento de contratos estatales se regulan especialmente por las normas del derecho público se refiere, justamente, el procedimiento para hacer efectiva la póliza —la Sala en este punto advierte que, si bien este tema no es pacífico en la jurisdicción, al menos no en todos los eventos, aquí no será abordado por no haber sido objeto de debate—; ello, admitido o no, en todo caso, no permea el tema relacionado con las condiciones sustantivas que se deben cumplir y acreditar para que surja en cabeza de la aseguradora la obligación de pago, de manera que, sea que a ello se pretenda llegar por la vía de la decisión unilateral de la administración —el acto administrativo— o a través del procedimiento regulado en los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de Comercio —la reclamación—, lo cierto es que, en uno y otro caso, tales presupuestos deberán estar presentes por imperativo legal, pues sin la demostración de aquellos —carga que corresponde al asegurado— la aseguradora no estará obligada al pago.

68. En efecto, si, como señala el numeral 1º del artículo 1037 del Código de Comercio —partes del contrato de seguro—, el asegurador es la persona jurídica que asume los riesgos, que, según el numeral 2º *ibídem*, le son trasladados, por cuenta propia o ajena por el tomador, para que, en caso de que se realice el hecho material

⁴³ En el caso de la reclamación, este artículo debe leerse en conjunto con los artículos 1080 y 1053 del mismo código. El primero señala que **“El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad”**, a su vez, el artículo 1053 expresa: **“La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: (...)**

3) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”. (Énfasis agregado)

amparado sea aquélla la que asuma la responsabilidad de indemnizar los perjuicios que se causen de tal circunstancia, hasta el monto que hubiere amparado⁴⁴, entonces, es claro que para que surja tal obligación es necesario que se cumpla la condición de la ocurrencia del siniestro.

69. No obstante, para que tal obligación se origine, no basta con la mera realización del riesgo —ocurrencia del siniestro—, sino que, por expresa disposición legal (artículo 1077 del Código de Comercio), hace falta que el asegurado demuestre ese hecho y también la cuantía de la pérdida originada en aquel. Como se observa, la carga que se ubica en cabeza del asegurado no se limita a que afirme que el riesgo ha ocurrido y a que señale una determinada cifra a título de perjuicio o a que realice una mera liquidación. No, la carga consiste en demostrar efectivamente ambas cosas.

70. Así, entonces, si a la exigibilidad de la garantía pretende llegarse a través de la expedición de un acto administrativo, ello supone que en tal acto la entidad pública contratante deba cumplir con la acreditación de ambos supuestos, pues, aun cuando se admita que tiene competencia para proferirlo, ello no la releva de la carga de demostrar lo que le exige la ley comercial de cara al surgimiento de la obligación de pago de la indemnización en cabeza de la aseguradora. Otra cosa es que, al quedar contenida tal decisión en un acto de esa naturaleza, quede cobijada por la presunción de legalidad, lo que impone suponer que la decisión está basada en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para ello; sin perjuicio, claro está, de que, por tratarse de una presunción *iuris tantum*, pueda ser desvirtuada por vía judicial.

71. En ese mismo orden de ideas, si lo anterior es analizado con el reflectivo del debido proceso, que, se reitera, se predica respecto de todas las actuaciones administrativas, sean o no sancionatorias, entonces tendrá que concluirse que en el caso de los actos a través de los cuales se pretenda hacer efectiva la garantía de cumplimiento a favor de entidades estatales, la formación de la voluntad de la administración no se limita a la determinación de la ocurrencia del siniestro, sino que se extiende también al aspecto de la determinación y acreditación del monto del perjuicio. Esto es así, porque, como acaba de verse, según la ley, uno y otro son presupuestos indispensables para que surja en cabeza de la aseguradora la obligación de pago de la indemnización, de manera que a falta de cualquiera de ellos, la voluntad de la entidad pública contratante tendiente a hacer exigible la garantía no podría surtir efectos; por tanto, es claro que el análisis de tales presupuestos no puede escindirse para concluir, por ejemplo, que el objeto del procedimiento administrativo previo a la expedición del acto se limita a la discusión de la ocurrencia del siniestro.

72. En adición a lo anterior, se pone de presente que la carga que debe cumplir el asegurado para obtener el pago de la indemnización por la ocurrencia del siniestro que fue amparado no se limita a un mero acto de liquidación, sino que se concreta, como ya se dijo, en el deber de acreditar el monto por el cual se pretende hacer efectiva la garantía; de manera que, al no tratarse de una mera operación

⁴⁴ Código de Comercio: "ARTÍCULO 1079. <RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA>. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074".

matemática, no es admisible entender que este aspecto quede relegado a ser definido en el acto en el que se declara la ocurrencia del siniestro y se hace efectivo el amparo, excluyéndolo del debate previo que debe darse con participación de los interesados de cara a la formación de la voluntad de la administración y limitándolo al de la mera revisión de lo decidido a través de los recursos de la vía administrativa. Recuérdese que la participación del afectado en la etapa previa a la expedición del acto se asocia a la protección efectiva del derecho al debido proceso, a la vez que legitima la presunción de legalidad del acto.

73. Así, una cosa es que la cuantificación del perjuicio se exprese en el acto administrativo respectivo, otra que en el procedimiento administrativo previo los interesados tengan oportunidad de pronunciarse sobre su acreditación. A juicio de la Sala, esta es la manera en la que deben leerse normas como las que en su momento fueron consignadas en el Decreto 4828 de 2008, en el sentido de indicar que, en los eventos de incumplimientos cubiertos por las garantías previstas en ese decreto, la entidad contratante debía proceder de la siguiente manera:

“14.3 En los demás casos de incumplimiento [los otros son caducidad y multas], una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro” (énfasis agregado).

74. Además, en el caso de los seguros de daños, naturaleza de la que, ya se dijo, participa el seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas, el tema relativo al de la determinación del monto del perjuicio adquiere relevancia superlativa, en la medida que la aseguradora únicamente está llamada a responder por el pago del perjuicio patrimonial causado y hasta el límite del valor asegurado, por lo que cualquier exceso iría en contra del principio indemnizatorio que se predica respecto de esta clase de seguros, en tanto se constituiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado; de ahí la importancia y el interés tanto de la aseguradora como del contratista de debatir acerca de la demostración de su cuantificación antes de que se expida el acto administrativo respectivo.

75. En ese sentido, se reitera que no puede pasarse por alto que esta clase de procedimientos administrativos no se limitan a determinar el surgimiento de la obligación contractual en cabeza de la aseguradora, sino que, concomitantemente, están dirigidos a establecer la responsabilidad del contratista y, en algunos casos, a determinar si hay lugar a imponerle una sanción; no obstante, y aunque se reitera, una es la fuente de la responsabilidad de la primera y otra diferente la del segundo, lo cierto es que ambas están íntimamente relacionadas, en la medida que, justamente, el objeto del contrato de seguro recae en amparar los perjuicios patrimoniales que pueda sufrir la entidad pública contratante en razón del incumplimiento de las obligaciones de su contratista. Incluso, en lo que respecta al amparo de cumplimiento, en el derecho público se ha establecido que este debe cubrir tanto la cláusula penal como las multas.

76. En ese orden de ideas, es claro que tanto el contratista como la aseguradora están legitimados para debatir acerca de la ocurrencia o no del riesgo asegurado — el incumplimiento de las obligaciones del contratista—, así como también respecto de la determinación del monto por el que se pretende hacer efectiva la garantía. A la aseguradora le asiste un interés directo en cuanto a la determinación de los presupuestos que en los términos del contrato de seguro dan lugar al surgimiento de una obligación a su cargo, al contratista le asiste también un interés para debatir acerca de tales aspectos, de una parte, porque atañe directamente a su responsabilidad y, de otra, porque, como ya se mencionó, en caso de que la aseguradora pague la indemnización, ésta se subrogará en los derechos de la entidad pública contratante en contra de quien dio lugar a la causación del riesgo amparado.

77. Finalmente, la Sala precisa que el artículo 1077 del Código de Comercio establece que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. Estima la Sala que, por regla general, cuando el que se entiende configurado es el amparo de cumplimiento propiamente dicho y lo que se pretende hacer efectivo es el pago de la cláusula penal o las multas, no será necesario que en el trámite administrativo se discuta acerca de la determinación del monto de la pérdida —o en el caso de la multa de la sanción—, en la medida que el monto de la multa y de la estimación anticipada del perjuicio son aspectos que están definidos de antemano en dichas cláusulas desde la celebración misma del contrato amparado.

78. Precisado el anterior marco conceptual que guiará los análisis subsecuentes de la Sala, se procede a revisar lo ocurrido en el marco del procedimiento administrativo que antecedió a la expedición de los actos administrativos demandados.

Oportunidad de controvertir el contenido de los oficios 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 y el 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR17.2 de 16 diciembre de 2009

79. Como se refirió previamente, la parte recurrente estima que se vulneró su derecho al debido proceso porque no conoció y, por tanto, no pudo controvertir los oficios acabados de enunciar, a pesar de que éstos sirvieron de sustento técnico para tomar la decisión de declarar el incumplimiento del contratista en relación con la calidad del sistema de enlace web para la inteligencia militar y para calcular los perjuicios causados. Para resolver sobre este punto de la apelación, es necesario referirse al contenido de tales documentos y a su relación con los actos administrativos demandados.

80. A través de la Resolución 061 del 15 de diciembre de 2009 se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento de las obligaciones del contratista respecto de la calidad, en los términos a que se comprometió de acuerdo con el Contrato No. 625-DINTE-2007, su oferta y las condiciones establecidas en la invitación a cotizar No. 196-DINTE-2007.

“ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar ocurrido el siniestro respecto del amparo de calidad y cuantificar los perjuicios derivados del incumplimiento del contratista

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATECNA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

respecto del amparo de calidad en la suma de **\$366.174.171.00 incluido IVA**, la cual se encuentra debidamente soportada en el estudio de perjuicios económicos mediante oficio No. 41/MD-CGFM-CE-JEM-JEOPE-DINTE-CTR-17.2 de noviembre 16 de 2009.

ARTÍCULO TERCERO: Hacer efectiva la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales, No. 1012981 con fecha de expedición 19 de junio de 2007, la cual ampara la calidad de los bienes del contrato celebrado con la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional para la adquisición de un sistema de enlace de información web para la inteligencia militar por valor de \$319.000.000,00, de acuerdo al valor asegurado vigente para el amparo de calidad.

