

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá DC, primero (1°) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente:	FREDY IBARRA MARTÍNEZ		
Expediente:	25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)		
Demandante:	FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS	DE	L A

Demandado: INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (FONTIC) GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SA (GRUPO ASD SA), CONSULTING NET SA, UBIQUANDO LTDA, NETWORK SOLUTIONS CO (NETCO LTDA), INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION (ZORTEC SYSTEMS) - INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL INTERFACTORY - Y SEGUROS COLPATRIA SA

Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Asunto: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS, CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA Y LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO

Síntesis del caso: el FONTIC reclama el incumplimiento de su contratista y la efectividad de la garantía del contrato porque (i) no pagó oportunamente los salarios, aportes parafiscales y a seguridad social del personal, (ii) no cedió en debida forma la propiedad intelectual de las soluciones informáticas desarrolladas y, (iii) no cumplió con las especificaciones de la herramienta denominada “autenticador electrónico”; también se pretende la liquidación judicial del contrato; el tribunal de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones y negó la liquidación judicial del contrato; ambas partes apelaron.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 24 de septiembre de 2015 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A resolvió:

“PRIMERO: Se **DECLARA** que la UNIÓN TEMPORAL INTERFACTORY incumplió el deber legal de realizar el pago de parafiscales y seguridad social, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se **DECLARA** el **incumplimiento** del Contrato No. 539 de 23 de septiembre de 2009, por parte de la UNIÓN TEMPORAL INTERFACTORY, respecto a la obligación de la garantía de la solución del autenticador electrónico, en atención a la parte motiva de esta providencia.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

TERCERO: Se **declara la ocurrencia del siniestro** asegurado, en relación a la garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos, de acuerdo a lo establecido en esta sentencia.

CUARTO: Se **ordena** a SEGUROS COLPATRIA S.A. pagar al FONDO DE TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, la

suma de **TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS MCTE (\$3.154.982.440.00)**.

QUINTO: Se fija por agencias en derecho a favor del FONDO DE TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, la suma de **QUINCE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS MCTE (\$15.774.912.00)** las cuales deberá pagar SEGUROS COLPATRIAS.A.

SEXTO: Se fija por agencias en derecho a favor del FONDO DE TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, la suma de **QUINCE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS MCTE (\$15.774.912.00)** las cuales deberán pagar los miembros de la UNIÓN TEMPORAL INTERFACTORY, de conformidad con su porcentaje de participación.

SEPTIMO: Se **NIEGAN** las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaria de la Sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo N° 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.” (fls. 461 – 476 cdno. ppal. - negrillas originales).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) El 26 de abril de 2013 (fl. 43 cdno. 1), el Fondo de Comunicación del Ministerio de Comunicaciones (hoy Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - FONTIC) promovió demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra de las sociedades Grupo Asesoría en Sistematización de Datos SA (Grupo ASD SA), Consulting Net SA, Ubiquando Ltda, Network Solutions Company (Netco Ltda), Intelligent Buildings Corporation (Zortek Systems), integrantes de la Unión Temporal Interfactory y, Seguros Colpatria SA (hoy Axa Colpatria SA) con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

“PRINCIPALES

PRIMERA.- Que se declare que las empresas **ASESORÍA EN**

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - A.S.D. S.A. (hoy GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA - GRUPO ASD S.A.), CONSULTING NET S.A., UBIQUANDO LTDA. (hoy UBIQUANDO S.A.), NETWORK SOLUTIONS CO NETCO LTDA. - NETCO LTDA (hoy NETWORK SOLUTIONS COMPANY LIMITADA - NETCO LTDA.), INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION - ZORTEK SYSTEMS, miembros de la Unión Temporal Interfactory, incumplieron el Contrato 539 de 2008 por no ejecutar la obligación referente a la cesión de los derechos patrimoniales de autor, prevista en la cláusula vigésima séptima del contrato.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a las empresas ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - A.S.D. S.A. (hoy GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA - GRUPO ASD S.A.), CONSULTING NET S.A., UBIQUANDO LTDA. (hoy UBIQUANDO S.A.), NETWORK SOLUTIONS CO NETCO LTDA. - NETCO LTDA (hoy NETWORK SOLUTIONS COMPANY CORPORATION - ZORTEK SYSTEMS, como miembros de la Unión Temporal Interfactory, suscribir el contrato de la cesión de los derechos patrimoniales de autor de las soluciones diseñadas y desarrolladas durante la ejecución del Contrato 539 de 2008, de conformidad con lo previsto en la cláusula vigésima séptima del Contrato y en el capítulo de especificaciones técnicas del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 07 de 2008.

TERCERA.- Que se declare que las empresas ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - A.S.D. S.A. (hoy GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA - GRUPO ASD S.A.), CONSULTING NET S.A., UBIQUANDO LTDA. (hoy UBIQUANDO S.A.), NETWORK SOLUTIONS CO NETCO LTDA. - NETCO LTDA (hoy NETWORK SOLUTIONS COMPANY LIMITADA - NETCO LTDA.), INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION - ZORTEK SYSTEMS, miembros de la Unión Temporal Interfactory, incumplieron el Contrato 539 de 2008 por no acreditar el pago de parafiscales y seguridad social de conformidad con las cláusulas cuarta y sexta del contrato 539 de 2008.

CUARTA.- Que se declare que las empresas ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - A.S.D. S.A. (hoy GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA - GRUPO ASD S.A.), CONSULTING NET S.A., UBIQUANDO LTDA. (hoy UBIQUANDO S.A.), NETWORK SOLUTIONS CO NETCO LTDA. - NETCO LTDA (hoy NETWORK SOLUTIONS COMPANY LIMITADA - NETCO LTDA.), INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION - ZORTEK SYSTEMS miembros de la Unión Temporal Interfactory, incumplieron el contrato 539 de 2008 por incumplir la garantía de la solución del autenticador electrónico previsto en los numerales 4.6.3, 4.7 del Pliego de Condiciones y la Cláusula sexta del Contrato No. 539 de 2008.

QUINTA.- Que como consecuencia de la primera y/o de la tercera y/o de la cuarta pretensión, se declare la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza No. 8001024253 y sus modificaciones, emitida por la ASEGURADORA COLPATRIA S.A. y que se ordene el pago de su valor amparado a favor del FONTIC.

SEXTA.- Que como consecuencia de las pretensiones primera y/o de la tercera y/o cuarta, se condene a las empresas ASESORÍA EN

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - A.S.D. S.A. (hoy GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA - GRUPO ASD S.A.), CONSULTING NET S.A., UBIQUANDO LTDA. (hoy UBIQUANDO S.A.), NETWORK SOLUTIONS CO NETCO LTDA. - NETCO LTDA (hoy NETWORK SOLUTIONS COMPANY LIMITADA - NETCO LTDA.), INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION - ZORTEK SYSTEMS, miembros de la Unión Temporal Interfactory, a pagar la suma de MIL CINCUENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS CON CUATRO CENTAVOS (\$1.051.660.813,4) en precios constantes de 2008, a título de cláusula penal pecuniaria. Monto que ha de ser actualizado en su valor, conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 187 del CPACA.

SÉPTIMA.- Que como consecuencia de las pretensiones primera y/o de la tercera y/o cuarta, se ordene a las empresas ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - A.S.D. S.A. (hoy GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA

- GRUPO ASD S.A.), CONSULTING NET S.A., UBIQUANDO LTDA. (hoy UBIQUANDO S.A.), NETWORK SOLUTIONS CO NETCO LTDA. - NETCO LTDA (hoy NETWORK SOLUTIONS COMPANY LIMITADA - NETCO LTDA.), INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION - ZORTEK SYSTEMS, miembros de la Unión Temporal Interfactory, a indemnizar a FONTIC los perjuicios que excedan el valor de cláusula penal y que resulten probados en el proceso.

OCTAVA.- Que a las sumas mencionadas se adicionen intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, desde el momento en que debieron ser pagadas hasta el momento de su pago efectivo.

NOVENA.- Que teniendo en cuenta las declaraciones y condenas realizadas, se liquide judicialmente el Contrato 539 de 2008.

SUBSIDIARIAS

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEXTA.- Que como consecuencia de la sexta pretensión, se declare que las empresas ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - A.S.D. S.A. (hoy GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA - GRUPO ASD S.A.), CONSULTING NET S.A., UBIQUANDO LTDA. (hoy UBIQUANDO S.A.), NETWORK SOLUTIONS CO NETCO LTDA. - NETCO LTDA (hoy NETWORK SOLUTIONS COMPANY LIMITADA - NETCO LTDA.), INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION - ZORTEK SYSTEMS, miembros de la Unión Temporal Interfactory, deben indemnizar al FONTIC.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEXTA.- (sic) Que como consecuencia de la pretensión primera y/o de la tercera y/o de la cuarta, se condene a las empresas ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - A.S.D. S.A. (hoy GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA - GRUPO ASD S.A.), CONSULTING NET S.A., UBIQUANDO LTDA. (hoy UBIQUANDO S.A.), NETWORK SOLUTIONS CO NETCO LTDA. - NETCO LTDA (hoy NETWORK SOLUTIONS COMPANY LIMITADA - NETCO LTDA.), INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION - ZORTEK SYSTEMS a pagar la suma de la cláusula penal pecuniaria, de manera proporcional al incumplimiento.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN OCTAVA.- Que a las

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

sumas mencionadas se adicionen intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, desde el momento en que debieron ser pagadas hasta el momento de su pago efectivo.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN OCTAVA.- (sic) Que a las sumas mencionadas sean indexadas.” (fls. 8 – 10 cdno. 1 – negrillas y mayúsculas fijas del original).

2. Fundamento fáctico

Como fundamento de hecho de las pretensiones la parte demandante narró, en síntesis, lo siguiente:

1) Entre la Unión Temporal Interfactory (integrada por las sociedades demandadas) y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FONTIC) se suscribió el contrato número 539 de 2008 cuyo objeto fue implementar y mantener

de manera adaptativa y evolutiva soluciones de gobierno en línea mediante el modelo de fábrica de *software*, cuyo cumplimiento fue asegurado por Colpatria SA mediante la póliza número 8001024253.

2) El contrato tuvo un valor inicial hasta por la suma de \$9.916.608.133 y fue adicionado en \$600.000.000 para un total de \$10.516.608.134; por su parte, el plazo inicial fue de 21 meses y fue prorrogado hasta el 29 de octubre de 2010.

3) En la estipulación décima octava del contrato se pactó una cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento definitivo del contratista, en favor de la entidad y a cargo de la contratista, por un monto equivalente al 10% del valor total del contrato, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios, sin que ello sea óbice para la reclamación de la indemnización integral de todos aquellos que se causen con el incumplimiento contractual.

4) La contratista incumplió el contrato por lo siguiente:

a) Los integrantes de la Unión Temporal omitieron pagar oportunamente los salarios, aportes parafiscales y al sistema de seguridad social, lo cual era requisito para obtener el pago de la contraprestación pactada, por lo cual se dificultó el pago de algunas facturas; el referido incumplimiento persistió hasta el final de la ejecución contractual.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

b) Se incumplió con la calidad de la solución denominada “*autenticador electrónico del ciudadano*” (en adelante AEC) que imponía el diseño e implementación de una plataforma con capacidad para verificar la identidad de los usuarios, esto es, corroborar que cada uno de ellos es quien afirma ser, a través de diferentes parámetros verificables por un sistema; al recibir ese aplicativo, la interventoría relacionó actividades pendientes y la necesidad de correcciones, además, durante el período de garantía se presentaron incidentes técnicos que debían ser resueltos por el contratista pero este guardó silencio y, finalmente, se adelantó un informe técnico por parte de un profesional externo en el cual se concluyó que la solución informática no es 100% funcional y no cumple con lo pactado en el contrato ni puede ponerse en operación.

c) El contratista tenía la obligación de transferir en favor de la contratante la propiedad intelectual de todos los productos del contrato y de las soluciones creadas

durante su ejecución mediante la suscripción de los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor correspondientes, sin embargo, el documento no fue extendido en los términos exigidos por la Dirección Nacional de Derechos de Autor toda vez que no se autenticó el contenido; FONTIC le solicitó al contratista corregir el documento pero este nunca devolvió firmado el nuevo contrato de cesión, con lo cual incumplió sus obligaciones.

2. Contestaciones de la demanda

Las demandadas se opusieron a las pretensiones con fundamento en lo siguiente:

2.1 Asesorías en Sistematizaciones de Datos SA (hoy Grupo Asesoría en Sistematización de Datos SA)

En resumen adujo lo siguiente:

La unión temporal cumplió sus obligaciones, suscribió y autenticó los contratos de cesión de derechos de autor para cada proyecto y solución creada en la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá el 2 de 2010, si bien se presentaron inconvenientes en los pagos de seguridad social la sociedad cumplió a cabalidad con estos y no es cierto que se hubiera negado a prestar asistencia al *software* de identificación sino

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

que este perdió garantía por la manipulación por parte de terceros a la cual fue sometido (fls. 113 – 125 cdno. 1).

2.2 Seguros Colpatria SA

Adujo en su defensa lo siguiente:

1) La demanda es inepta, porque no hay claridad sobre lo pretendido en contra de la aseguradora ya que, no se precisa qué tipo de siniestro se pretende que sea declarado ni cuál amparo se pretende hacer efectivo ni su cuantía, al tiempo que no fue oportuna, porque los dos años para interponerla se debían contabilizar desde la ocurrencia de los hechos supuestamente constitutivos de incumplimiento (fls. 139 – 178 cdno. 1).

2) El Viceministerio de las Tecnologías de la Información archivó la actuación administrativa tendiente a declarar el incumplimiento por encontrar demostrado el cumplimiento de la obligación de pagar los aportes y salarios de la contratista, lo

cual consta en la Resolución número 2044 de 6 de octubre de 2010.

3) No es cierto que hubieran quedado actividades pendientes en la entrega del producto AEC sino que se adelantaron, con posterioridad a la entrega del *software*, actividades propias de la garantía del producto; lo manifestado por la interventoría luego de culminado el contrato de interventoría no era procedente.

4) La entidad suscribió el acta de recibo final del contrato con lo cual es claro que la obligación de firmar las cesiones de propiedad intelectual se cumplió; en todo caso, el requerimiento para firmar la documentación ocurrió el 18 de enero de 2011 por lo cual operó la caducidad de la acción frente a dicho punto.

5) Operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro ya que la garantía solo podía hacerse efectiva dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los amparos otorgados.

6) No puede declararse el incumplimiento contractual con fundamento en una obligación postcontractual como la de garantizar la calidad de los productos

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

entregados, porque la cláusula penal está restringida para el incumplimiento del contrato.

7) No hay prueba de la ocurrencia de los siniestros ni de la cuantía de la pérdida en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, la cláusula penal solo era efectiva por incumplimiento total de las obligaciones y la ley obliga a aplicarla en forma proporcional.

2.3 Ubiquando SAS

Su oposición se fundó en lo siguiente:

1) No es posible sancionar a todas las integrantes de la unión temporal por el incumplimiento de una de ellas en el pago de las obligaciones parafiscales, porque el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 dispone que esta responsabilidad se impone en razón de la participación de cada una.

2) El FONTIC recibió a satisfacción el aplicativo AEC y los requerimientos adicionales eran los permitidos por el contrato (inferiores al 15%) y serían atendidos

en la etapa de estabilización que vencía el 14 de enero de 2011; el 9 de diciembre de 2010, el supervisor y el interventor del contrato firmaron un acta de cierre de solución frente a ese aplicativo y lo recibieron a satisfacción; luego, la contratista atendió las solicitudes de garantía presentadas por la entidad a través de “*Consuting Net*” y, finalmente, se verificó que los errores derivaban de la plataforma utilizada por la entidad y no del *software*; los arreglos de la primera no estaban incluidos en la garantía, la cual venció el 12 de enero de 2012 por lo cual la unión temporal no asistió a las pruebas programadas para fechas posteriores.

3) La entidad demandante no podía acudir a la jurisdicción porque no agotó previamente sus facultades excepcionales para declarar el incumplimiento o la caducidad del contrato; además, perdió el derecho a reclamar porque no liquidó el contrato.

4) Esa sociedad no participó en la creación de las soluciones de *software* por lo cual no puede ceder derechos sobre estas.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

5) Operó la caducidad de la acción porque el plazo para liquidar el contrato venció el 31 de octubre de 2011 y la demanda se promovió luego de esa fecha.

2.4 Consulting Net

Constituyó apoderado pero no contestó la demanda (fl. 226 cdno. 1).

2.5 Network Solutions Company (Netco Ltda)

Sostuvo que mediante acuerdo privado suscrito con los demás unidos temporalmente se apartó de la ejecución del contrato lo cual fue informado y aceptado por FONTIC (fls. 230 – 233 cdno. 1), razón por la cual no tiene interés para comparecer al proceso.

2.6 Intelligent Buildings Corporation (Zortek Systems)

No contestó la demanda.

3. Trámite procesal

En la audiencia inicial que se llevó a cabo el 6 de marzo de 2015 (fls. 353 - 360

cdno. 1), el tribunal de primera instancia mediante decisión de ponente negó las excepciones formuladas, consideró que la demanda fue oportuna porque la fecha de radicación de la demanda fue el 26 de abril de 2013, esto es, dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo para liquidar el contrato y que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro no opera en los casos que se tramitan ante esta jurisdicción en la cual rige el instituto de la caducidad para regular el plazo que tienen las partes para plantear judicialmente sus pretensiones. Esta decisión no fue objeto de recursos.

4. La sentencia apelada

El 24 de septiembre de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección A acogió parcialmente las pretensiones relativas al incumplimiento contractual y negó la liquidación judicial del contrato, con fundamento en lo siguiente:

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

- 1) El análisis del incumplimiento contractual no puede realizarse de manera independiente o aislada respecto de cada una de las sociedades unidas temporalmente porque existe solidaridad entre ellas respecto del cumplimiento total de las obligaciones del contrato, por consiguiente, escapa a la controversia establecer, como lo propusieron algunas de las demandadas, qué obligaciones estaban a cargo de cada una de ellas.
- 2) Está probado que la unión temporal contratista suscribió y envió al FONTIC, en tres oportunidades distintas (7, 12 y 29 de octubre de 2010), los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor de los desarrollos tecnológicos contratados y fue FONTIC quien no los suscribió, situación que escapa a la órbita del contratista.
- 3) La Ley 828 de 2010 derogó el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 de acuerdo con la cual el no pago de aportes parafiscales era causal de terminación del contrato, dispuso que el incumplimiento de esta obligación daría lugar a la imposición de multas sucesivas hasta el efectivo cumplimiento y precisó que el incumplimiento reiterado de ese deber durante cuatro meses daría lugar a la declaratoria de caducidad del contrato; sin embargo, la Ley 1150 de 2007 derogó la norma en comento y dispuso que las obligaciones relativas a los parafiscales solamente son un requisito para que puedan realizarse los pagos al contratista pero su desatención no habilita a la entidad para utilizar facultades excepcionales y, en tal virtud,

tampoco puede servir de fundamento para la declaratoria de incumplimiento del contrato porque **“no es una obligación que guarde relación con el cumplimiento del objeto contractual”** (fl. 465 cdno. ppal. negrillas originales).

4) Está demostrado que tres de los integrantes de la unión temporal no acreditaron el pago de obligaciones parafiscales en los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2010 durante la ejecución del contrato y, tampoco lo probaron en el curso del presente proceso, por lo cual se declara incumplida dicha obligación.

5) Está probado que la contratista no cumplió con la obligación postcontractual de otorgar garantía por el funcionamiento del aplicativo AEC, pese a que se obligó a realizar las correcciones necesarias durante un año y 45 días posteriores a la entrega; el informe técnico adelantado por un tercero, a instancia del FONTIC, acredita que se incumplió esa obligación y el dictamen pericial practicado

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

“simplemente se refirió de manera general a aspectos relacionados con las herramientas de software”, pero, “no estaba destinado a demostrar el cumplimiento de esta obligación a cargo del contratista” (fl. 468 cdno. ppal.).

6) El pago de la cláusula penal pecuniaria solo se puede analizar respecto del incumplimiento de la obligación de garantía del producto toda vez que el pago de contribuciones parafiscales *“no guarda relación con el objeto contractual”*; la cláusula penal se pactó por el incumplimiento definitivo de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual solo ocurría en el caso en el que lo entregado no cumpliera con la finalidad para la cual fue contratado, para este caso, permitir la implementación de una herramienta de gobierno en línea, es decir, no cualquier incumplimiento daba lugar a la exigibilidad de la cláusula penal; *“el incumplimiento definitivo se configuraba, cuando dentro del plenario se acreditaba, que el producto entregado por el contratista, no le permitía a la entidad cumplir el fin estatal propuesto”*.

7) En este caso concreto, no se presentó incumplimiento definitivo de las obligaciones del contratista porque está probado que el objeto contratado se entregó a satisfacción de la entidad y el único reparo para el pago definitivo por parte de la interventoría tuvo que ver, precisamente, con el no pago de obligaciones parafiscales; no se aportó prueba de que los productos entregados por el contratista no hayan cumplido su finalidad, esto es, que la herramienta informática no permitiera estructurar la política pública de gobierno en línea, por lo cual no es

procedente imponer el pago de la cláusula penal.

8) No operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro porque el FONTIC conoció de la ocurrencia del siniestro el 3 de mayo de 2011, cuando se realizó la audiencia de descargos y promovió la demanda el 26 de abril de 2013, es decir, dentro de los dos años siguientes, momento en el cual todavía tenía competencia para declarar el siniestro en sede administrativa razón por la cual es posible hacer efectiva en sede judicial la garantía del contrato.

9) Aunque el producto fue entregado, se presentaron fallas en el AEC que era un item importante en relación con la calidad del servicio ya que permitía identificar a los usuarios del sistema, por lo cual *“teniendo en cuenta la importancia del autenticador electrónico en la obligación de calidad y buen funcionamiento del*

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

producto y que además se demostró que existían fallas en este componente, la Sala declarará la totalidad del siniestro asegurado, y hará efectiva la totalidad de la garantía”, por concepto de calidad y correcto funcionamiento por la suma de \$3.154.982.440.