ARTÍCULO CUARTO: De conformidad con la resolución No. 0546 de 2007, 'Por la cual se expide el Reglamento Interno del Recaudo de Cartera de las Obligaciones del Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares – Policía Nacional', se ordena al funcionario competente, adelantar, en los términos del artículo 4, numeral 7 de la Ley 80 de 1993, la acción de repetición de perjuicios contra la U.T. MACROINNOVA por el valor de los perjuicios que no se encuentran cubiertos por la Póliza No. 1012981, es decir, por valor de \$47.174.191.00.

(...)

ARTÍCULO SÉPTIMO: Incluir en el Boletín de reporte semestral a la Cámara de Comercio, el incumplimiento acá decretado respecto de la firma contratista, una vez en firme el presente acto administrativo”.

81. Como fundamento de las anteriores determinaciones, en la parte motiva del acto administrativo se dejó consignado, en términos generales, que:

81.1. De conformidad con lo estipulado en la cláusula octava del contrato, MACROINNOVA debía entregar la “totalidad del MATERIAL” relacionado en la cláusula primera —OBJETO⁴⁵— a más tardar el 10 de noviembre de 2007; asimismo, que, según se consignó en acta No. 4772, el 9 de noviembre de 2007 se recibió “un material técnico de inteligencia de acuerdo al contrato de compraventa No. 625-DINTE-2007”; no obstante, con posterioridad a la suscripción de dicha acta de recibo,

⁴⁵ “**CLÁUSULA PRIMERA. - OBJETO: EL CONTRATISTA vende al M.D.N.-EJÉRCITO NACIONAL-DINTE, UN SISTEMA DE ENLACE DE INFORMACIÓN WEB PARA INTELIGENCIA MILITAR**, de las características y condiciones establecidas en la invitación a ofertar y la oferta presentada por el **CONTRATISTA**; a su vez, la **DINTE** compra el sistema de enlace de información web el cual está integrado por los elementos y bienes que se aparece (sic) a continuación:

DESCRIPCIÓN

CANT.

VR UNITARIO BASE EN PESOS

IVA

VALOR UNITARIO TOTAL EN PESOS

VALOR TOTAL EN PESOS

%

VALOR

Sistema de enlace de información web para la inteligencia militar

1

550.000.000

16%

88.000.000,00

638.000.000,00

638.000.000,00

VALOR TOTAL

638.000.000,00

Los elementos descritos, y para efectos del presente contrato se llamarán en lo sucesivo el **MATERIAL**, en las cantidades y precios relacionados en la presente cláusula” (folio 3, cuaderno 2 de pruebas).

se empezaron a presentar fallas en el funcionamiento del sistema, razón por la cual la DINTE requirió a MACROINNOVA en diversas oportunidades.

81.2. Enseguida, en el acto administrativo se relacionaron las distintas comunicaciones que respecto del cumplimiento del objeto contractual se intercambiaron entre las partes, así como actas de reunión e informes que versan sobre ese mismo aspecto. Tales documentos dan cuenta de que: (i) las partes mantuvieron una comunicación constante y activa acerca de los defectos que presentó el sistema integrado de enlace web para la inteligencia militar que impidieron su funcionamiento total; en razón de ello, (ii) fijaron planes de trabajo y cronogramas con el objeto de que tales fallas fueran corregidas, con la advertencia, en más de una oportunidad, de que si al cumplimiento de las fechas pactadas las deficiencias no eran superadas, se declararía el incumplimiento y se harían efectivas las garantías pactadas; (iii) tales cronogramas vencieron sin que se pudieran superar la totalidad de las falencias que presentaba el sistema; y, finalmente, (iv) según el resultado de dos auditorías, el sistema no funcionó en su totalidad.

82. En efecto, según se consignó en la referida resolución —lo que no fue desvirtuado por la parte actora y que, en todo caso, en su gran mayoría se encuentra corroborado en el expediente— los sucesos que antecedieron a la expedición de la Resolución 061 del 15 de diciembre de 2009 fueron, en suma, los siguientes:

82.1. El 9 de noviembre de 2007 se recibió el material técnico de inteligencia a través de acta No. 4.772⁴⁶; sin embargo, al ponerlo en funcionamiento se presentaron varias fallas técnicas relacionadas con deficiencias funcionales generales como específicas que impedían la adecuada operatividad de cada uno de sus módulos. De ello da cuenta el oficio 003033 DINTE-CECIM-B4 del 23 de enero de 2008 —y el informe anexo—, por medio del cual el Subdirector de Contrainteligencia Militar puso al tanto al Director de Inteligencia del Ejército acerca de las deficiencias que presentaba el sistema, además de que le informó que tales fallas se habían puesto en conocimiento del representante de MACROINNOVA mediante comunicaciones del 5 de diciembre de 2007 y del 14 de enero de 2008, quien, en respuesta a ello, había manifestado que se estaba trabajando en la solución de las novedades; no obstante, según indicó dicho Subdirector, hasta esa fecha los esfuerzos de la Unión Temporal no habían tenido éxito, por lo cual sugirió, entre otras cosas, que se definiera un cronograma específico de solución y se analizara la viabilidad de hacer efectiva la “*garantía técnica establecida en el contrato*”⁴⁷.

82.2. Mediante comunicación No. 089662 del 13 de febrero de 2008, el Subdirector de Inteligencia entregó copia al representante de MACROINNOVA del informe que presentó al Director de Inteligencia del Ejército a través de la comunicación mencionada en el punto anterior y lo citó para el 15 de febrero de 2008 con el objeto de solucionar las inconsistencias presentadas⁴⁸.

⁴⁶ El acta obra en folios 1 y 2 del cuaderno 1.

⁴⁷ El oficio obra a folio 3 del cuaderno 1. En la cláusula octava las partes acordaron: “

⁴⁸ El oficio obra a folio 11 del cuaderno 1.

82.3. En reunión de esa fecha, la DINTE manifestó al representante de MACROINNOVA su preocupación por las fallas que presentaba el sistema y porque, a esa fecha, aún no se habían solucionado las observaciones presentadas a través de las comunicaciones del 5 de diciembre de 2007 y del 14 de enero de 2008; a su vez, el mencionado representante rindió una explicación general sobre la situación del proyecto y la solución de las novedades reportadas, respecto de las cuales, dijo haberlas solucionado en un alto porcentaje, al tiempo que se comprometió a cumplir un cronograma de trabajo que se fijó en esa misma oportunidad, según el cual, además de otras actividades previas, debía realizar la entrega total y final del proyecto el 10 de marzo de 2008, mientras que la terminación del proceso de cargue de bases de datos se fijó para el 14 de marzo de 2008. Posteriormente, la Dirección de Inteligencia precisó que, ante un posible incumplimiento del referido cronograma, se harían efectivas las garantías pactadas⁴⁹.

82.4. A través de oficio No. 003626 del 28 de febrero de 2008, el Director de Contrainteligencia Militar informó al Director de Inteligencia del Ejército que, para ese momento, MACROINNOVA no había cumplido las actividades programadas en el cronograma fijado en la reunión del 15 de febrero de 2008, toda vez que no se habían solucionado las observaciones efectuadas el 14 de enero de 2008 que impedían la adecuada operatividad de cada uno de los submódulos⁵⁰. Después, a través de oficio No. 003875 del 14 de marzo de 2008, el mismo funcionario informó a ese Director que, cumplida la fecha límite fijada en la reunión del 15 de febrero de 2008 para la entrega y puesta en funcionamiento de la totalidad del sistema, aún persistían observaciones generales y específicas sobre su operabilidad⁵¹.

82.5. En razón de lo anterior, la DINTE citó nuevamente al contratista a una reunión que se realizaría el 25 de marzo de 2008 con el objeto de solucionar las inconsistencias presentadas en el sistema⁵². Según comunicación del 27 de mayo de 2008 remitida por MACROINNOVA a la DINTE, en reunión de esa fecha se acordó hacer una revisión del estado del sistema para finiquitar la entrega de los módulos correspondientes, con el objetivo de identificar y separar cuáles eran las especificaciones básicas y cuáles los nuevos requerimientos o modificaciones que la CECIM deseaba incorporar al sistema⁵³.

82.6. Según oficio No. 004249 del 11 de abril de 2008 dirigido por el Director de Contrainteligencia al Director de Inteligencia, la revisión de los módulos se realizó entre el 1 y el 5 de abril de ese año. Señaló que, de conformidad con la clasificación específica de las observaciones por módulos que realizó la CECIM, se estableció que *“el sistema aún no se encuentra en un estado o porcentaje de desarrollo adecuado en cuanto a su operabilidad, con relación a los requerimientos funcionales y necesidades de cada uno de los procesos requeridos para el registro, archivo, interacción, enlace y consulta de información”*. Indicó que, por ello, a esa fecha no se

⁴⁹ El acta de la reunión obra en folios 12 y 13 del cuaderno 1.

⁵⁰ En el oficio se referenciaron las observaciones que no habían sido atendidas. El oficio obra a folio 14 del cuaderno 1.

⁵¹ En el oficio se relacionaron las observaciones relacionadas con el funcionamiento del sistema. El oficio obra a folio 15 del cuaderno 1.

⁵² Oficio 090800 del 18 de marzo de 2015, folio 16 del cuaderno 1.

⁵³ La comunicación obra de folios 56 a 63 del cuaderno 1.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATECNA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

había recibido el sistema, porque se debía continuar con el proceso de solución de observaciones, razón por la cual MACROINNOVA se había comprometido a entregar definitivamente el desarrollo del proyecto el 25 de abril de 2008⁵⁴, compromiso que, según se consignó en el oficio 4523 del 29 de abril de 2008, tampoco se cumplió⁵⁵.

82.7. A través de oficio No. 4.738 del 14 de mayo de 2008, el Subdirector de Contrainteligencia volvió a informar al Director de Inteligencia que, a esa fecha, MACROINNOVA no había presentado las correcciones a las observaciones y fallas encontradas en la revisión realizada del 1 al 5 de abril de ese año y detalló los defectos que persistían⁵⁶. Posteriormente, a través de oficios Nos. 92420 y 92421 del 20 de mayo de 2008, la entidad pública informó a Liberty Seguros y al representante de la Unión temporal, respectivamente, que *“dando alcance a la **CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA. - SANCIONES. PARÁGRAFO TERCERO** establecida en el contrato No. 625-DINTE-2007 y una vez agotada la etapa de solución de conflictos. Me permito solicitarle de manera escrita, exponga los motivos del incumplimiento generados en el funcionamiento de cada uno de los módulos del SISTEMA INTEGRADO DE ENLACE WEB PARA INTELIGENCIA MILITAR, a fin de garantizar el derecho de contradicción y defensa, de conformidad a la ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes”*⁵⁷.