10) Las demandadas deben asumir las costas del proceso en los términos del artículo 188 del CPACA y las agencias en derecho corresponden al 1% del valor de la condena, del cual asumirá el 0,5% la unión temporal y el 0,5% restante la compañía aseguradora.

5. Trámite posterior a la sentencia

5.1 Solicitudes de adición de la sentencia

1) En la oportunidad legal, el FONTIC solicitó la complementación de la sentencia porque el *a quo* no se pronunció sobre la liquidación judicial del contrato solicitada en la demanda (fl. 493 cdno. ppal.); por su parte, Seguros Colpatria SA también pidió la adición del fallo porque no se resolvieron sus argumentos de defensa relativos a la proporcionalidad de la cláusula penal y a la ausencia de prueba de perjuicios sufridos por la entidad.

2) Mediante auto de 14 de diciembre de 2015 el tribunal de primera instancia negó la adición de la sentencia con fundamento en lo siguiente:

*“3.1. En relación con la liquidación del contrato, la Sala debe recordar, que frente al contrato 539 de 23 de septiembre de 2009, se iniciaron dos procesos así: i) el proceso 2013-945 cuyo fundamento es el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; y, ii) el proceso 2013-1375 cuyo objetivo era la liquidación judicial del referido negocio jurídico. La Sala dada esta pluralidad de procesos, decidió proferir las sentencias de primera instancia el mismo día, razón por la cual, no existe omisión por cuanto, **la liquidación judicial del contrato 539 de 23 de septiembre de 2009, se realizó en el proceso 2013 - 1375, en donde la fijación del litigio y el tema de prueba tenía como finalidad resolver esta controversia.***

3.2. Frente a la cuantía de la pérdida, no le asiste razón al apoderado de la aseguradora, por cuanto, este punto fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala, el cual se analizó en los numerales 4.2.7. al 4.2.12 de la sentencia.” (fl. 601 cdno. ppal. - se resalta).

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

3) El FONTIC apeló la decisión que negó la adición del fallo (fls. 602 - 603 cdno. ppal.) por considerar que la pretensión de liquidación del contrato hace parte integral de la demanda y el hecho de que en otro proceso se hubiera decidido sobre la liquidación no exoneraba al juzgador de resolverla, máxime cuando en el proceso 2013-01375 no es parte la Unión Temporal Intefactory sino solo uno de sus integrantes, por lo cual no podría ser exigible a los demás.

4) El tribunal concedió el recurso en contra del auto que negó la complementación; mediante auto de 14 de octubre de 2016 (fl. 678 cdno. ppal.) esta Corporación, en decisión de ponente, precisó que la apelación de la sentencia comprende también el recurso interpuesto contra la mencionada providencia.

5.2 Prejudicialidad

1) El expediente con número de radicación 2013-01375- 02 corresponde al proceso adelantado por Consulting Net SA en contra del FONTIC en el cual se pretendió la declaratoria de incumplimiento de la contratante, asunto que cursa en segunda instancia ante la Sección Tercera - Subsección A de esta Corporación (60.146), en el cual la magistrada ponente doctora Marta Nubia Velásquez Rico decretó la prejudicialidad mediante auto de 15 de julio de 2019.

2) En el referido proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección A profirió sentencia de primera instancia el 24 de septiembre de 2015 en la cual liquidó judicialmente el contrato por la suma de \$752.947.514 a cargo de FONTIC y en favor de la Unión Temporal, al tiempo que dispuso que FONTIC realice las gestiones necesarias para establecer las sumas de dinero que adeudan las unidades temporalmente al sistema de seguridad social durante la ejecución del contrato y se descuenten de la liquidación las sumas

correspondientes. La sentencia fue apelada por ambas partes: (i) la demandante considera que se debió determinar probatoriamente el valor de los aportes supuestamente adeudados y, (ii) el FONTIC pretende que se incluyan en la liquidación las consecuencias del incumplimiento del contratista y el valor de la cláusula penal pecuniaria.

3) El fundamento de la suspensión del proceso número 2013-01375-02 consiste en que lo debatido en este proceso es el cumplimiento de algunos productos

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

entregados por el contratista, por lo cual el contrato no puede liquidarse el contrato sin que se defina primero el referido incumplimiento y se determinen los valores que por este concepto deben tenerse en cuenta en la liquidación.

6. Los recursos de apelación

Las partes apelaron con fundamento en lo siguiente:

6.1 FONTIC

El razonamiento de la impugnación, en resume, es el siguiente (fl. 522 cdno. ppal.):

1) Se debe imponer a las demandadas el pago de la cláusula penal pecuniaria pactada porque incumplieron las obligaciones relativas al pago de acreencias laborales, aportes parafiscales y calidad de los servicios contratados porque el AEC no tenía los requerimientos y especificaciones pactados; no como consecuencia del incumplimiento de obligaciones postcontractuales de garantía sino, de una obligación típicamente contractual, porque el producto nunca tuvo los requerimientos pactados y era deber del contratista velar por este *“independientemente de las garantías ofrecidas”* (fl. 520 cdno. ppal.).

2) Es equivocado el entendimiento del tribunal respecto de la expresión *“incumplimiento definitivo”* contenida en la cláusula penal; la contratista dejó de cumplir sus obligaciones y, por ende, había lugar a hacer efectiva la cláusula penal ya que, no se trató de incumplimientos temporales o provisionales, que sería lo opuesto a *“definitivos”*; *“el autenticador electrónico no funcionó, no ha funcionado, no es operativo”* y *“el pago de aportes parafiscales no se realizó”*, lo cual justifica la imposición de la cláusula penal.

6.2 Seguros Colpatria SA

El sustento de la impugnación, en síntesis, es el siguiente (fls. 545 - 582 cdno. ppal.):

1) No existe ningún elemento de prueba sobre el monto de los perjuicios por lo cual no era posible hacer efectivo el 100% del amparo de cumplimiento; la decisión apelada se fundamentó en una argumentación vaga e imprecisa según la cual el

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

aplicativo AEC era importante y eso justificó la condena impuesta, sin analizar los efectos económicos del supuesto incumplimiento.

2) El contrato de seguro tenía como finalidad garantizar el resarcimiento de los daños sufridos por la entidad contratante por lo cual solo está obligada a pagar los perjuicios efectivamente causados por el siniestro y no pueden constituir fuente de enriquecimiento; el demandante tenía que acreditar la cuantía en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio y no lo hizo, por lo cual no hay evidencia de que hubiera sufrido un detrimento por la suma que le concedió el tribunal.

3) Según el informe de liquidación del contrato 539 de 2008, el valor del ítem AEC era \$2.029.958.334, circunstancia sobre la cual resulta inadmisibles que se hubiera otorgado una suma ampliamente superior como indemnización por los supuestos defectos de esa herramienta la cual se entregó en funcionamiento; la sentencia del tribunal contiene un defecto fáctico por no analizar el valor del ítem y concluir que, pese a su funcionamiento parcial, debía pagarse una suma superior al precio de todo el aplicativo.

4) Operó la prescripción del contrato de seguro la cual debe contabilizarse desde el momento en el cual la entidad tuvo conocimiento del siniestro; contrario a lo que estimó el tribunal, ello no ocurrió en la audiencia de descargos lo cual es evidente porque la citación fue para discutir, precisamente, ese supuesto incumplimiento y se fundamentó en documentos que soportaban la alegada inejecución de obligaciones del contratista.

5) La sentencia es incongruente, porque en ella se afirma que las fallas en el autenticador no eran constitutivas de incumplimiento definitivo pese a lo cual se reconoce el total del amparo de cumplimiento; además, la demanda versaba sobre tres presuntas inobservancias del contrato por parte de la unión temporal, por lo cual no era posible otorgar todo el amparo por la ocurrencia de una sola de estas,

máxime cuando lo pedido por tal concepto en la demanda era de \$1.051.660.813, suma esta inferior a la reconocida.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

6.3. Network Solutions Company Ltda (NETCO Ltda)

Pretende que se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto, en su parecer, el producto contratado fue entregado totalmente a FONTIC y los fallos que presentó posteriormente el autenticador eran susceptibles de ser corregidos, pero, la garantía se anuló porque fue vulnerado el *software* por ser manipulado por la entidad; en todo caso, NETCO Ltda no tuvo ninguna injerencia en dicha herramienta tecnológica por lo cual opera el hecho de un tercero como eximente de cualquier responsabilidad que se le pretenda atribuir. No es posible sancionar a NETCO Ltda porque no se probó su culpabilidad (fls. 501 - 504 cdno. ppal).

6.4 Ubiquando SAS

Por su parte, esta sociedad adujo lo siguiente:

1) La administración de justicia no tenía competencia para declarar la ocurrencia del siniestro de calidad del AEC porque FONTIC inició el trámite tendiente a que se declare el incumplimiento y escuchó los descargos del contratista, por lo cual no podía trasladar el conflicto a los jueces.

2) Operaron la caducidad de la acción y la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro debido a que FONTIC tuvo conocimiento del siniestro mucho antes de la audiencia en la cual el contratista rindió sus descargos, toda vez que en fecha anterior había vencido el plazo acordado para la corrección de las falencias detectadas por la entidad y se había rendido informe por parte de la interventoría en el cual se señalaban los desperfectos del *software*.

3) No se demostró la cuantía del siniestro de calidad del AEC como lo ordena el artículo 1077 del Código de Comercio, ello no podía omitirse y, menos aún, declararse el siniestro por la totalidad del valor amparado cuando está probado que el valor de esa herramienta fue de \$2.029.858.334, suma ampliamente inferior a la reconocida al FONTIC.

4) No hay prueba del siniestro porque no hay certeza probatoria respecto de cuáles fueron los defectos de calidad del AEC.

6.5 Consulting NET SA

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC Controversias contractuales

Esta sociedad adujo en su defensa este razonamiento:

1) No hubo incumplimiento en el pago de los aportes parafiscales por parte de Consulting NET SA, esta sociedad presentó en debida forma las facturas y certificados en materia de seguridad social; hubo una persecución por parte de FONTIC en contra de esa sociedad pues fueron otros miembros de la unión temporal quienes incumplieron esa obligación; cada uno de los miembros de la unión temporal debía cumplir individualmente con esa obligación.

2) La entidad no impuso las sanciones durante los procedimientos administrativos adelantados con fundamento en el artículo 86 de la Ley 1150 de 2007 por lo cual no puede ahora imputarle responsabilidad por la vía del incumplimiento contractual.

3) El autenticador electrónico fue entregado a satisfacción de FONTIC ya que el 100% de los 318 relativos este ítem fueron recibidos por la entidad, tal como se probó con el informe final de interventoría contratada con la firma REDCOM luego de surtida la fase de estabilización del *software*; no es cierto que FONTIC no pudiera comprobar el *software* antes del vencimiento de la garantía, tal como lo determinó el dictamen pericial rendido en el curso del proceso.

4) El FONTIC abrió procesos sancionatorios en contra del contratista pero no decretó las pruebas pedidas por este ni los terminó, lo cual es indicativo de la inexistencia de incumplimiento, pues, lo contrario atentaría contra la presunción de inocencia y desconocería que las dudas deben resolverse en favor del administrado.

5) El incumplimiento debía acreditarse mediante un dictamen pericial rendido en el curso del proceso y no mediante un informe técnico de parte que carece de firma de su supuesto autor, el cual fue elaborado cuando ya había vencido la garantía del *software*.

6) Es errado entender que la entidad solo se enteró del supuesto siniestro con ocasión de los descargos rendidos por el contratista, cuando en esa diligencia no se declaró incumplimiento ni se adoptó ninguna determinación de fondo.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

6.6 Grupo Asesoría en Sistematización de Datos SAS (Grupo ASD SAS)

Su respuesta se resume en lo siguiente:

- 1) La sociedad cumplió con su obligación de realizar aportes parafiscales según consta en los documentos que reposan en el cuaderno 5 del expediente.
- 2) Según el contrato de unión temporal que se aportó al proceso, las sociedades unidas temporalmente responden individualmente por las sanciones pecuniarias de las que sean causantes, en este caso Consulting NET fue la encargada de ejecutar el AEC.

7. Alegatos de conclusión

En esta etapa procesal las partes se pronunciaron así: *(i)* Axa Colpatria Seguros SA (antes Seguros Colpatria SA fl. 703 - 709 cdno. ppal.), *(ii)* Netco Ltda (fls. 709 - 711 cdno. ppal.), FONTIC (fls. 712 - 713 cdno. ppal.), *(iii)* Grupo ASD SAS (fls. 714 - 719 cdno. ppal.) y *(iv)* Consulting Net SA (fls. 720 - 730 cdno. ppal.) reiteraron lo expuesto por ellas en los correspondientes recursos de apelación.

Por su parte, el Ministerio Público conceptuó que la decisión del caso amerita el decreto de una prueba de oficio con el fin de establecer las condiciones reales de funcionamiento en las cuales fue entregada la herramienta AEC y, de esa manera resolver si hay lugar a hacer efectiva la garantía y en qué monto (fls. 732 - 754 cdno. ppal.); en caso de que no se decrete la prueba, solicitó que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda porque las pruebas acopiadas no permiten establecer dichas circunstancias, indispensables para su prosperidad.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración¹, con el siguiente derrotero: *(i)* objeto de la controversia y anuncio de la decisión, *(ii)* incumplimiento contractual, *(iii)* cláusula penal pecuniaria e indemnización de perjuicios, *(iv)* responsabilidad de la garante del contrato Axa

Colpatria SA, (v) liquidación judicial del contrato y, (vi) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La demanda se dirige a obtener la declaración de incumplimiento del contrato por parte del contratista con sustento en (i) no pago oportuno de los aportes parafiscales durante la ejecución del contrato, (ii) no suscripción de los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor sobre las soluciones informáticas contratadas y, (iii) mal funcionamiento de un ítem contratado denominado “*autenticador electrónico de ciudadanos*” sobre el cual no se otorgó la garantía a la cual se obligó el contratista, como consecuencia de lo cual se solicitó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la reparación de los perjuicios que excedan su valor y, que se liquide judicialmente el contrato.

El tribunal de primera instancia (i) declaró el incumplimiento de la unión temporal por el no pago de aportes parafiscales y de la obligación de garantizar la solución del autenticador electrónico, (ii) declaró la ocurrencia del siniestro de no garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos, (iii) condenó a Axa Colpatria SA a pagar a FONTIC la suma de \$3.154.982.440 correspondientes al

¹ Previamente se verifica que no operó la caducidad de la acción de controversias contractuales toda vez que se trató de un contrato de ejecución sucesiva y la norma vigente para el inicio del término fue el artículo 136 numeral 10 literal d) del Decreto 01 de 1984, según el cual “*d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;*”. En este caso particular, el contrato no fue liquidado, el plazo contractual expiró el 29 de octubre de 2010 (según acta de inicio del fl. 88 cdno. 6 el plazo inicial expiraba el 29 de septiembre de 2010 y las partes lo ampliaron por un mes más), el término pactado para liquidarlo bilateralmente fue de “*cuatro meses siguientes a su terminación*”, vencidos los cuales no había sido se contabilizan dos meses más, de modo que los dos años para demandar iniciaron a contabilizarse el 1 de mayo de 2011 y vencieron el 1 de mayo de 2013, mientras que la demanda se presentó el 26 de abril anterior (fl. 43 cdno. 1).

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

valor total del amparo afectado, (iv) condenó en costas a las demandadas, (v) negó las demás pretensiones por considerar cumplida la obligación del contratista consistente en suscribir los contratos de cesión de derechos patrimoniales sobre el *software* contratado y, (vi) no se pronunció sobre la liquidación judicial del contrato.

Las partes apelaron así: (i) FONTIC pretende que, adicionalmente a lo ya reconocido, se haga efectivo el valor de la cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento de los obligaciones contractuales, debido a que el AEC nunca funcionó y ello constituyó incumplimiento de una obligación contractual; además,

pretende que se liquide judicialmente el contrato, para esto último apeló el auto que negó la complementación de la sentencia en tal sentido, aspecto sobre el cual también debe recaer el presente pronunciamiento; (ii) Axa Colpatria SA apela para que se le exonere de responsabilidad toda vez que no hay prueba del monto de los perjuicios, lo reconocido en favor de la demandante excede el valor del ítem sobre cuya calidad se centra la controversia y se reconoció más de lo pedido; (iii) las integrantes de la unión temporal demandada pretenden que se atribuya responsabilidad individual a cada una de las personas integrantes de la unión temporal contratista en atención a su participación en la confección de la herramienta informática supuestamente defectuosa, se entienda anulada la garantía porque FONTIC manipuló indebidamente el *software*, se declare la caducidad y prescripción del contrato de seguro, se revoque la decisión porque no se probó la ocurrencia ni la cuantía del siniestro y se considere cumplida la obligación de realizar los aportes parafiscales.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala resolverá sobre los siguientes aspectos: (i) incumplimiento del contratista en el pago de obligaciones parafiscales y respecto de la herramienta informática denominada “*autenticador electrónico del ciudadano*”, (ii) responsabilidad solidaria de los miembros de la unión temporal respecto de las obligaciones contractuales, (iii) imposición de la cláusula penal pecuniaria y (vi) responsabilidad de la compañía aseguradora Axa Colpatria SA y, (v) liquidación judicial del contrato. La decisión no se centrará sobre la obligación de cesión de los derechos patrimoniales de autor respecto del *software* al que se refieren los hechos de la demanda porque la primera instancia consideró cumplida esa obligación y las partes no cuestionaron ese aspecto.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

En ese contexto, la Sala (i) mantendrá la declaración de incumplimiento, porque se acreditó que la contratista no cumplió a cabalidad sus obligaciones respecto del pago de salarios y aportes parafiscales ni tampoco con la calidad de la herramienta denominada “*autenticador electrónico del ciudadano*”; (ii) reconocerá el valor de la cláusula penal en favor de la contratante y a cargo de la contratista como tasación anticipada de los perjuicios para lo cual no es óbice la falta de prueba de su cuantía y denegará su reducción proporcional; (iii) revocará la condena impuesta en primera instancia a Axa Colpatria SA y negará las pretensiones en su contra toda vez que, respecto del amparo de cumplimiento operó la prescripción del contrato de seguro y, en cuanto al amparo de calidad de los bienes suministrados, no se acreditó la cuantía del siniestro, (iv) liquidará judicialmente el contrato porque la pretensión fue planteada y no resuelta por el tribunal lo cual impone adicionar en esta instancia lo

resuelto, sin que la existencia de otro proceso judicial sea obstáculo para que se decida lo aquí pretendido por la demandante en contra de todos los integrantes de la unión temporal contratista, máxime porque consta que aquel otro proceso fue suspendido en espera de lo aquí resuelto, con lo cual se garantiza uniformidad en las decisiones y, (v) no se impondrá condena en costas en la instancia porque, aunque prosperó el recurso de Axa Colpatria SA, las pretensiones de la demanda también prosperaron parcialmente.

2. Incumplimiento contractual

2.1 Solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales

1) La ley creó las figuras especiales asociativas de unión temporal y consorcio a través de las cuales varias personas pueden asociarse para la presentación de propuestas y la ejecución de los contratos estatales, con base en la regla según la cual todos sus integrantes responden solidariamente por el cumplimiento de la propuesta y de las obligaciones contractuales, en los siguientes términos² para el caso específico de las uniones temporales:

“7. 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

² Ley 80 de 1993, artículo 7.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.” (Se resalta).

2) En el presente proceso, no se analiza la imposición de sanciones al contratista ni la legalidad de alguna de estas sino, puntual y específicamente, el cumplimiento del contrato y sus efectos, frente a lo cual son solidariamente responsables todos los integrantes de la unión temporal contratista, razón por la cual los argumentos de algunas de las apelantes, tendientes a que se realice un análisis individual de su comportamiento contractual, no son de recibo.

3) Además, el hecho de que el FONTIC no hubiera declarado el siniestro de incumplimiento mediante acto administrativo no es impedimento para que puedan y deban estudiarse las pretensiones tendientes a obtener que se declare que su contratista no ejecutó a satisfacción lo acordado; el artículo 141 del CPACA prevé

que las partes del contrato pueden pedirle al juez que declare el incumplimiento y no dispone requisito alguno de procedibilidad para tal efecto; bien podía la administración, como lo hizo, abstenerse de emitir pronunciamiento y acudir al juez para que dirima la controversia; sin embargo, en este escenario le correspondía la carga de acreditar en el curso de este proceso los incumplimientos alegados, debido a que no hizo uso de la facultad que la ley le otorga para declararlos mediante acto administrativo revestido de presunción de legalidad, por lo cual se analizan a continuación las pruebas aportadas al proceso para efectos de determinar si efectivamente estos se probaron.

2.2 Autenticador electrónico del ciudadano (AEC)

1) El contrato número 539 de 2008 suscrito entre el FONTIC y la Unión Temporal Interfactory tuvo por objeto *“implementar y mantener de manera adaptativa y evolutiva soluciones de gobierno en línea mediante el modelo de fábrica de software”* (fl. 26 cdno. 6) por un valor inicial de \$9.916.608.133 y un plazo inicial de ejecución de 21 meses; el contrato se adicionó en la suma de \$3.844.749.243 (fl. 40 cdno. 6) y el plazo se amplió hasta 22 meses (fl. 42 cdno. 6).

2) El FONTIC reclama incumplimiento de la obligación de cumplimiento y calidad de los servicios contratados porque el aplicativo AEC no funcionó de conformidad con

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

los requerimientos de la entidad y la apelación se restringe a ello, con exclusión expresa del debate sobre la garantía del producto.