82.8. En respuesta a dicha comunicación, el representante de MACROINNOVA manifestó que la etapa de solución de conflictos aún no había terminado porque, en su sentir, aún no se había presentado una situación de conflicto; además de que la contratista no había abandonado la ejecución de sus obligaciones. Se refirió a las causas a las que, a su juicio, se debían las dificultades generadas en la implementación del sistema.

82.9. El 19 de junio de 2008, a través de oficio No. 93617, el Director de Inteligencia del Ejército remitió al representante de MACROINNOVA el oficio 5227 del 16 de junio de 2008, por medio del cual el Director de Contrainteligencia dio respuesta a su comunicado del 27 de mayo de 2008, señalando que las instancias de arreglo directo ya estaban finalizadas porque, para ese momento, el proyecto no había sido entregado y puesto en producción, a pesar de que la fecha pactada para ello era el 10 de noviembre de 2007, y que tampoco se habían cumplido los cronogramas posteriormente establecidos para cumplir con esa obligación. Agregó que, incluso, a la fecha del oficio, no se había presentado solución frente a la funcionalidad y operatividad del sistema e indicó que consideraba que la contratista *“no ha actuado bajo los principios de responsabilidad, organización, gerencia, y direccionamiento del recurso humano, de acuerdo a la cláusula séptima, ítem 1.3”*, causa a la que atribuyó el incumplimiento del cronograma del contrato. Enseguida se pronunció, una a una, respecto de las respuestas dadas por MACROINNOVA frente a las observaciones realizadas en relación con la funcionalidad del sistema y señaló que la Unión Temporal asumió *“que los módulos se recibieron y están en producción, situación que no es cierta; pues, inclusive, a la fecha no ha sido posible su recepción, teniendo*

⁵⁴ La comunicación obra a folio 17 del cuaderno 1.

⁵⁵ El oficio obra a folio 28 del cuaderno 1.

⁵⁶ El oficio obra a folios 49 y 50 del cuaderno 1.

⁵⁷ Los oficios obra a folios 54 y 55 del cuaderno 1.

en cuenta que lo solicitado no son ‘eventuales modificaciones o mejoras’ sino correcciones fundamentales para el mínimo funcionamiento del sistema [...]” Finalmente, en el oficio No. 5227 el Director de Contrainteligencia recomendó, entre otras cosas, que se analice la viabilidad de hacer efectivas las garantías del contrato, teniendo como fundamento los informes de revisión y auditoría⁵⁸.

82.10. En reunión del 16 de junio de 2008, la DINTE le informó al representante de MACROINNOVA que, debido al incumplimiento del contrato, se impondría una multa en su contra⁵⁹.

82.11. El 24 de junio de 2008, el Supervisor del contrato remitió al Director de Inteligencia el informe de auditoría del sistema web del 23 de junio de 2008, mediante el cual se concluyó que MACROINNOVA no había cumplido con las obligaciones del contrato⁶⁰. Mediante oficio del 8 de julio de 2008, el comité evaluador informó al Supervisor del contrato que el proyecto no estaba funcionando en su totalidad, según las pruebas realizadas por la Interventoría, el comité estructurador y evaluador⁶¹. A través de oficio del 4 de agosto de 2008, el comité evaluador envió al supervisor del contrato el informe de evaluación del proyecto de la puesta en funcionamiento del enlace de información web con corte a 31 de julio de ese mismo año en el que se concluyó que el “*Hardware se encuentra al 100% y en cuanto software se encuentra en funcionamiento el 80%*”⁶².

82.12. Más adelante, el 12 de noviembre de 2008, los auditores del sistema, el representante de MACROINNOVA, el Gerente del Proyecto del Sistema de Enlace Web para la Inteligencia Militar, los integrantes de los comités evaluador y estructurador y el supervisor del contrato, suscribieron el acta de “*RECIBO DE LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE ENLACE WEB PARA LA INTELIGENCIA MILITAR [...]*”⁶³. En este documento se dejó constancia de que el 15 de agosto de 2008 se procedió a la revisión de los módulos, actividad en la que intervinieron algunos funcionarios de CECIM y dos ingenieros designados por

⁵⁸ El oficio obra de folios 65 a 75 del cuaderno 1.

⁵⁹ El acta obra de folios 72 a 75 del cuaderno 1. Según se indicó en el recurso de reposición que se interpuso en contra de la Resolución 061, la multa se habría impuesto a través de Resolución 049 de septiembre de 2009 y habría sido revocada a través de Resolución 060 de ese mismo mes y año (folio 168 del cuaderno 2), ninguno de los dos actos administrativos obra en el expediente.

⁶⁰ El oficio obra a folios 76 a 77 del cuaderno 1.

⁶¹ El oficio y el informe obran de folios 92 al 117 del cuaderno 1.

⁶² De conformidad con las cláusulas octava y novena del contrato, para las entregas parciales y totales debía procederse de la siguiente manera: “**CLÁUSULA OCTAVA. PLAZO DE ENTREGA Y REVISIÓN DEL MATERIAL:** (...) Por cada entrega parcial y/o total del **MATERIA**L al M.D.N. –EJÉRCITO NACIONAL – DINTE, se levantará un acta suscrita por el supervisor, comité técnico y representante designado por el **CONTRATISTA**. El acta de recibo será perfeccionada y expedida dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la entrega parcial y/o total del **MATERIAL** de conformidad con lo establecido en el presente contrato. (...)”

PARÁGRAFO TERERO: ENTREGA DE LOS BIENES: Para la entrega de los bienes (...), el Supervisor y el comité técnico verificarán el cumplimiento de las características técnicas consignadas por la oferta presentada por el **CONTRATISTA** ...

PARÁGRAFO CUARTO: COMPARACIÓN DE MUESTRAS CON MATERIAL ENTREGADO: El Supervisor del Contrato y el Comité Técnico efectuarán la comparación de material contra el manual técnico del fabricante, junto con la propuesta (...), el **MATERIAL** deberá tener las mismas características físicas y técnicas exigidas.

CLÁUSULA NOVENA. ANÁLISIS DE CUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEL MATERIAL. Para la entrega del material, corresponde al supervisor y al comité técnico, emitir un concepto de inspección de calidad en el cual debe constar si el **MATERIAL** correspondiente a las entregas parciales o total, cumple o no con las especificaciones técnicas indicadas en los términos de referencia (...). El procedimiento para desarrollar lo anterior, se especificó en la cláusula octava del presente contrato” (folio 15 del cuaderno 2)

⁶³ El acta obra de folios 121 a 147 del cuaderno 1.

MACROINNOVA y en la que, después de la verificación de cada uno de los requerimientos, se encontraron algunos aspectos que requerían ser ajustados “*dentro de la operatividad del software*”. Asimismo, se dejó constancia de que la firma auditora del contrato –SLIM SISTEMAS LTDA– realizó la revisión de los aspectos técnicos funcionales exigidos por la CECIM “*en el proyecto ENLACE WEB dentro del contrato inicial*” con la participación de personal designado por MACROINNOVA. Con base en los resultados de dichas revisiones, en el acta del 12 de noviembre de 2008, se indicaron, entre otras cosas, las especificaciones técnicas del contrato que para ese momento ya se habían cumplido, así como anotaciones respecto de las que aún presentaban observaciones o tenían trámites pendientes, entre ellas: la entrega del manual de archivo operacional y operaciones y las pruebas de conectividad y validación con el fin de verificar la funcionalidad de cada uno de los módulos. Al respecto, se indicó que “*No todos los módulos se encuentran funcionando. Requieren de funcionalidad en convenios, otros pendientes por ajuste y mantenimiento*”⁶⁴.

82.13. Al final, en dicha acta se consignaron los resultados y observaciones que la firma auditora del contrato había presentado previamente en informe a la DINTE:

(i) Que el sistema se encontraba en un nivel avanzado de desarrollo, por lo cual se recibía como una primera versión; sin embargo, se hacía necesario un acompañamiento en la fase de garantía o pos entrega que vencía en julio de 2009 y acta de recibo a satisfacción “*en la que se exija el cumplimiento de cada uno de los requerimientos pendientes de la parte Técnico-funcional del proyecto*”. Dentro de este punto, se indicó que MACROINNOVA debía comprometerse a entregar y solucionar cada uno de los requisitos necesarios para que el proyecto entrara en la fase de producción, que se debían formalizar los nuevos requerimientos que entraran en la fase de garantía y mantenimiento y que la contratista debía elaborar la documentación que “*informe claramente acerca de los cambios realizados al sistema (Documentos de Control de Cambios), de tal forma que se tenga un inventario de cambios realizados y las justificaciones para esos cambios*”.

(ii) Que, según la información técnico funcional, el nivel de desarrollo de los requerimientos del contrato ascendía a un 90%. En el porcentaje restante “*ya no se encuentran desarrollos estructurales del proyecto, pero sí de modificación o mejoramiento de los formularios con los que interactúan los usuarios, creación de alertas, avisos que hagan que se reduzcan los niveles de error que se pueden presentar al utilizar las consultas*”.

(iii) Se indicaron las actividades realizadas de conformidad con el plan de trabajo para la puesta en operación y para ajustes de las observaciones realizadas por la firma auditora, así como las actividades que, a esa fecha, según ese mismo plan, quedaban por realizar hasta diciembre de 2008, entre ellas, mantenimiento y actualización del módulo de fuentes y agencias y archivo operacional, actualización del módulo de operaciones, puesta en producción del módulo de fuentes y archivo operacional e inicio de la puesta en producción en paralelo de los módulos operacionales.

⁶⁴ Folio 123 del cuaderno 1.