3) El pliego de condiciones base del proceso de contratación previó lo siguiente respecto de la denominada autenticación electrónica:

“2.4 AUTENTICACIÓN ELECTRÓNICA

Con la definición, diseño, desarrollo y puesta en operación de la plataforma de interoperabilidad (ver numeral 2.1.2), se abrió un panorama de servicios transversales de vital importancia para todas las entidades del Estado que desean ofrecer más y mejores servicios a los ciudadanos. Esta motivación sumada a la definición de políticas y estándares ha permitido la provisión de nuevos y diferentes servicios de tipo electrónico por parte de las entidades del Estado, los cuales deben cumplir con toda la normatividad que rige actualmente, razón por la cual se hace necesario implementar mecanismos que aseguren que los servicios sigan fielmente la ley colombiana.

En ese sentido, todos los trámites y servicios que se prestan desde el Estado, tienen un elemento común; es necesario, en mayor o menor grado, identificar quién los solicita o ejecuta. Esta labor debe ser realizada por un componente de autenticación electrónica que tiene como objetivo verificar la identidad de una persona, o que un

usuario es quien dice ser, se debe desarrollar e incorporar como parte de los servicios de la intranet Gubernamental, de tal manera e los servicios que se presten a través de canales electrónicos puedan utilizar este recurso de manera común.” (fl. 25 cdno. 4 – mayúsculas fijas originales – negrillas adicionales).

4) El 7 de diciembre de 2010, el supervisor del contrato, la interventoría y la contratista suscribieron el acta de “*aceptación de la solución y documentación*” relativa al proyecto AEC y fueron aprobados todos sus componentes entregables, los cuales fueron discriminados uno a uno (fls. 460 - 462 cdno. 5); también se hizo constar lo que a continuación se transcribe:

“El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - programa agenda de conectividad luego de haber ejecutado el ciclo completo de las pruebas, relacionadas con la implementación del autenticador electrónico del ciudadano da por recibida a satisfacción la funcionalidad de toda la aplicación y su documentación previamente aprobada. Durante el proceso de pruebas de aceptación quedaron pendientes incidencias las cuales están por debajo del umbral permitido por el contrato (15%) y serán atendidas durante la etapa de estabilización. De igual manera, los requerimientos no funcionales de accesibilidad relacionados con W3C (RNF 201, 206 y 211) serán probados por UTI en su ambiente de pruebas y ajustado el ambiente de producción durante la etapa de estabilización; adicionalmente se desarrollarán pruebas de escalabilidad en el ambiente de producción durante la etapa de

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

estabilización, probando configuraciones de 1, 2 y 3 nodos con 100, 200, 300, 400 y 500 usuarios concurrentes” (fl. 462 cdno. 5 - se resalta).

5) Respecto de la etapa de estabilización, el acta de recibo de la solución informática refiere lo siguiente:

“Responsabilidades en etapa de estabilización

Responsabilidad	A cargo de
Realizar las labores de mantenimiento y afinamiento de la solución	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - Programa Agenda de Conectividad
Prestar soporte de primer nivel sobre la solución	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - Programa Agenda de Conectividad
Realizar la administración de los parámetros del sistema	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - Programa Agenda de Conectividad

<p>Atender por garantía, las incidencias funcionales y no funcionales reportadas por el PAdC o quien delegue relacionadas con fallas o errores del sistema que ocasionen un mal funcionamiento, desempeño u operación de la solución. Dichas incidencias deben estar enmarcadas en el alcance definido para el proyecto.</p>	<p>UT INTERFACTORY</p>
--	-------------------------------

(fl. 462 cdno. 5 - negrillas originales).

6) Mediante el otrosí número 3 las partes modificaron aspectos relativos a la asistencia técnica y a la garantía del *software*; pactaron (i) que los defectos en las soluciones contratadas deberían corregirse por el contratista dentro de los 45 días siguientes a su recibo y, (ii) el período de garantía de cada una de estas sería de un (1) año y 45 días, modificación que se estipuló de la siguiente manera:

“CLÁUSULA PRIMERA: El Acuerdo de Nivel de Servicio 10, para el tiempo promedio dedicado a la resolución de defectos corresponderá al promedio del tiempo en días, de resolución de cada uno de los defectos encontrados en los 45 días posteriores a la entrega en producción de cada solución.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

*Demandante: FONTIC
Controversias contractuales*

CLÁUSULA SEGUNDA: Modificar el período de garantía de las soluciones cuyo período de estabilización corresponda a 45 días, para que esta corresponda a una duración total de un (1) año y cuarenta y cinco (45) días.

(...).

PARÁGRAFO QUINTO: El FONDO retendrá el valor del pago correspondiente al valor del impacto en caso de incumplimiento del Acuerdo de Nivel de Servicio 8 – Nivel de defectos en producción y 10 – tiempo promedio dedicado a la resolución de defectos hasta que la medición del Acuerdo de Nivel de Servicio pueda realizarse.” (fl. 43 cdno. 6 - mayúsculas fijas del original).

7) El 9 de diciembre de 2010, el contratista expidió la carta de garantía del AEC (fl. 159 cdno. 5) y el FONTIC detalló las incidencias técnicas pendientes en los términos que se transcriben a continuación:

“DETALLE DE INCIDENCIAS DE GARANTÍA

Dicha solución fue recibida a satisfacción el 7 de diciembre de 2010 y verificada y aceptada por la interventoría y el Programa mediante acta de entrega y recibo a satisfacción de la solución una vez cumplió con los criterios de aceptación establecidos; que consisten en 0% defectos críticos, 0% defectos mayores, 15% defectos menores y cosméticos, de tal manera que a esta fecha quedó un remanente de 16 incidentes que deberían ser resueltos en un período de 45 días después de instalada la aplicación

Los incidentes que a esa fecha estaban por resolver son los siguientes de

acuerdo con lo señalado en el informe de pruebas de aceptación – autenticación electrónica del ciudadano 2.0 página 38:

(...).

[Consulta por proveedor de servicio y por proveedor de autenticación, ayudas en línea, no genera archivo Excel, mensaje en inglés, consistencia entre CU-AU-RE-039 y CU-AU-RE-036, valores inconsistentes del reporte, datos no consistentes en consultar reporte de uso por factor autenticación, errores forma varios plataforma, excepción no controlada en caso de uso ID-006, error al seleccionar enrolarse con certificado, no permite cargar applet en Internet Explorer, mensaje de eliminación de varios dominios, errores de forma IDP, errores forma varios SP, ingreso de usuario sin iniciar sesión]

Con corte a 21 de junio de 2011, de los 16 incidentes por ajustar durante la etapa de estabilización, se han cerrado 2, los demás continúan pendientes de ajustar por la UT Interfactory (incidencias con estado: registrado y asignado) o para probar el programa (incidencias con estado: devuelto)

Es importante resaltar que el programa no puede realizar las pruebas hasta tanto el ambiente no esté disponible y funcionando, lo cual no ha sido posible a la fecha porque se requiere el componente SP-P Proveedor de servicios que no está funcionando adecuadamente.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

(...).

De otra parte, durante la etapa de garantía se han registrado dos incidentes adicionales (...).” (fl. 162 cdno. 5 – mayúsculas sostenidas del original).

8) El 4 de abril de 2011, la supervisora del contrato requirió a la contratista en los siguientes términos:

“A la fecha no se ha recibido respuesta a los requerimientos que a continuación se relacionan:

(...).

Cumplimiento de los acuerdos de la carta de garantía de la solución de AUTENTICACIÓN ELECTRÓNICA DEL CIUDADANO donde tenían unos compromisos para el día 15 de enero de 2011 con base en la instalación realizada el 24 de diciembre de 2010 y a la fecha luego de ser requeridos telefónicamente al no responder los correos electrónicos informan que la instalación quedó mal realizada por lo que tendrán que hacer ajustes para poder responder a dichos compromisos.” (fl. 187 cdno. 5 – mayúsculas fijas originales).

9) El 12 de abril de 2011, el FONTIC citó al contratista a rendir descargos por el presunto incumplimiento consistente en no brindar solución a los defectos del *software*, la audiencia de descargos se llevó a cabo el 3 de mayo de 2011 (fl. 189 cdno. 5) en la cual se notificó la decisión de negar las pruebas técnicas solicitadas por el contratista para verificar el funcionamiento de la herramienta informática materia del debate.

10) En febrero de 2013, el FONTIC elaboró el documento denominado “autenticador en línea – estado de la solución” luego de realizar las pruebas correspondientes. Sobre el punto se concluyó lo siguiente:

“Esta sección presenta un concepto técnico de la solución una vez desplegado el sistema en el centro de datos frente a lo descrito en la arquitectura funcional del sistema y los requerimientos solicitados.

5.1 OPENSSO

Para entender cómo fue implementada la solución se debe iniciar identificando los beneficios o funcionalidades que aporta en software base utilizado para soportar la plataforma de autenticación, para el caso se escogió OPENSSO, el cual por sí solo permite el cumplimiento de la mayor parte de los requerimientos solicitados para el sistema de autenticación electrónica, ya que permite la inscripción tanto de proveedores de autenticación como de proveedores de servicio junto con el conjunto de funcionalidades que se derivan de un proceso tipo o base de autenticación y autorización.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

A este software se le actualizó la interface (sic) para que se adoptara (sic) al diseño de gobierno en línea y se crearon con base a lo especificado por el software base cinco (5) módulos de autenticación (...).

5.2 Cumplimiento de requerimientos

5.2.1 Administración

Los requerimientos de administración se cumplen dado que el OPENSSO cumple con estas funcionalidades.

5.2.2 Autenticación

Los requerimientos de autenticación se cumplen parcialmente dado que el OPENSSO soporta las funcionalidades descritas en los requerimientos, sin embargo mecanismos de autenticación como la básica, biométrica en línea y fuera de línea, PIN, no son completamente funcionales en la versión recuperada en el centro de datos.

5.2.3 IDP Básico

No se evidencia un total cumplimiento toda vez que el componente designado para este fin no es funcional y no permite desarrollar las actividades planteadas en los requerimientos.

5.2.4 Reportes

No se cumple, no se pudo evidenciar en los despliegues realizados en el centro de datos que la solución tenga esta funcionalidad.

5.2.5 Integración SI

No se cumple toda vez que el sistema no se ha integrado satisfactoriamente con soluciones como el PEC, notificación, tramitador.

5.2.6 Requerimientos no funcionales

No se cumple, como es sabido el sistema no ha sido desplegado cumpliendo con los criterios de alta disponibilidad exigidos para la solución. (fl. 300 cdno. 5 – se resalta).

11) La parte demandante solicitó interrogatorio de parte a los representantes legales de las sociedades integrantes de la unión temporal contratista y esa prueba se decretó en el auto de pruebas proferido en la audiencia inicial (fl. 356 cdno. 1), la práctica de la prueba arrojó el siguiente resultado:

a) A la primera fecha de audiencia de pruebas solamente asistió el representante legal de Ubiquando SAS, el señor Miguel Rivera (cd. fl. 382 cdno. 1, 6'.57"), quien indicó que es gerente de la empresa desde enero de 2005 y, por ende, desconocía todos los pormenores del caso, respuesta que reiteró frente a cada una de las preguntas formuladas por la parte demandante, aspecto sobre el cual fue requerido

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

y amonestado por el magistrado sustanciador, pese a lo cual insistió en que nada le constaba sobre lo preguntado.

b) El representante legal de ASD SAS no compareció en la primera oportunidad, sin embargo, presentó excusa que fue aceptada por el magistrado sustanciador, por lo cual se aplazó la audiencia de pruebas; en la segunda oportunidad se hizo presente la señora Sonia Aydé Ramos Salazar, representante legal suplente (cd fl. 384 cdno. 1, 4'10"), quien manifestó que las obligaciones relativas al autenticador correspondían a la firma Consulting Net SA por lo cual no le constaban los pormenores de la ejecución de ese punto del contrato.

c) El representante legal de Netco Ltda no se presentó en la fecha inicial de la audiencia de pruebas, el magistrado sustanciador dispuso practicar el interrogatorio durante la segunda fecha dispuesta para el efecto (fl. 384 cdno. 1, 16'40") en la cual el interrogado se limitó a señalar que fue Consulting Net SA la encargada de ejecutar el aplicativo autenticador.

d) La señora Ángela Urueña, gerente suplente de Consulting Net SA (cd fl. 383 cdno. 5, 18'.10"), al ser interrogada en relación con la corrección de los defectos del AEC limitó su dicho a las incidencias de la ejecución del contrato y la discusión sobre cuáles le eran imputables a su representada, pero, no respondió en forma asertiva.

e) El representante legal de Zortek Systems no compareció al interrogatorio.

f) La Sala interpreta la inasistencia del representante legal de Zortek Systems y la renuencia a responder asertivamente por parte de los demás respecto de la

ejecución de los ítems pendientes del AEC como indicio grave en contra de la parte demandada, en los términos del artículo 205 del Código General del Proceso, toda vez que encuentra inadmisibles que quienes acudieron a la audiencia como representantes de las demandadas se limitaran a señalar que no les consta nada respecto del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la unión temporal, frente a las que, según se advirtió *supra*, se obligaron en forma solidaria; por el contrario,

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

se estima que, en los términos del inciso tercero del artículo 198 *ibidem*³, conocido el objeto del litigio les correspondía informarse debidamente sobre el estado del cumplimiento de las obligaciones del contrato y, de manera veraz y leal, responder el interrogatorio que se les formuló; la división del trabajo entre los distintos miembros de la unión temporal durante la ejecución del contrato no es, a juicio de la Sala, justificación admisible para no responder sobre los hechos concretos y particulares de la ejecución que estaban obligados a conocer, razón por la cual se interpreta su actitud procesal como indicio en su contra; adicionalmente, la representante legal de Consulting Net SA insistió en que la solución fue recibida por la contratante pero evadió responder lo correspondiente a la solución de las observaciones o pendientes que quedaron plasmados en el acta de recibo.

12) Por su parte, la sociedad Consulting Net SA presentó un dictamen pericial de parte (fls. 1 – 5 c. 3) elaborado por el ingeniero de sistemas Mario Sebastián Sánchez Sánchez en el cual se conceptuó sobre la forma y tiempos en los cuales se pueden realizar las pruebas de funcionamiento de una solución informática; refirió el perito que las pruebas para determinar el funcionamiento de una solución de *software* se pueden realizar una vez recibida esta con sus “fuentes” y que se ejecuten ensayos de cargas para simular situaciones reales de trabajo, proceso que estimó no puede tardar más de unas semanas.

El experto autor del dictamen compareció a la audiencia de pruebas (cd. fl. 382 cdno. 1, 1h1’20”) en la cual insistió en las conclusiones de su informe y precisó que toda solución de *software* puede tener errores que pueden corregirse durante el período de garantía.

La Sala encuentra que esa prueba técnica se refirió en forma genérica al procedimiento para probar el funcionamiento de una solución de *software*, lo cual nada aporta respecto del cumplimiento de la contratista sobre aquellos ítems que quedaron pendientes en el acta de recibo del AEC; de otra parte, resulta llamativo

³ Código General del Proceso, “artículo 198 (...) Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente.”.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

que el dictamen no se hubiera referido puntualmente a la ejecución de esos ítems o al funcionamiento del aplicativo que eran los temas técnicos en debate.

13) Se recibió el testimonio de la señora Olga Lucía Sabogal, ingeniera de sistemas especialista en telemática y directora de la interventoría del contrato número 539 de 2008 (cd fl. 382 cdno. 1, 46'40”), quien narró que no se pudieron hacer las pruebas de verificación del autenticador porque el ministerio no tenía disponible el aplicativo necesario para ensayarlo cuando lo recibió, por lo cual se dejaron algunos pendientes en el acta de recibo algunos puntos; un año después de terminado el contrato, el ministerio les pidió hacer acompañamiento sobre la ejecución de los pendientes pero ella no acudió porque ya no estaba vigente el contrato de interventoría.

14) De conformidad con lo expuesto, se probó que el (i) autenticador electrónico del ciudadano no fue entregado dentro del plazo contractual de donde se colige con claridad el incumplimiento del contratista; además (ii) si bien el FONTIC recibió el AEC el 7 de diciembre de 2010, la interventoría y la supervisión del contrato dejaron expresa constancia de algunos aspectos que debían ser objeto de corrección dentro del período de estabilización que las partes acordaron en 45 días calendario; (iii) el FONTIC y la interventoría requirieron infructuosamente al contratista las soluciones correspondientes; (iv) la contratante verificó técnicamente las falencias en el aplicativo y, (v) la contratista no acreditó haber corregido los defectos del aplicativo.

Para la Sala, el debate relevante no corresponde a verificar en qué momento debieron advertirse las falencias del *software* ya que estas quedaron determinadas desde el momento del recibo y, en tal virtud la prueba pericial practicada resulta inane. Ante el concepto de la interventoría y del supervisor del contrato sobre fallas en la calidad de la solución informática AEC le correspondía a la contratista acreditar desde el punto de vista técnico que esta cumplía los estándares y especificaciones contratadas, lo cual no hizo.

15) En ese contexto fáctico y probatorio, la Sala concluye que se probó el incumplimiento de la contratista respecto de la solución informática denominada

autenticador electrónico del ciudadano porque, pese al recibo extemporáneo de la aplicación, quedaron pendientes que, según la confesión de las demandadas y el informe técnico rendido por la entidad nunca fueron corregidos, documento que no

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

se desvirtuó con otras pruebas, circunstancias que sustentan la conclusión del fallo apelado respecto del incumplimiento de esa precisa obligación.

2.3 Pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social

1) La cláusula 6.11 del contrato 539 de 2008 prevé que es obligación del contratista:

“Pagar por su cuenta los salarios, subsidios, prestaciones sociales, afiliación y pago de las contribuciones al sistema integral de seguridad social -EPS, Pensión y Subsidio Familiar, a que hubiere lugar, de todos sus empleados, en especial del personal destinado para el cumplimiento del objeto del presente contrato, de acuerdo con las disposiciones del régimen laboral colombiano, debiendo presentar en su oportunidad, la respectiva certificación de cumplimiento expedida por el revisor fiscal” (fl. 27 cdno. 6).

2) Está probado que el FONTIC adelantó una actuación administrativa tendiente a declarar incumplida a la unión temporal demandada respecto de las obligaciones correspondientes al pago de aportes parafiscales y al sistema de seguridad social, la cual fue archivada con la Resolución número 02044 de 6 de octubre de 2010 con fundamento en lo siguiente:

“Que durante la audiencia, el 17 de septiembre de 2010, el apoderado de las firmas ASD SA, NETCO y ZORTEK, doctor Javier Mayorga solicitó a la administración que se tengan en cuenta los documentos entregados al Ministerio por ASD SA el 14 de septiembre de 2010 bajo el número de radicación interna 374060, en el cual se allegan los certificados de paz y salvo de aportes parafiscales requeridos en esta actuación que corresponden a los meses de julio y agosto de 2010, así como el certificado que en su momento allegó la empresa ZORTEK y el que se entrega durante la misma audiencia por NETCO LTDA, con los cuales se deja constancia del cumplimiento oportuno y satisfactorio de las obligaciones laborales y los aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales de dichas empresas. Por su parte, el doctor Rafael Toncel aporta un documento suscrito por el doctor Luis Alberto Pineda, representante legal de Consulting Net y de la UT Interfactory, acompañado de anexos probatorios relacionados con el cumplimiento de obligaciones contractuales. Finalmente interviene la doctora Diana García Rodríguez, apoderada de la Aseguradora Colpatria, quien señala que como garante del contrato solicita que se tengan en cuenta las pruebas aportadas por los representantes de las empresas, toda vez que se estaría dando cumplimiento a lo requerido por el Ministerio dando como consecuencia el archivo del proceso.

(...).

Que según los documentos aportados durante la audiencia de descargos celebrada el 17 de septiembre de 2009 y según lo reitera la supervisora del contrato en la comunicación enviada a la Oficina

correo electrónico, es claro que a la fecha la Unión Temporal Interfactory acreditó el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el numeral 6.11 de la cláusula sexta del contrato, específicamente en relación con el pago de salarios y aportes parafiscales de cada una de las empresas que la conforman.

Que habiendo cumplido el contratista las obligaciones respecto de las cuales se citó a audiencia de descargos, resulta innecesario continuar con la actuación administrativa.” (fl. 356 cdno. 6 – resalta la Sala).

3) Las obligaciones supuestamente incumplidas por las cuales fue citado el contratista fueron las relativas a los pagos de los aportes parafiscales y al sistema de seguridad social en salud, tal como se señala en el acto administrativo antes referido:

“Que mediante comunicación 403569 del 20 de agosto de 2010, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio - Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones citó al representante legal de la UT (...) con arreglo a lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 3.1.10 de la Resolución 001888 de 2003, (...) frente al presunto incumplimiento por parte de la Unión Temporal Interfactory (...) de la obligación 6.11 del contrato 539 de 2008 referente al pago de salarios, subsidios, prestaciones sociales, afiliación y pago de las contribuciones al sistema de seguridad social - EPS, pensión y ARP - y pago de aportes parafiscales -SENA, ICBF y Cajas de Compensación y Subsidio Familiar, tal como lo establece el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007”.

4) Sin embargo, reposan en la actuación diversos documentos posteriores a la decisión de archivar el procedimiento administrativo que demuestran que la contratista incumplió, definitivamente, su obligación de pagar aportes al sistema de seguridad social y también salarios de personal como se detalla a continuación:

a) El 21 de diciembre de 2010, la entidad contratante citó nuevamente al contratista para rendir descargos sobre los supuestos incumplimientos relacionados con el no pago de salarios, aportes al sistema de seguridad social y el funcionamiento del AEC, la audiencia de descargos se realizó el 24 de enero de 2011 (fl. 243 cdno. 6) y no se aportó decisión posterior del FONTIC sobre tales diligencias; durante dicha audiencia los integrantes de la unión temporal contratista se endilgaron en forma recíproca el incumplimiento de ese deber contractual y legal.

b) Consta en el informe final de la interventoría (fls. 358 - 434 cdno. 6) que el pago de la última factura del contrato por la suma de \$55.355.344 quedó pendiente mientras se comprobaba la efectiva erogación de todas las obligaciones

parafiscales a 30 diciembre de 2010 a cargo del contratista, en los siguientes términos:

“La tabla N° 9 presenta los valores de la última factura del contrato N° 539 de 2008, sobre la cual la interventoría informó en comunicado GLFS-RDC2-ADC-285 de diciembre 30 de 2010, que aprueba los valores relacionados en la factura N° 0074 presentada por la Unión Temporal Interfactory, por un valor de \$55.355.344, pero no el pago de la misma, hasta no contar con el total de las certificaciones sobre el cumplimiento de las obligaciones parafiscales desde junio a octubre de 2010, firmadas por sus respectivos revisores fiscales de cada uno de los integrantes de la Unión Temporal UTI según se establece en el contrato 539 de 2008, como se indicó anteriormente (...). total factura (neto) \$55.355.344.” (fl. 375 cdno. 6).