82.14. Según se consignó en la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009, en ese año, las partes continuaron cruzándose comunicaciones y haciendo reuniones acerca de requerimientos y observaciones relacionados con el funcionamiento del sistema. De ello dan cuenta varias de las comunicaciones transcritas en dicho acto administrativo, que, si bien no obran en el expediente, su contenido no fue desvirtuado por la parte actora, a quien correspondía tal carga por hacer tales transcripciones parte de la fundamentación de un acto administrativo que se presume legal y válido; además de que, como se mencionó previamente, en el recurso de apelación la parte limitó sus argumentos a señalar que lo que no conoció fueron otros oficios mencionados en el acto. Según esas comunicaciones, en febrero, el Supervisor del contrato remitió a MACROINNOVA varias observaciones relacionadas con algunos módulos del sistema, requerimientos que fueron contestados por la Unión Temporal a través de oficio CA-043-2009 de ese mismo mes. El 2 de marzo, las partes llevaron a cabo una reunión en la que acordaron iniciar un proceso de celeridad para la activación total del sistema. De conformidad con oficio No. 91104 del 31 de marzo de 2009 emitido por el supervisor del contrato, al hacer mención a dicha reunión, se indicó que para ese momento y según las pruebas realizadas en enero y febrero de ese año se determinó que el sistema no estaba funcionando en su totalidad, debido a que algunos módulos seguían presentando errores. En la resolución también se reportaron oficios del mes de mayo, en los que el supervisor del contrato continuaba alertando por la falta de funcionamiento del sistema y la necesidad del cumplimiento de los compromisos adquiridos por MACROINNOVA. A través de comunicación del 13 de mayo de 2009, la Unión Temporal contestó las observaciones presentadas al sistema de información en oficio 38395⁶⁵ y mediante comunicación del 14 de mayo de ese mismo año, dio contestación al oficio No. 91591, por medio del cual, según esa misma comunicación, se habían hecho observaciones relacionadas con el funcionamiento del sistema⁶⁶.

82.15. Mediante oficio No. 91933 del 1 de junio de 2009, el Supervisor del contrato remitió al representante de MACROINNOVA el informe 91881 del 28 de mayo de ese año, contentivo de las observaciones que a la fecha presentaba el sistema de cara a la ficha técnica contratada, las cuales debían ser solucionadas antes del 1º de julio, según lo acordado en reunión del 29 de mayo pasado⁶⁷. En dicho informe, se señalaron uno a uno los requerimientos técnicos que ya se habían cumplido y los que no. En ese sentido, entre otras cosas, se indicó que: (i) se había cumplido con el hardware, pero que el software no estaba operando en su totalidad, (ii) el contratista no había desarrollado la totalidad de las fases del proyecto, pues era necesario realizar ajustes a la etapa de desarrollo para posteriormente iniciar la fase de pruebas y, luego, la de producción; (iii) que el único módulo que estaba funcionando era el de consultas informáticas, los demás (archivo operacional, fuentes y agencias, operaciones y seguridad militar) aún no estaban en correcto funcionamiento, (iv) no se había cumplido la obligación de elaborar todos los manuales de las aplicaciones y entregarlos impresos, porque solamente se había entregado el de consultas informáticas, por lo que estaban pendientes los de archivo operacional, fuentes y agencias, operaciones y seguridad militar; (v) no se había cumplido la obligación de

⁶⁵ La comunicación obra de folios 29 a 50 del cuaderno 1.

⁶⁶ La comunicación obra de folios 51 a 53 del cuaderno 1.

⁶⁷ Folios 151 a 169 del cuaderno 1.

la contratista de documentar el sistema y de que sus manuales debían estar escritos en español para usuarios finales y técnicos. Al final, el informe recomendó tener en cuenta que, en caso de incumplimiento, se debía hacer efectiva la póliza de calidad de los bienes y/o servicios entregados.

82.16. El 3 de junio de 2009 MACROINNOVA se pronunció frente al informe referenciado en el punto anterior, señalando que observaba que no se habían tenido en cuenta sus comunicaciones anteriores respecto de los requerimientos previamente presentados, así como los resultados de la reunión del 2 de abril de 2009. Indicó que reiteraba la solicitud que había hecho en comunicación CA-043-09 del 25 de febrero de 2009, en el sentido de que se hiciera una revisión al sistema a través de un funcionario para que fuera él el que canalizara los requerimientos y observaciones y se definiera *“cuáles son las que EN VERDAD IMPIDEN la utilización del sistema y cuáles las que son estrictamente de presentación de los datos que impiden la actualización”*. Dijo que *“Este funcionario debe ser de suficiente nivel profesional para que de acuerdo con su criterio independiente determine si el sistema falla y es UTILIZABLE O NO”*⁶⁸.

82.17. En la Resolución se indicó que, para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en reunión del 29 de mayo de 2009, la DINTE, por solicitud del contratista, nombró un personal idóneo con el fin de que se realizara una auditoría de funcionamiento del aplicativo, con el objeto de que se verificaran las afirmaciones hechas por el contratista, el supervisor y el comité técnico del contrato. Indicó que citó el 22 de julio de 2009 a la aseguradora y al contratista, para que *“ejercieran su derecho al debido proceso contemplado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no sobre papeles, sino directamente sobre el sistema, en compañía del supervisor del contrato, el comité técnico evaluador, el jefe de consultas informáticas y auditores nombrados por esta Dirección”*.

82.18. En el expediente reposa el acta No. 492 del 29 de julio de 2009, suscrita, entre otros, por un delegado de MACROINNOVA y en la que se dejó constancia de que el 22 de esos mismos mes y año sus firmantes *“acordaron realizar una revisión técnica de todos los módulos que componen el Sistema de Información Web para la Inteligencia Militar, sistema que ha venido presentando fallas de funcionamiento, de la mencionada revisión reposa video fílmico”*⁶⁹. Adjunto, se acompañaron unos cuadros y unas anotaciones sobre las fallas que reportaba el sistema⁷⁰.

82.19. De conformidad con la Resolución, como resultado de esa auditoría que se había hecho por solicitud y con participación de la Unión Temporal, se reportaron, en general, problemas relacionados con la funcionalidad del sistema, además se indicó que *“No se tiene impreso ni documentado el modelo de la entidad relación de la base de datos que permita verificar la integralidad referencial del sistema. De acuerdo a lo exigido en el contrato en los numeral 1.8 y 4.17 de la ficha técnica del contrato”*.

⁶⁸ Esta comunicación tampoco obra en el expediente, pero, se reitera, que la transcripción que de ella se hizo en la Resolución 061 no fue debatida por la parte demandante.

⁶⁹ Folio 172 del cuaderno 1.

⁷⁰ Folios 173 a 231 del cuaderno 1.

82.20. Adicionalmente, en la Resolución se consignó que la DINTE no accedió a la solicitud formulada por MACROINNOVA a través del oficio CA-053-2009 en el sentido de que designara un nuevo comité idóneo, toda vez que esa misma petición ya la había presentado en la reunión del 29 de mayo de 2009 y como resultado de ello fue que se llevó a cabo la auditoría del 22 de julio de 2009 con el objeto de esclarecer lo que venía manifestando la contratista en cuanto a que el sistema sí funcionaba y en cuanto a que las observaciones del comité técnico y del supervisor del contrato eran requerimientos posteriores ya solucionados; auditoría a la que, agregó, asistió un delegado de la contratista. Igualmente, se indicó que, a pesar de las gestiones de la DINTE, no se había logrado obtener solución por parte del contratista frente a las inconsistencias del sistema, sino que, en cambio, MACROINNOVA pretendía dilatar su responsabilidad solicitando la conformación de un nuevo comité.

82.21. Posteriormente, la Resolución No. 061 hace alusión al oficio 94939 del 11 de noviembre de 2009⁷¹, por medio del cual el comité técnico estructurado rindió ante el Director de Inteligencia del Ejército un concepto sobre las razones por las cuales el Sistema de Enlace de información Web para la Inteligencia Militar a esa fecha no funcionaba adecuadamente. Enseguida, en dicha comunicación se referenciaron los aspectos relacionados con el alcance, la funcionalidad y aplicabilidad del proyecto requeridos en los términos del contrato que no habían sido cumplidos a satisfacción. Luego, se conceptuó que *“no era viable realizarle las correcciones o ajustes requeridos, en razón a las siguientes consideraciones:*

“El código fuente no se encuentra comentariado (sic), por lo tanto no es posible hacer modificaciones correctivas al programa, para la implementación del sistema de enlace de información web con lo cual se anula la posibilidad de utilizar personal especializado en diseño y programación de software.

La documentación de soporte no existe (análisis funcional, análisis técnico, GAP análisis, estado actual/ estado ideal/ estado final), lo que impide administrar con el mínimo de estándares el sistema.

La georreferenciación no funciona.

Los registros almacenados en las bases de datos no concuerdan con la información real presentándose inconsistencias graves y delicadas que comprometen el normal desarrollo de las operaciones y la integridad de la fuerza”.

82.22. Al final, el comité técnico estructurado conceptuó: *“Por lo anterior y ante eventuales consultas que arrojen información inconsistente y no confiable que imposibilita su utilización en operaciones, así como se presenta la imposibilidad de corregir o reutilizar este sistema objeto del contrato No. 625-DINTE-2007, se recomienda que es conveniente para el Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia el diseño, creación e implementación de un nuevo sistema de enlace de información web y se elimine la posibilidad de emplear la plataforma desarrollada en el contrato antes mencionado”.*

⁷¹ Folios 232 a 237 del cuaderno 1.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATEC NIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

82.23. Después, la Resolución No. 061 se refiere al oficio 94360/MND-CGFM-CE-JEOPE-DINTE-CECM- del 16 de diciembre de 2009⁷², por medio del cual el comité evaluador, a solicitud del Director de Inteligencia, rindió un concepto sobre la liquidación de perjuicios económicos causados como consecuencia del incumplimiento del contrato. Para ello, el Comité se refirió a las pruebas que se realizaron para la recepción del material y los criterios que se tuvieron en cuenta, específicamente, se refirió al acta 4772 del 9 de noviembre de 2007 —previamente referenciada—, al acta 511 de esa misma fecha, en la que se dejó constancia del funcionamiento del sistema y del compromiso de MACROINNOVA de solucionar las observaciones encontradas durante la presentación y recepción del sistema. En cuanto a la funcionalidad del sistema dijo que, para el momento de elaboración del concepto, no funcionaba porque no había integración con todos y cada uno de los módulos y submódulos que lo componían y que la solución para que funcionara era volver a crearlo *“ya que la programación debido a la alta complejidad que el sistema de información requiere para cada equipo de trabajo y cada proyecto se desarrolla con protocolos y procedimientos distintos, por tanto es imposible retomar el desarrollo y/o trabajo ya realizado anteriormente, por las siguientes razones:*

“No existe una documentación clara del proyecto, no hay documentos funcionales y técnicos que expliquen los aspectos del mismo.

No existe un documento en el cual se explique la arquitectura del sistema, por lo tanto tomaría más tiempo investigar la manera en que está construido el sistema actual que hacer uno nuevo.

El código fuente con el que se cuenta no está con los comentarios que los estándares de desarrollo exigen y no está documentado adecuadamente.

El sistema de información actual tiene BUGs y problemas de operación que sin la documentación adecuada como se menciona en los puntos anteriores no es posible resolver⁷³”

82.24. Finalmente, en el referido oficio se anotó que *“para el desarrollo de un sistema de integración de bases de datos locales vía Web, el Hardware con que se cuenta en la actualidad en la CECIM no presenta ningún inconveniente para instalar cualquiera que sea el aplicativo, como tampoco se tendría que comprar Software o licencias adicionales, mas el Software integración de información Web se tendría que desarrollar de forma total”*. No hay prueba de que este oficio hubiera sido conocido por MACROINNOVA.

82.25. Por último, en la Resolución No. 061 la entidad demandada señaló que podía probar sumariamente los perjuicios causados debido al incumplimiento, a través del estudio de perjuicios económicos contenido en el oficio 41/MD-CGFM-CE-JEM-JEOPE-DINTE-CTR-17.2 del 16 de diciembre de 2009⁷⁴ —según el contenido de ese documento—, elaborado con base en lo informado por los comités técnicos estructurado, evaluador y por el supervisor del contrato (se refiere a los oficios 94939 y 94360, previamente referenciados, así como al oficio 94049, no transcrito en la resolución ni obrante en el expediente). El estudio concluye que el valor de los

⁷² Obra de folios 236 a 233 del cuaderno 1.

⁷³ Folios 22 al 48 cuaderno 2 de la primera instancia.

⁷⁴ Obra de folios 118 a 122 del cuaderno principal de la primera instancia.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATECNIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército
Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

perjuicios asciende a la suma de \$366'174.191. Para calcular este valor, se tuvo en cuenta que, de conformidad con lo indicado por los mencionados comités, “*el sistema de enlace de información Web para la Inteligencia Militar no funciona en un ciento por ciento (100%)*”, y se solicitaron tres cotizaciones partiendo de las especificaciones técnicas que permitan realizar un nuevo desarrollo e implementación del sistema con el fin de obtener su funcionalidad en un 100%. No hay prueba de que este oficio hubiera sido conocido por MACROINNOVA.

83. A través de Resolución No. 003 del 18 de enero de 2010, se confirmó la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2010 y se reiteraron, en general, los argumentos expresados en dicho acto administrativo.

84. A partir del recuento pormenorizado de los antecedentes de la Resolución No. 061, la Sala concluye que, si bien la contratista sí tuvo oportunidad de controvertir acerca de los hechos que se estimaron configurativos del incumplimiento de sus obligaciones en relación con la calidad del Sistema de Enlace de Información Web de Inteligencia Militar, las mismas que sirvieron de sustento para declarar la ocurrencia de ese siniestro⁷⁵ y hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 1012981 expedida por Liberty Seguros que lo cubrió, consistentes, básicamente, en que dicho sistema no funcionó en los términos pactados, lo que generaba un daño para la entidad asegurada en tanto no podría satisfacer los fines para los cuales adquirió el sistema, lo cierto es que la contratista no tuvo oportunidad de pronunciarse, previamente a la expedición de las resoluciones demandadas, acerca de la acreditación del monto de la pérdida.

85. Al respecto, debe decirse que no obra prueba en el expediente que dé cuenta de que las demandantes hubieran conocido los oficios 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 y el 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR17.2 de 16 diciembre de 2009 antes de la expedición de la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009 y, si bien, hay que advertirlo, el contenido de estos documentos no fue lo que sirvió de sustento a la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de la contratista en relación con la calidad del sistema y a la de ocurrencia de ese siniestro, su contenido sí sirvió como fundamento a la administración para demostrar el monto de la pérdida derivada de ese hecho. Expresamente así lo dijo la demandada (ver párrafo 81.25).

86. Dado que la parte actora alega que la vulneración de su debido proceso compromete íntegramente todas las declaraciones contenidas en las resoluciones demandadas y en consideración a que la evaluación del acervo probatorio no arroja esa conclusión, la Sala estima necesario separar el análisis de lo relativo: (i) a la declaratoria de incumplimiento de la Unión Temporal respecto de sus obligaciones de calidad y, con fundamento en ello, la declaratoria de ocurrencia de ese siniestro, del correspondiente (ii) a la determinación y acreditación del monto de la pérdida.

⁷⁵ Aunque, al parecer, los defectos correspondía mas precisamente al siniestro de funcionamiento, el debate planteado no gira en torno a este aspecto y, por tanto, la Sala no hará pronunciamiento al respecto.

Declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de la contratista relacionadas con la calidad del sistema y declaratoria de ocurrencia de ese siniestro

87. A partir del contenido de la Resolución No. 061 y de los demás documentos que soportan la información consignada en ese acto, lo que observa la Sala es que el fundamento para declarar el incumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal en relación con la calidad del Sistema de Enlace Web de Inteligencia Militar se concentró en el resultado que arrojó el procedimiento administrativo que se surtió previamente a la expedición de tal acto, esto es, que, después de varios requerimientos sobre aspectos que a juicio de la entidad contratante afectaban su funcionamiento en los términos en los que fue estipulado, tales deficiencias no pudieron superarse.

88. Cabe destacar que en desarrollo de tal procedimiento la parte actora tuvo oportunidad de debatir acerca de los defectos del sistema que, en criterio de la DINTE, impedían su funcionamiento en las condiciones acordadas en el contrato, no sólo porque conoció y discutió acerca de los requerimientos e informes contentivos de observaciones sobre aspectos que, se indicó expresamente, comprometían su funcionamiento u operabilidad, sino porque, incluso, a petición suya, se hizo una auditoría para verificar esos mismos aspectos, en la cual tuvo oportunidad de participar.

89. A lo anterior se agrega que era conocido por MACROINNOVA que en caso de que no se solucionaran las deficiencias que, a juicio de la demandada, se habían presentado y afectaban el funcionamiento del sistema en los términos que fueron pactados, se harían efectivas las garantías pactadas en el contrato, específicamente, el amparo de calidad cubierto por la póliza que amparaba el cumplimiento general del contrato, pues así surge de lo pactado en las cláusulas décima y décima primera del contrato y, además, como quedó previamente referenciado, así se lo expresó la demandada en más de una oportunidad durante el trámite que precedió la expedición de las resoluciones demandadas⁷⁶.

90. Ahora, si bien no hay prueba de que la parte demandante hubiere conocido los oficios 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 y el 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR17.2 de 16 diciembre de 2009 antes de la expedición de la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009, las declaraciones de incumplimiento y de ocurrencia del siniestro de calidad no se fundamentaron en su contenido, por lo cual ese aspecto, al menos en lo que a estas declaraciones concierne, no tiene la virtualidad de afectarlas en su legalidad.

91. En efecto, lo que se evidencia y corrobora con base en el contenido mismo de los plurimencionados oficios, es que éstos partieron de unos supuestos sobre los cuales las partes ya habían tenido oportunidad de discutir —los defectos que afectaban el funcionamiento del sistema en los términos que fueron pactados—, con el objeto, ya no de definir si el sistema cumplía para su funcionamiento con las

⁷⁶ Al respecto véase: oficio 030033 del 23 de enero de 2008 (párrafo 37.1 de esta providencia), acta de reunión del 15 de febrero de 2008 (párrafo 37.2 de esta providencia), oficio 5227 del 16 de junio de 2008 (párrafo 37.9 de esta providencia) e informe 91881 del 28 de mayo de 2008 (párrafo 37.15 de esta providencia).

condiciones técnicas requeridas en el contrato, sino de determinar el alcance de los perjuicios causados en virtud de los defectos que afectaron su funcionalidad, defectos que la demandada concluyó que se configuraron y que no se pudieron superar después de varios requerimientos realizados al contratista en ese sentido y de finalizar una auditoría que se hizo por solicitud y con participación de la Unión Temporal, y en la que se concluyó en el mismo sentido.

92. De hecho, en el oficio 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 el comité técnico evaluador indicó expresamente que el concepto que quedó contenido en ese documento lo elaboraba a solicitud de la Dirección de Inteligencia del Ejército para *“la liquidación de perjuicios económicos”* derivados del incumplimiento del contrato 625-DINTE-2007. Para conceptuar en ese sentido, señaló que *“el sistema de enlace Web para la inteligencia no funciona, ya que no existe integración con todos y cada uno de los módulos y submódulos que lo componen”*, aspecto que venía siendo discutido por las partes desde cuando, recibido el sistema, éste empezó a presentar problemas con su operatividad asociados al funcionamiento de los módulos que lo componían⁷⁷. Tanto discutieron las partes en relación con la funcionabilidad del sistema que, en comunicación del 3 de junio de 2009, MACROINNOVA dijo que reiteraba una solicitud que había presentado en febrero de ese mismo año con el objeto de que se designara un funcionario para que canalizara los requerimientos y observaciones y *“de acuerdo con su criterio independiente determine si el sistema falla y es UTILIZABLE O NO”*⁷⁸.

93. Ahora, con el objeto de determinar la cuantía de los perjuicios derivados de los defectos de calidad y funcionamiento que presentaba el sistema, mas no la existencia misma de tales defectos y la imposibilidad de superarlos, en el mencionado oficio 094360, el comité evaluador conceptuó que para que el software funcionara correctamente era necesario volver a crearlo, por las razones que allí expresó y que, básicamente, se concretaron en señalar que *“[d]ebido a la complejidad de un desarrollo como el software actual y la carencia de información y documentación adecuada, no es posible dejar en funcionamiento el sistema adquirido. Lo anterior teniendo en cuenta que se tendría que hacer una mayor inversión económica en tiempo y trabajo, sin que se garantice de esta forma que el sistema funcione para el objeto que fue adquirido”*, por lo que recomendó desarrollar uno totalmente nuevo.

94. A partir de esta recomendación, a través del oficio 41/MD-CGFM-CE-JEM-JEOPE-DINTE-CTR-17.2 del 16 de diciembre de 2009, que tampoco conoció la parte actora, el asesor económico de la DINTE realizó la tasación de los perjuicios sobre la base de que el Sistema de Enlace Web para la Inteligencia Militar *“no funciona en un 100%”*; por ello, el monto de la indemnización lo calculó con base en tres cotizaciones que se solicitaron para un nuevo desarrollo e implementación de ese sistema.

⁷⁷ Recuérdese que, según oficio 3033 del 23 de enero de 2008 e informe adjunto, remitidos luego al representante de la Unión Temporal, después de recibido, el sistema presentó *“deficiencias tanto funcionales generales como específicas requeridas, lo cual no permite una adecuada operatividad de cada uno de los módulos ...”* (Véase oficio 3033 del 23 de enero de 2008, informe adjunto, oficio 89662 del 13 de febrero de 2008 y acta de reunión del 15 de febrero de 2008 (párrafos 37.1 a 37.3. de esta providencia).