Adicionalmente, en el mismo documento se dejó constancia de que *“se presentaron diversas quejas y manifestaciones de inconformidad por parte de algunos integrantes del equipo de trabajo, en cuanto al no pago oportuno de salarios, honorarios y prestaciones sociales”* (fl. 433 cdno. 6).

c) El 11 de septiembre de 2010 (fl. 258 cdno. 6), la Superintendencia de Salud le informó a FONTIC sobre la apertura de una investigación administrativa en contra de los integrantes de la Unión Temporal Interfactory con sustento en la información enviada por la entidad contratante.

d) El 17 de diciembre de 2010 (fl. 265 cdno. 6), la supervisora del contrato número 539 de 2008 le informó lo siguiente a la Superintendencia de Salud con la finalidad de que se tuviera en cuenta en la investigación correspondiente:

“El 14/12/2010 se recibió correo electrónico del ingeniero Alexander Salamanca informando que participó en el proyecto del portal del estado colombiano con la firma Consulting Net SA, integrante de la Unión Temporal Interfactory (...) que a la fecha ni a él ni a las demás personas que trabajaron en dicho proyecto se les ha pagado lo correspondiente a varios meses de sus salarios.

El 15/12/2010 se recibió comunicado de personas que hicieron parte del equipo de trabajo del contrato de la referencia a saber: Marta Rocío Vargas Cáceres, Jesús Francisco Vargas Aguilar, Rosalba Fonseca Mejía, Ana Victoria Olarte Pinzón, Vicente Lozano Vega y Sandra Milena Dávila Duque; informando que a la fecha se les adeudan por parte de la firma Consulting Net SA, integrante de la Unión Temporal Interfactory, los pagos de los salarios correspondientes a los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2010.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

Por lo anterior, el contratista presuntamente no ha dado cumplimiento al numeral 6.11 de la cláusula sexta del contrato No. 539 de 2008.” (fl. 266 cdno. 6 – negrillas de la Sala).

e) Se aportaron a esta actuación los dos documentos a los cuales se refiere el literal anterior (fls. 267 - 268 cdno. 6); en el primero, no se hace mención a ninguna cifra y se limita el autor a señalar que la unión temporal no le ha pagado la remuneración por su trabajo en la ejecución del contrato número 539 de 2008; en el segundo se reclama que lo impagado por salarios y honorarios asciende a \$102.800.000. El 14 de febrero de 2011, los mismos firmantes del último de los referidos documentos solicitaron intervención a la Contraloría General de la República por el no pago de sus remuneraciones.

f) El 17 de febrero de 2011, el FONTIC le informó a la Supersalud que remitió ocho (8) comunicaciones a su contratista en las cuales solicitó, sin éxito, claridad sobre el pago de los aportes parafiscales.

g) El 30 de mayo de 2011, el FONTIC le informó al Ministerio de Protección Social que el contratista aquí demandado no acreditó el cumplimiento efectivo de las obligaciones parafiscales y que lo requirió sin éxito para ese efecto, por lo cual solicitó a esa autoridad *“adelantar las actuaciones administrativas a que haya lugar”*(fl. 311 cdno. 6), queja con la cual reiteró la interpuesta el 30 de diciembre de 2010 ante la misma autoridad en similares términos (fl. 171 cdno. 6).

h) Se aportó copia de la de 9 de noviembre de 2010 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala de Familia por medio del cual se resolvió una acción de tutela promovida por Leidy Milena Martínez, Tatiana Blanco y Janny Isabel Jiménez Sánchez contra Consulting Net y FONTIC por el no pago de la remuneración que les correspondía por sus servicios prestados dentro de la ejecución del contrato número 539 de 2008; en la referida decisión se revocó la sentencia proferida por el Juzgado 16 de Familia de Bogotá que ordenó a las demandadas, incluido el FONTIC, pagar las acreencias y laborales y, en su lugar, se declaró improcedente la acción por cuanto las accionantes contaban con otros mecanismos de defensa judicial.

i) El 30 de diciembre de 2010, el FONTIC le informó a Seguros Colpatria SA que la unión temporal contratista no aportó los certificados de pago de aportes parafiscales

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2010 pese a los requerimientos efectuados con esa finalidad (fl. 149 cdno. 6), afirmación que el contratista nunca desvirtuó.

j) Las demandadas solicitaron como prueba oficiar a la UGPP para que certificara el pago de parafiscales por parte de cada una de ellas, pero, desistieron de la práctica de esta prueba durante el curso del proceso (cd fl. 382 cdno. 1, 43.01); adicionalmente, ante la dificultad de recaudar esta prueba, el magistrado sustanciador del proceso les solicitó a las demandadas coordinar esfuerzos para hacer llegar al proceso los documentos correspondientes, los cuales debían estar en su poder, pero, no lo hicieron.

5) Aunque no se conoce en este proceso el resultado de las investigaciones administrativas en contra de la unión temporal que debían adelantar las autoridades antes las cuales se informó tal circunstancia, lo cierto es que las evidencias allegadas demuestran que el contratista no cumplió con la obligación del numeral 6.11 del contrato y este no demostró lo contrario en el curso de la presente actuación, por lo cual se confirmará la sentencia de primera instancia que declaró incumplida dicha obligación.

6) Contrario a lo que estimó el tribunal de primera instancia, aunque el pago de salarios y prestaciones corresponde a un deber legal, ello no desdice de su carácter contractual en tanto se pactó que el contratista debía sufragar aquellos items, lo cual tiene por objeto mantener a salvo a la contratante de posibles reclamaciones por dichos conceptos, de modo que con independencia de su consagración legal, corresponde a una obligación expresamente pactada en la cláusula 6.11 del contrato cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad contractual del obligado a ejecutarla y, adicionalmente, tiene la potencialidad de causar perjuicios a la entidad contratante; por lo expuesto, aunque los referidos pagos no estaban llamados a realizarse en favor del FONTIC, sí derivan de la ejecución del contrato.

7) De conformidad con lo expuesto, se presentaron evidencias que demuestran el incumplimiento de las obligaciones del contratista de pago de salarios y aportes parafiscales del personal y estas no fueron desvirtuadas por las demandadas, lo cual impone mantener lo resuelto por la primera instancia en relación con la

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

declaratoria de incumplimiento de esa precisa obligación a cargo de la unión temporal contratista.

3. Cláusula penal pecuniaria e indemnización de perjuicios

1) La asiste razón a las demandadas apelantes respecto de la ausencia absoluta de

prueba de los perjuicios que padeció el FONTIC producto de los incumplimientos descritos; en efecto, (i) respecto del pago de salarios y aportes, la entidad no refirió en su demanda algún reclamo concreto respecto de las consecuencias del no pago oportuno de los referidos aportes, esto es, que por virtud de la mora que en algún momento de la ejecución ocurrió sobre ese punto la entidad contratante sufrió algún perjuicio y, (ii) tampoco existe prueba del valor que debió asumir la entidad para solucionar los defectos del AEC, lograr su efectiva funcionalidad o ajustarlo a los requerimientos técnicos contratados o cualquier otro daño derivado de la incompleta ejecución del ítem.

2) Sin embargo, la falta de demostración de los perjuicios causados por el incumplimiento no conduce en este caso al fracaso de las pretensiones toda vez que las partes los estimaron de manera anticipada en los siguientes términos en la respectiva minuta contractual:

“CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento definitivo de las obligaciones a cargo del contratista o de declaratoria de caducidad del contrato, la entidad contratante podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, suma que se estipula como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se le causen, sin perjuicio del derecho a obtener del contratista y/o de su garante el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene el FONDO de imponer las multas a que haya lugar o ejercer las demás facultades previstas en la ley y en el presente contrato ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONSULTOR.” (fl. 29 cdno. 1 – mayúsculas fijas originales, resaltado de la Sala).

3) De acuerdo con lo expuesto, con independencia de la prueba sobre el monto de los perjuicios, el incumplimiento definitivo del contratista le otorga derecho a la contratante a cobrar la cláusula penal pecuniaria en la cual se tasaron anticipadamente.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

4) La Sala no comparte la conclusión del tribunal respecto del entendimiento de la expresión “*incumplimiento definitivo*”, según la cual esto solo ocurre cuando no se logra “*cumplir con la finalidad del objeto contratado*”, por el contrario, los incumplimientos fueron definitivos, porque se trató de obligaciones que no se ejecutaron y quedaron inconclusas lo cual es aplicable tanto al pago de salarios y aportes como a la calidad de la solución informática denominada “*autenticador electrónico del ciudadano*”; la cláusula penal no quedó sujeta a incumplimiento total del objeto del contrato sino al incumplimiento definitivo de las obligaciones, por tanto aplicable a cualquiera de ellas y no necesariamente al conjunto de todas ellas.

5) El contrato 539 de 2009 tenía por objeto la ejecución de distintos programas informáticos mediante el modelo de fábrica de *software*, diferentes y perfectamente individualizables entre sí; además, el contrato imponía al contratista otras obligaciones tales como el pago de parafiscales y cumplimiento de las obligaciones de índole laboral.

6) En el contrato no se acordó que la estimación anticipada de los perjuicios contenida en la cláusula penal solamente fuera exigible por el incumplimiento de la obligación principal, sino, por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo del contratista, por lo cual, en este caso, procede su aplicación tanto por la inejecución plena del objeto del contrato, así como también, por el no pago de la obligación accesoria correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social, parafiscales y demás cargas de índole laboral; en este caso concreto la estipulación décima octava del contrato no individualiza ni diferencia frente a qué tipo de obligaciones es aplicable, de lo cual se colige que lo es a todas y/o a cada una de las adquiridas con la suscripción del contrato.

7) Axa Colpatria⁴ reclamó la reducción proporcional de la cláusula penal por considerar que el incumplimiento fue parcial e insistió en tal reclamo en el recurso de apelación; para determinar si es viable tal reducción es del caso tener en cuenta la forma en que fue pactada, determinar frente qué tipo de obligaciones procede y si estas son divisibles o indivisibles.

⁴ Aunque no fue parte del contrato estatal, tenía interés en la reducción de la pena en su calidad de garante del eventual pago.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

8) Aunque no se pactó posibilidad de reducir proporcionalmente el valor de la pena, ese derecho está regulado en el artículo 1596 del Código Civil respecto del cumplimiento parcial de la *obligación principal* del contrato. Dice la norma:

“ARTICULO 1596. Rebaja de la pena por incumplimiento parcial. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.” (se resalta).