⁷⁸ Ver párrafo 3.16 de esta providencia.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATECNA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

95. Como se observa, el contenido de los referidos oficios no está dirigido a determinar los defectos de calidad y funcionamiento del sistema, sino los perjuicios derivados de tales deficiencias, las cuales ya habían sido discutidas ampliamente entre las partes.

96. Antes de proseguir con el análisis de lo que ocurrió en el trámite administrativo en relación con la acreditación de la cuantía de la pérdida, la Sala se detiene para advertir que lo que se analizará frente a ese tópico no afecta lo acabado de concluir frente a la declaratoria de ocurrencia del siniestro de calidad —el incumplimiento de las obligaciones de las especificaciones técnicas que afectaron el funcionamiento del sistema en los términos convenidos—. Se precisa que el hecho de que, como se verá, se encuentre que la contratista no tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de los elementos que se tuvieron en cuenta para acreditar el monto de la pérdida antes de la expedición de la Resolución No. 061 de 2008, no afecta la declaratoria de ocurrencia del siniestro —ni tampoco la del incumplimiento de las obligaciones de calidad del contratista— puesto que para ello la ley no exige que se demuestre la cuantía del perjuicio, sino solamente la realización del riesgo amparado. Lo que afecta es la orden dada en el acto administrativo en el sentido de hacer efectiva la póliza, pues, como ya se analizó, para ello sí se requiere de la conjunción de dos elementos, la demostración de la realización del riesgo amparado y la acreditación del monto de la pérdida.

97. Igualmente, es también pertinente reiterar que, por tratarse del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, esto es, de un seguro de daños, el siniestro no se entiende configurado solamente en razón del incumplimiento, sino que se materializa en el daño causado por el acaecimiento de ese hecho. Ahora, aunque íntimamente ligados por ser uno la fuente del otro, debe precisarse que una cosa es el daño mismo —que en este caso se concretó en la imposibilidad de la entidad pública de satisfacer las necesidades que pretendía cubrir con la adquisición del Sistema de Enlace Web de Inteligencia Militar en razón de los defectos técnicos que afectaron su funcionamiento— y otra es el monto patrimonial de esa pérdida, el cual debe ser acreditado ante la aseguradora, junto con el siniestro, para que proceda al pago. En relación con este último aspecto —el de la cuantía del siniestro— y más específicamente sobre la oportunidad que debió tener el contratista para debatir acerca de los elementos que tuvo en cuenta la entidad pública para demostrarlo, es que versará el siguiente acápite de la providencia.

La determinación y acreditación del monto de la pérdida

98. Ya se dijo que durante el curso del procedimiento administrativo que se surtió de manera previa a la expedición de las resoluciones demandadas la parte demandante no conoció del contenido de los oficios 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 y el 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR17.2 de 16 diciembre de 2009, también se dijo que su objeto no fue establecer la ocurrencia de riesgo amparado, sino la determinación y acreditación del monto del perjuicio económico causado.

99. Según el contenido del oficio 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 para determinar el monto del perjuicio causado, la

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATEC NIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

entidad pública estimó que el Sistema Web de Enlace de Inteligencia Militar no funcionada en un 100%, esto sobre la base de que, según concepto emitido por el comité evaluador, ante la falta de información documental suficiente respecto de la creación del sistema y su complejidad, era más costoso intervenirlo —y no había certeza de que se pudiera poner en funcionamiento— que desarrollar uno totalmente nuevo.

100. De conformidad con lo indicado en el oficio 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR17.2 de 16 diciembre de 2009, a través del cual el asesor económico de la DINTE realizó la tasación de los perjuicios, para desarrollar esta tarea se tuvo en cuenta la conclusión a la que arribó el comité técnico respecto de la funcionalidad del sistema y también se soportó en el oficio 94049 emitido por el Supervisor del contrato, el cual no obra en el expediente, y en lo conceptuado por el comité estructurado —contenido en el oficio 094939/DINTE-2007⁷⁹—, el cual refiere, en suma, lo mismo que lo indicado en el oficio 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009, en cuanto a que el sistema no funcionaba adecuadamente según lo estipulado en el contrato y sus especificaciones técnicas y que debido, entre otras, a la falta de información documentada del sistema, lo recomendable era *“la creación de un nuevo sistema de enlace de información web y se elimine la posibilidad de emplear la plataforma desarrollada”* por MACROINNOVA.

101. Como se observa, la documentación del producto contratado fue un elemento que se tuvo en cuenta para determinar la cuantificación de los perjuicios, al considerar que, ante la falta de esa información y la complejidad del sistema, era necesario contratar nuevamente el diseño, creación e implementación de uno nuevo. Al respecto, vale decir que la demanda no versó sobre este tema, al que no se hizo alusión para señalar, por ejemplo, que sí existía tal información o para indicar que los perjuicios no ascendían a los montos determinados por la entidad pública en las resoluciones demandadas; sin embargo, es pertinente mencionar que sobre el tema de la documentación las partes sí tuvieron oportunidad de discutir.

102. En efecto, a través de oficio No. 5227 del 16 de junio de 2008, la demandada contestó una comunicación de MACROINNOVA del 27 de mayo de ese mismo año, en la que, entre otros temas, la Unión Temporal hizo alusión a que, como resultado del levantamiento de la información y definición de los alcances funcionales de cada una de las pantallas de los módulos de fuentes y agencias, archivo operacional y operaciones, se evidenció la necesidad de diseñar un sistema de información estructurado al más mínimo detalle que permitiera moldear distintas relaciones, lo que habría generado nuevos requerimientos que pedía fueran limitados para poder poner en producción el proyecto y que los nuevos requerimientos fueran tenidos como solicitudes de cambio durante la etapa de acompañamiento, a lo cual, en el referido oficio, se contestó que *“El límite (o punto de partida) se estableció por parte de la CECIM, teniendo en cuenta que el contratista no ha presentado dichos documentos de diseño resultado del levantamiento de información previo al inicio del proyecto [...]”*⁸⁰. El tema se retomó en la reunión del 16 de junio de 2008, en la que,

⁷⁹ Sobre el contenido de este oficio véase párrafos 37.21 y 37.22 de esta providencia.

⁸⁰ Folio 70 del cuaderno 1.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATEC NIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

después de leído el referido documento de respuesta, el representante de la Unión Temporal, señaló:

“... yo la verdad frente a este documento el único comentario que quiero hacer es una especie que ha venido circulando los últimos meses es que no hubo ningún levantamiento de información, que no hubo documentos de diseño y que no hubo tampoco planteamientos de diseño, y la verdad es que esos documentos existen y a partir de esos documentos fue como diseñamos el sistema, a partir de eso fue realmente como obtuvimos material para sentarnos a diseñar y plantear las soluciones ...”⁸¹.

103. Después, al final del acta de “RECIBO DE LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE ENLACE WEB PARA LA INTELIGENCIA MILITAR” del 12 de noviembre de 2008, se consignaron los resultados de un informe presentado previamente por la firma auditora del contrato a la DINTE, en el que, entre otras cosas, se concluyó que en la fase de post entrega del producto se debía exigir a la contratista, entre otras cosas, que elaborara la “documentación que informe claramente acerca de los cambios realizados al sistema (Documento de Control de Cambios), de tal forma que se tenga un inventario de los cambios realizados y las justificaciones para esos cambios”; luego, en el informe 91881 del que tuvo conocimiento la parte actora a través del oficio 91933 del 1º de junio de 2009, se indicó que la obligación consistente en que “El sistema debe estar documentado y sus manuales deben estar escritos en español para usuarios finales y técnicos (carga de información implementación de un nuevo convenio)”⁸² no se había cumplido porque “no se ha realizado la presentación gerencial a los directores y comandantes del Ejército”; finalmente, según se consignó en la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009, como resultado de la auditoría practicada al sistema por solicitud y con la participación de MACROINNOVA se concluyó, entre otras cosas, que:

“No fueron cumplidos por parte del contratista, en su totalidad todos los requerimientos que fueron definidos durante la fase de levantamiento requerimientos, análisis y diseño del proyecto; y que se desarrolló de acuerdo a lo establecido en las especificaciones técnicas de la cláusula séptima del contrato No. 625-DINTE-2009.

Realizada una inspección al funcionamiento del aplicativo se evidencia que el sistema, no cuenta con un modelo de datos (modelo entidad –relación) bien estructurado, que obedezca a un diseño de alto nivel como lo indica el numeral 1.43 de la cláusula séptima del contrato No. 625-DINTE-2009 por lo cual no cumple con la calidad de los bienes y/o servicios exigidos y que a su vez dificulta la solución de las novedades existentes y puesta en producción con un perfecto funcionamiento del sistema, lo que se comenzó a detectar en el momento de ingresar diversos tipos de registros cuando se trató de poner en producción en el sistema.

El contratista no entregó los manuales ni la documentación actualizada completa y clara del aplicativo desarrollado, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.8 del contrato con lo cual no es posible realizar tareas de administración y mantenimiento de forma autónoma por parte del personal de la DINTE-CECIM, situación que también se dejó plasmada mediante acta de recibo de la puesta en funcionamiento enlace Web de fecha 12 de noviembre de 2008”.

⁸¹ Reverso folio 75 del cuaderno 1.

⁸² Reverso folio 167 del cuaderno 1.

104. En este punto, es pertinente mencionar que el anterior análisis fue vertido en la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009 y corresponde al estudio que la demandada realizó sobre las deficiencias que se observaron en el funcionamiento del sistema durante la auditoría practicada por solicitud y con participación de un representante de la Unión Temporal, por lo cual la oportunidad para discutir sobre tales conclusiones era a través de los recursos de la vía administrativa o en vía judicial. El debido proceso de la parte actora se garantizó con la práctica de tal auditoría y la intervención que en ella tuvo el demandante, por lo que las valoraciones que sobre esa diligencia se derivaran eran propias del acto administrativo que declaró el incumplimiento. Con todo, se reitera, la demanda no estuvo dirigida a desvirtuar la veracidad de estos aspectos, tema que, por lo mismo, no fue mencionado en el recurso de apelación.

105. En cuanto a la estimación de que el contrato no era funcional en su totalidad y que ello implicaba que se debiera contratar de nuevo todo el software, encuentra la Sala que, si bien no hay prueba de que la demandante hubiera tenido conocimiento del oficio 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 antes de la expedición de las resoluciones demandadas, así como tampoco del oficio 094939/DINTE-2007 en el que se arribó a esa misma conclusión, lo cierto es que en el proceso está acreditado que sí conoció esa información de manera oportuna y la controvirtió, pues esto quedó consignado, según el propio dicho del representante de MACROINNOVA⁸³, en la Resolución No. 049 del 15 de septiembre de 2009, por medio de la cual se había impuesto una multa que, posteriormente, fue revocada a través de Resolución No. 060 de ese mismo mes. En efecto, al sustentar el recurso de reposición que presentó en contra de la demandada Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009 el representante de la Unión temporal, dijo:

*“... resulta curioso, decíamos, que sea ahora cuando se decide sorpresivamente afirmar que **todo el sistema carece de funcionalidad y que hay que contratar de nuevo todo el software, según se indica en el precitado concepto de fecha 16 de diciembre y en la Resolución 060 de 15 de septiembre de 2009 que revocó la Resolución 049 de 21 de septiembre (sic) que nos había impuesto una multa por los mismos hechos sobre los que versa la 061/09 aquí recurrida**”⁸⁴.*

106. Aunque las resoluciones de multas no obran en el expediente, la Sala tiene por probado por confesión el conocimiento que MACROINNOVA tuvo de lo que en ellas se consignó en cuanto a que la entidad pública demandada estimaba, desde entonces, que el sistema no era funcional y que se requería contratar de nuevo todo el software, dado que, en los términos de los artículos 195 y 198 del Código de Procedimiento Civil⁸⁵: (i) a ello se refirió el representante de la Unión Temporal en

⁸³ En el documento de constitución de la Unión Temporal las partes acordaron designar como su representante a Inovatecna (folio 2 del cuaderno 2), la cual, a su vez, según certificado de existencia y representación, estaba representada por el señor Jorge Hernández Córdoba (folio 3 cuaderno principal de la primera instancia).

⁸⁴ Folio 168 del cuaderno 2.

⁸⁵ Código de Procedimiento Civil: **“ARTÍCULO 195. REQUISITOS DE LA CONFESION.** La confesión requiere:
1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre los hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada”.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATECNA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

condición de tal, (ii) el hecho hace alusión a un aspecto del contrato para el cual había sido designado como representante de la contratista, (iii) versa sobre un aspecto que conoció en esa misma condición, (iv) la manifestación sobre ese hecho se hizo de forma expresa, consciente y libre, (v) produce efectos jurídicos adversos a los demandantes, en tanto demuestra que, en contra de lo alegado por ellos, aunque no conoció los oficios 094360/MDN-CGFM-CE-JEOPE-DINTE CECIM de 16 de diciembre de 2009 y el 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR17.2 de 16 diciembre de 2009, la entidad pública demandada sí le puso en conocimiento ese aspecto; y, (vi) se trata de un hecho respecto del cual la ley no exige otro medio de prueba.

107. Muy a pesar de todo lo anterior, lo que no se observa es que la contratista hubiera tenido oportunidad de discutir acerca de la forma en que la entidad pública pretendía acreditar el monto de la pérdida y menos aún que le hubiere permitido a la Unión Temporal, interesada en debatir ese aspecto, conocer y pronunciarse en relación con las cotizaciones que utilizó como prueba de ello, pues es cierto, como afirmó la actora, que el único documento —que al menos obra en el expediente— que hace alusión a ello no le fue puesto en conocimiento, sino que solamente fue expuesto al momento de expedir la Resolución No. 061.

108. En efecto, en el texto de ese acto administrativo, la entidad pública indicó que los perjuicios económicos causados en razón de las deficiencias del sistema ascendieron a trescientos sesenta y seis millones ciento setenta y cuatro mil ciento noventa y un pesos (\$366'191.000) y que esa estimación podía acreditarse “*sumariamente*”, es decir, con base en una prueba que no fue sometida a contradicción: el estudio de perjuicios económicos contenido en el oficio 41/MD-CGFM-CE-JEN-JEOPE-DINTE-CTR17.2 de 16 diciembre de 2009⁸⁶.

109. En dicho documento —que no fue conocido por la parte actora, como tampoco los documentos en los que se soportó— se indicó que, con base en los conceptos del comité evaluador y del comité estructurador —oficios Nos. 94360 y 94939—, para determinar el monto de los perjuicios “*se requirió al comité técnico estructurador realizar solicitudes de cotización a los diferentes proveedores que existen en el mercado, partiendo de las especificaciones técnicas que permitieran realizar un nuevo desarrollo e implementación del sistema de enlace de información web para la inteligencia militar, con el fin de obtener la funcionalidad en un cien por ciento (100%) tal y como lo requiere la Dirección de Inteligencia –CECIM*”⁸⁷.

110. Luego, en el mismo documento, se indicó que se presentaron cuatro cotizaciones y que de ellas se excluía una por alejarse significativamente del promedio ofrecido por las demás —se desconoce si ese distanciamiento era hacia un mayor o menor valor—. Después de comparar los valores de las propuestas, se escogió la de menor costo y su valor se fijó como el del monto de la pérdida.

“ARTÍCULO 198. CONFESION POR REPRESENTANTE. Vale la confesión del representante legal, el gerente, administrador o cualquier otro mandatario de una persona, mientras esté en el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a actos y contratos comprendidos dentro de sus facultades para obligar al representado o mandante. La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación”.

⁸⁶ Obra de folios 118 a 122 del cuaderno principal de la primera instancia.

⁸⁷ Folio 120 del cuaderno principal de la primera instancia.

111. Como se observa y como ya se dijo, a pesar de que la determinación del monto de la indemnización no se reduce a la mera afirmación de un valor o a una mera operación aritmética, sino que comporta, esencialmente, un proceso de verificación y acreditación de unos supuestos fácticos que, al estar debidamente demostrados, soportan la determinación final de la administración de cara al valor por el que estima se le ha causado un perjuicio y por el que, hasta el monto amparado, hará efectiva la garantía de cumplimiento —en este caso en su amparo de calidad— o, en otras palabras, a pesar de que para determinar el monto de la pérdida la entidad pública no podía basarse en sus meras apreciaciones, sino que debía emplear unos medios demostrativos que la respaldaran, no dio oportunidad para que la contratista participara en el proceso de recolección de tales pruebas, menos aún en el de la discusión de su contenido, alcance y, en general, de su mérito demostrativo, a pesar de que, como ya se estudió, le asistía un interés legítimo en ello por resultar afectada por tal determinación, no solo porque en caso de que la aseguradora pagara la indemnización podía subrogarse en los derechos de la entidad pública en contra de la contratista, sino también porque, en lo que no quedó cubierto por el valor del amparo contemplado en el contrato de seguro, se ordenó que se iniciara una acción de repetición en contra de los integrantes de la Unión Temporal⁸⁸, con lo cual, evidentemente, se vulneró su derecho al debido proceso.

112. En consecuencia, la Sala encuentra que, en lo que concierne a la acreditación y fijación del monto de la pérdida (artículo segundo de la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009, parcial), las resoluciones demandadas están viciadas de nulidad por violación del debido proceso y, por tanto, así se declarará. Este vicio acarrea también el de la nulidad de la orden de hacer efectiva la póliza (artículo tercero de la misma resolución), en tanto en cuanto, ya se dijo, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, para mantener esa declaración se requería que el acto se mantuviera incólume en cuanto a dos elementos, la declaración de la ocurrencia del siniestro —que no se altera en su validez (ver párrafos 95 a 97 de esta providencia)— y la cuantía de la pérdida, que será anulada. Finalmente, se declarará la nulidad de la orden de iniciar una acción de repetición en contra de los integrantes de la Unión Temporal por el valor excedente del total cuantificado a título de pérdida (artículo cuarto de la misma resolución), pues esta determinación se fundó, igualmente, en la evaluación de perjuicios que hizo la entidad demandante sin participación de la contratista.

113. Así las cosas, como la presunción de legalidad en relación con la determinación de la administración de declarar el incumplimiento de la contratista en relación con sus obligaciones de calidad no ha sido desvirtuada y, además, en consideración a que en el recurso de apelación se planteó un argumento que podría afectar la validez de esta declaración, antes de analizar lo correspondiente a las pretensiones consecuenciales de la demanda, la Sala pasará a resolver tal cargo de la impugnación.

⁸⁸ Pese a los reparos que la Sala encuentra en relación con la orden dada por la administración en el sentido de iniciar en contra de los integrantes de la Unión Temporal una acción de repetición, no abordará el análisis de esa materia por no haber sido un aspecto discutido por los demandantes.

Responsabilidad de los integrantes de la Unión Temporal – artículo 7º de la Ley 80 de 1993

114. Afirma la parte recurrente que en las resoluciones demandadas se dio un manejo erróneo a la determinación de la responsabilidad de los miembros de la Unión Temporal, pues no se atendió a lo dispuesto al respecto en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, toda vez que al declarar el incumplimiento del contrato, la DINTE desconoció los términos de participación de cada uno de los integrantes de MACROINNOVA y procedió a dicha declaratoria sin tener cuenta las actividades adelantadas por cada uno de ellos. Agregó que el inconveniente presentado en la ejecución del contrato versó única y exclusivamente en relación con el software a cargo de INOVATECNIA LTDA, mientras que el hardware y las licencias a cargo de MACROPOS LTDA no tuvieron ningún inconveniente, a pesar de lo cual a ambas firmas se les dio un tratamiento igualitario.

115. Para resolver sobre este punto de la apelación, es pertinente referirse al alcance del numeral 2º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, cuyo contenido es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 7o. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. *Para los efectos de esta ley se entiende por:*

(...)

2o. Unión Temporal:

*Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, **respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado**, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal” (énfasis agregado).*

116. Como se observa, la norma es clara en señalar que los integrantes de las uniones temporales responden solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones de su propuesta y las del contrato, es decir, por ley, están llamados a responder, cada uno de ellos, por la totalidad de tales obligaciones⁸⁹; por tanto, correlativamente, la administración puede exigir a cada uno de ellos el cumplimiento total del débito, sin que éstos puedan oponer la división de la obligación en razón de su participación en la ejecución del contrato⁹⁰.

⁸⁹ Código Civil: **“ARTICULO 1568. <DEFINICION DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS>**. *En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”.*

⁹⁰ “La solidaridad en los términos esbozados es exactamente igual para el consorcio o la unión temporal. Es decir, que la entidad puede exigir a cualquiera de sus integrantes el cumplimiento de total de la obligación, sin que ninguno de ellos se pueda excusar bajo el pretexto consistente en que la labor o actividad exigida no está, de acuerdo con los términos del escrito constitutivo de del consorcio o de la unión temporal, bajo su cargo sino que es del resorte del otro miembro. Así mismo, ante el incumplimiento la entidad puede demandar por la totalidad de la obligación a cualquiera de los integrantes, quienes deberán responder íntegramente, tomando en cuenta que su patrimonio constituye prenda general”. DÁVILA VINUENZA, Luis Guillermo, “Régimen jurídico de la contratación estatal”, tercera edición, editorial Legis, página 110.

117. Ahora, al lado de lo anterior, la norma también señala que las sanciones por el incumplimiento se deben imponer según la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal, es decir, el legislador distinguió entre la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que, de suyo, comporta la responsabilidad patrimonial derivada de su incumplimiento —los perjuicios, en tanto no tienen un carácter propiamente sancionatorio, sino meramente indemnizatorio o retributivo— del castigo legal o convencional que puede derivarse de un determinado incumplimiento, pues, por disposición legal, la sanción sí recae únicamente sobre el integrante que dio lugar a ello, esto es, en relación con las obligaciones que estaban a su cargo según la distribución que, por mandato legal, debe dejarse plasmada en el documento de conformación de la unión temporal en relación con los términos y extensión de la participación de cada uno de sus integrantes en la propuesta y en la ejecución del contrato⁹¹.

118. Esta distinción entre responsabilidad solidaria por el cumplimiento —ergo, responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento— y responsabilidad individual frente a las sanciones derivadas del incumplimiento, explica la exigencia legal a la que se acaba de hacer referencia, pues la fijación de los términos y la extensión de la participación de cada uno de los integrantes de la unión temporal en el documento de constitución es necesaria para determinar a cuál de ellos podría, eventualmente, afectar una sanción derivada del incumplimiento contractual, no así, cuál de ellos debería responder por el cumplimiento del contrato o por los perjuicios derivados de su incumplimiento, pues, si bien, en el caso de las uniones temporales el legislador quiso diferenciar al contratista incumplido para efectos de la imposición de sanciones, lo cierto es que, al hilo con esto, también quiso reforzar, a través de la responsabilidad solidaria de sus integrantes, el cumplimiento de los contratos estatales y, por esta vía, la consecución de los fines que persigue la contratación estatal.

119. Se agrega a lo anterior que, aunque no es una característica que se predique solamente de las uniones temporales, cuando el cumplimiento del objeto implica adelantar obligaciones de diversa naturaleza técnica, la fijación de la participación en la propuesta y en la ejecución del contrato de cada uno de sus integrantes está asociada con la especialidad de cada miembro, por lo que se ha señalado por algunos que sería absurdo entender, a la luz del contenido del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, que la entidad pública contratante pueda exigir a cualquiera de ellos el cumplimiento de obligaciones que no estén asociadas con su especialidad; sin embargo, esta aparente falta de lógica de la norma, ha sido acertadamente respondida por la doctrina, al señalar que la solidaridad a la que se refiere la ley “se traduce en la práctica en una de contenido patrimonial que implica que cualquiera de ellos debe responder por el total de la obligación y por los perjuicios que se deriven de su incumplimiento sin que ningún integrante se excuse con el beneficio de la división [...]”⁹².

⁹¹ Recuérdese que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, “Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante”.

⁹² Ob. cit, pág. 110.

120. Así las cosas, forzoso viene a ser concluir que no asiste razón a la parte demandante al afirmar la nulidad de las resoluciones demandadas en el hecho de que, al declarar el incumplimiento del contrato, la DINTE desconoció los términos de participación de cada uno de los integrantes de MACROINNOVA y procedió a dicha declaratoria sin tener en cuenta las actividades adelantadas por cada uno de ellos, toda vez que, como acaba de verse, por imperativo legal, la solidaridad pasiva que se predica en relación con los integrantes de la unión temporal está referida respecto del cumplimiento del contrato. En consecuencia, este cargo de la apelación tampoco prospera.

Las pretensiones que se plantearon como consecuenciales a las de nulidad

121. La parte demandante pretendió que, como consecuencia de las declaraciones de nulidad, se condenara a la parte demandada a indemnizar los perjuicios que se le hubieren causado, que *“sufran, lleguen a sufrir, asuman o se vean obligados a asumir”* como consecuencia de la ejecución de las resoluciones demandadas y que en tal indemnización se incluya tanto el daño emergente como el lucro cesante, la actualización monetaria y los intereses que correspondan.

122. La Sala pasa a evaluar esta pretensión, en tanto que, si bien la nulidad que se declarará es parcial, ella es suficiente para afectar la ejecutoriedad del acto en cuanto a la declaratoria de ocurrencia del siniestro y la orden de iniciar una acción de repetición en contra de los integrantes de la Unión Temporal por el excedente que no quedaba cubierto por el valor asegurado en la póliza en relación con la garantía de calidad.

123. Analizado el expediente, se concluye que no es posible arribar a la prosperidad de esta pretensión porque no se acreditó que los demandantes hubieren sufrido perjuicio alguno con ocasión de las órdenes contenidas en el acto administrativo que serán anuladas.

124. Si bien en el expediente consta que la aseguradora pagó el valor por el que se hizo efectivo el amparo de calidad cubierto por la póliza No. 1012981, esto es, la suma de trescientos diecinueve millones de pesos (\$319'000.000)⁹³, lo cierto es que de lo que no hay prueba es de que la compañía de seguros al subrogarse por ministerio de la ley⁹⁴ en los derechos de la entidad pública demandada, hubiere siquiera iniciado acciones en contra de los integrantes de la Unión Temporal para lograr el reintegro de tal valor, o que ésta o alguno de ellos hubiere respondido voluntariamente por esa obligación. Tampoco hay prueba de que la entidad pública demandada hubiere iniciado acción de repetición en contra de los integrantes de la Unión Temporal y, como es lógico, menos de que ésta hubiere prosperado⁹⁵.

⁹³ Folios 281 a 285 del cuaderno de pruebas 4.

⁹⁴ Artículo 1096, Código de Comercio: *“El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado [...]”*

⁹⁵ Ver pie de página 87.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATECNA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

125. La parte demandante no definió en qué habrían consistido los perjuicios que a título de daño emergente y lucro cesante reclamó, no obstante, para acreditarlos solicitó que se practicara un dictamen pericial. En la pericia, que fue practicada por una contadora pública, la profesional indicó que el daño emergente habría ascendido a la suma de \$459'906.213 y habría consistido en el pago de los honorarios de un abogado por concepto de la presentación de una petición, la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial y la presentación de la demanda; gastos de radicación de la demanda; una publicación en la Imprenta Nacional de Colombia, gastos de notificación, honorarios del perito y "*Embargo Liberty Seguros*", este último por \$450'000.000.

126. La contadora pública no expresó en manera alguna, como lo exige el numeral 6º del artículo 237 del CPC⁹⁶, la fuente de sus conclusiones en lo que a esos aspectos concierne, tampoco dio cuenta de la forma a la que llegó a determinar tales valores, aunado al hecho de que en el expediente no obra prueba que los acredite, lo que, de suyo impide que se tengan por probadas sus afirmaciones. La Sala advierte que, en todo caso, en lo que concierne a los gastos relacionados con los honorarios del abogado y todos los demás asociados a la defensa judicial de los intereses de las demandantes, éstos constituyen una carga que únicamente le sería restituida en caso de que se proferiera una condena en costas a su favor, cosa que en este caso no ocurrirá porque no se cumplen las condiciones exigidas en la ley procesal que gobierna este caso para que así suceda. En cuanto al supuesto embargo realizado por Liberty, no pasa de ser una mera afirmación carente absolutamente de soporte. Con todo, aun si se tuviera por probada, lo cierto es que esa medida cautelar, por sí misma, no acreditaría ningún daño en cabeza de las demandantes.

127. En lo que concierne al lucro cesante la perito indicó que la suma de este perjuicio ascendía a \$3.590'064.142. El dictamen tampoco ofrece credibilidad, puesto que, al igual que ocurre en relación con el daño emergente, las afirmaciones de la perito carecen de explicaciones suficientes que las soporten, pues se limita a señalar que el valor de este concepto lo calculó teniendo en cuenta los ingresos dejados de recibir por cada una de las sociedades integrantes de la Unión Temporal, según sus declaraciones de renta; sin embargo, no explica en manera alguna cómo tales disminuciones en su patrimonio estarían asociadas con lo declarado en los actos administrativos demandados.

128. Más allá de lo anterior, lo cierto es que no se observa ningún fundamento a la afirmación que, según la perito, le hicieron las demandantes en cuanto a que en razón de la expedición de la resoluciones demandadas no pudieron "*volver a licitar*" puesto que, además de que eso no está probado, lo que en esos actos se decidió no impedía que las integrantes de la Unión Temporal pudieran participar en procesos de selección con entidades públicas.

129. Con todo, recuérdese que la presunción de legalidad de la declaración de incumplimiento no fue desvirtuada y que la norma que dispuso la configuración de una inhabilidad para contratar en caso de incumplimientos reiterados es posterior a

⁹⁶ Artículo 237, CPC: "*En la práctica de la peritación se procederá así: [...]*

6. *El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.*"

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATEC NIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

la fecha de la expedición de todas las resoluciones demandadas, pues se trata de la Ley 1474 de 2011 (artículo 90). La última de tales resoluciones se expidió el 9 de agosto de 2010.

130. Las demandantes también pidieron que se ordene a la demandada rectificar la información que hubiere enviado a la Cámara de Comercio de Bogotá y a cualquier otra entidad pública o privada con fundamento en lo decidido en los actos administrativos impugnados. A esta pretensión tampoco se accederá porque además de que la declaratoria de incumplimiento no se desvirtuó, tampoco hay prueba de que se hubiere remitido tal información a ninguna entidad.

Nulidad de la Resolución 045 del 9 de agosto de 2010

125. Precisa la Sala que la decisión de declarar la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 061 de 2009 y 033 de 2010 no se extenderá a la referida resolución, en tanto que a través de ésta la entidad pública no tomó ninguna determinación de fondo que comprometiera el sentido o alcance de las decisiones que había adoptado en las anteriores, sino que se limitó a corregir un yerro de digitación.

Costas

131. En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de noviembre de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, en su lugar, se dispone:

1.- DECLARAR la nulidad del artículo segundo –únicamente en lo que concierne a la cuantificación de los perjuicios–, artículo tercero y artículo cuarto de la Resolución 061 del 15 de diciembre de 2009. Consecuencialmente, se declara también la nulidad parcial de la Resolución 003 del 18 de enero de 2010, en cuanto confirmó los aspectos anulados de la primera.

2.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Radicación: 250002326000201000660 01 (53318)
Actor: INNOVATECNIA LTDA Y MACROS LTDA
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército
Nacional – Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional
Referencia: Controversias contractuales

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

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