9) En similares términos, el artículo 867 del Código de Comercio también estipula la posibilidad de reducir equitativamente la pena por el incumplimiento de la *obligación principal* del contrato:

“Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

*Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena**, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. **Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.**” (negritas adicionales).*

10) Sin embargo, en este caso concreto, los incumplimientos demostrados comprenden el de una obligación materialmente indivisible cuyo incumplimiento justificaría imponer de manera plena el valor de la cláusula penal porque el autenticador nunca funcionó. Aunque existían entregables propios de esta solución, la entidad contrató un software funcional, por lo que ejecuciones parciales de esta herramienta no podían satisfacer la necesidad que se pretendía suplir, esto es, la herramienta autenticaba o no al usuario; como ocurrió lo segundo, el incumplimiento fue definitivo y dio lugar a la imposición plena de la cláusula penal.

11) Lo anterior aunado al hecho consistente en que, si bien la obligación de pago de parafiscales y demás derechos laborales era perfectamente divisible porque debía ejecutarse en forma sucesiva durante cada mes de la ejecución, de manera separada y materialmente individualizable, no se aportaron pruebas que permitan determinar cuál fue el porcentaje preciso de cumplimiento, el valor de lo realmente

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

cumplido a este respecto; de cara a lo anterior, se debe acudir a la estimación de perjuicios que las partes acordaron porque en el expediente no existen parámetros distintos que permitan reducirla de cara a lo efectivamente ejecutado⁵.

12) Así las cosas, se impondrá en forma plena (en contra del contratista y en favor de la entidad contratante) la estimación anticipada de perjuicios derivados del incumplimiento que las partes pactaron expresamente, porque se verificó el supuesto para su imposición (incumplimiento definitivo de obligaciones), la obligación de entregar un programa autenticador del ciudadano era indivisible y no existe fundamento probatorio que permita acceder a la reducción pretendida respecto de aquella que si podía dividirse.

13) De conformidad con lo expuesto, se modificará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar próspera la pretensión sexta principal de la demanda, tendiente a que se condene a las demandas al pago de la cláusula penal pecuniaria en el equivalente al 10% del valor total del contrato, esto es, \$1.051.660.813,4.

14) La obligación de pagar esta suma de dinero se hará efectiva únicamente con la ejecutoria de la sentencia, por lo cual, la pretensión octava tendiente a obtener el pago de intereses sobre el valor de la cláusula penal no prospera.

4. Responsabilidad de Axa Colpatria SA

1) En la demanda se reclamó el incumplimiento de obligaciones contractuales y este se acreditó; adicionalmente, se reclamó la efectividad de la garantía sin referirse a algún amparo en específico (pretensión quinta) respecto de todos los incumplimientos alegados (en las pretensiones segunda, tercera y cuarta), esto es, el reclamo en contra de la aseguradora no se limitó a la responsabilidad post contractual; el tribunal de primera instancia ordenó hacer efectivo el *amparo de calidad y buen funcionamiento* de los bienes contratados.

⁵ Al respecto se precisa que el AEC que nunca funcionó tenía un valor de \$2.029.858.334, ampliamente superior al de la cláusula penal.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

2) El recurso de apelación interpuesto por FONTIC se dirige a que, adicionalmente a lo reconocido, se haga efectivo el *amparo de cumplimiento*; por su parte, el recurso de la aseguradora está encaminado a que se le exonere totalmente de responsabilidad por prescripción de los derechos derivados del contrato de seguro y falta de prueba de la cuantía del siniestro.

3) Por lo expuesto, resulta necesario analizar separadamente ambos amparos para establecer el alcance de la responsabilidad contractual de la aseguradora respecto de cada uno, a lo cual se procede:

4.1 Amparo de cumplimiento

1) Con el amparo de cumplimiento se garantizó las obligaciones contractuales y el pago de la cláusula penal pecuniaria; según las condiciones generales del contrato, este amparo "CUBRE LOS PERJUICIOS CAUSADOS DIRECTAMENTE POR EL

INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO, INCLUYENDO LAS MULTAS Y LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA” (fl. 187 cdno. 6 – mayúsculas fijas originales).

2) En similares términos, el artículo 5.1.4.2.3 del Decreto 734 de 2012 dispone lo siguiente:

“5.1.4.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales: La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:

(...).

*5.1.4.2.3. Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. **El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante 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.**”* (se resalta).

3) Aunque en el presente caso se acreditó efectivamente el incumplimiento de obligaciones contractuales y se decretó a cargo del contratista el valor de la cláusula

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

penal pecuniaria, Axa Colpatria SA no será condenada a responder por el valor de ese ampro debido a que operó la prescripción respecto de los derechos derivados de este.

4) El artículo 1081 del Código de Comercio prevé dos tipos de prescripción respecto de los derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro, de la siguiente manera:

“Artículo 1081. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.” (se resalta).

5) En el seguro de cumplimiento pactado como garantía de las obligaciones

derivadas de un contrato estatal, la prescripción ordinaria es aplicable a *todo interesado que tenga o haya debido tener conocimiento de siniestro*, tal como ocurre con las partes del contrato de seguro y también con el beneficiario cuando este es una entidad estatal que, de acuerdo con la ley, tiene a su cargo la vigilancia y control de la ejecución del contrato⁶, posición en virtud de la cual le es exigible enterarse acerca de los hechos que pueden servir de sustento para la efectividad de los amparos otorgados en su favor.

6) En este caso particular, la prescripción que opera en relación con el beneficiario es la *ordinaria*, toda vez que tenía la carga de verificar el cumplimiento cabal y oportuno de las obligaciones de su contratista.

7) La Sala no comparte la afirmación del tribunal según la cual la prescripción debe contabilizarse en este caso desde la realización de la audiencia de descargos

⁶ Ley 80 de 1993. "ARTÍCULO 14.- *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato."

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

porque, en su criterio, ese fue el momento en el cual se tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro correspondiente al incumplimiento derivado del no pago de las obligaciones parafiscales por parte del contratista; por el contrario, es evidente que desde la citación a descargos la entidad conocía de los hechos en los cuales se fundamentó, pese a lo cual este tampoco ha de ser el referente para la contabilización del término extintivo.

8) Con independencia del momento en el cual se adelantó el procedimiento administrativo sancionatorio, lo cierto es que los aportes parafiscales y al sistema de seguridad social, así como las obligaciones de índole laboral, debían realizarse y cumplirse en forma sucesiva, por lo cual, a más tardar a partir del vencimiento del plazo contractual (29 de octubre de 2010), la contratante tuvo conocimiento cierto e inequívoco del incumplimiento definitivo de esta obligación y, por ende, inició a contabilizarse la prescripción.

9) Similar situación ocurrió con la no entrega oportuna del autenticador electrónico del ciudadano, solución informática que no se entregó dentro del plazo contractual y, por el contrario, fue recibida por la entidad por fuera de este (7 de diciembre de 2010), lo cual no desdice del hecho consistente en que FONTIC tuvo conocimiento

pleno de la configuración del siniestro de incumplimiento a partir de la expiración del plazo contractual, en efecto, extinguido este el 29 de octubre de 2010 sin la entrega del AEC, se configuró el siniestro de incumplimiento y FONTIC tuvo certeza de ello, por lo cual a partir del día siguiente inició a contabilizarse la prescripción de los derechos derivados del contrato de seguro, en lo relativo al *amparo de cumplimiento*⁷.

10) De acuerdo con lo expuesto, se declarará probada la excepción de prescripción de los derechos derivados del amparo de cumplimiento y, por ende, no prospera el recurso de FONTIC a este respecto.

4.2 Amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos

1) La sentencia de primera instancia hizo efectivo el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos, aspecto que controvirtió la compañía

⁷ Amparo que estuvo vigente hasta el 29 de enero de 2011 (fl. 31 cdno. 6).

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

aseguradora en su apelación con fundamento en la prescripción y la falta de prueba de la cuantía del siniestro.

2) En el modificatorio número 3 del contrato las partes acordaron que el período de 45 días de estabilización del AEC haría parte de la garantía del *software* y que la duración total de esta era de 1 año y 45 días posteriores a la entrega, de modo que la prescripción respecto del *amparo de calidad* de los bienes solo empezó contabilizarse una vez vencido dicho lapso sin que se hubiere dado solución a las fallas reportadas por FONTIC desde la entrega (7 de diciembre de 2010); así las cosas, 1 año y 45 días después, el 22 de febrero de 2012 inició a contabilizarse la prescripción ordinaria respecto del amparo de calidad, toda vez que en este caso particular, solamente una vez expirada la garantía sin recibir las soluciones a cargo del contratista, la entidad tuvo conocimiento del siniestro por lo cual la demanda presentada el 26 de abril de 2013 (fl. 43 cdno. 1) interrumpió la configuración del fenómeno extintivo. No se trata en este caso de exigir un conocimiento cualificado respecto de la ocurrencia del siniestro sino de entender que era perfectamente viable que el contratista corrigiera las incidencias del software dentro del período de garantía, de modo que, solo cuando este expiró sin que ello tuviera lugar, FONTIC tuvo certeza acerca de la ocurrencia del siniestro.

3) Sin embargo, el recurso de apelación formulado por AXA Colpatria SA prospera porque no existe ningún sustento probatorio que permita hacer efectivo el *amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos* por la suma de \$3.154.982.440; el hecho consistente en que la compañía aseguradora garantizó la calidad y funcionamiento de los bienes hasta por la suma de \$3.154.982.440 no resulta suficiente para que quede obligada a pagarlo en cualquier caso; para ello era preciso demostrar que ocurrió el siniestro y su cuantía en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio y esto último no quedó demostrado.

4) Como se precisó, la tasación anticipada de los perjuicios contenida en la cláusula penal pecuniaria está cubierta por el *amparo de cumplimiento*, respecto del cual operó la prescripción; así las cosas, si FONTIC pretendía hacer efectivo el *amparo de calidad* le correspondía acreditar, no solo la ocurrencia del siniestro sino también su cuantía y no lo hizo.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

5) Aunque está probado que el AEC tenía un valor total de \$2.029.858.334, probatoriamente se estableció que el contratista presentó diferentes entregables correspondientes a dicha solución, esto es, ejecutó parcialmente el ítem pero, se desconoce el valor de lo efectivamente ejecutado y entregado en relación con el *software* autenticador, máxime cuando se acreditó que nunca logró la funcionalidad requerida por FONTIC.

6) En ese escenario no resulta viable hacer efectivo el *amparo de calidad de los bienes* contratados y, menos aún, por el valor total asegurado, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia a este respecto y, en su lugar, se denegarán las pretensiones formuladas en contra de Axa Colpatria SA.

5. Liquidación judicial del contrato

1) La apelación del FONTIC respecto de la decisión del tribunal que negó la complementación la sentencia de primera instancia es fundada y por tanto deber accederse a ella porque la pretensión de liquidación judicial se formuló (pretensión novena principal) y, por ende, debía ser resuelta, con independencia de la existencia de otro proceso judicial en el cual también se reclamó del juez dicha actuación, máxime porque en aquel no concurrieron la totalidad de las partes del conflicto de modo que la sentencia pueda serles oponible; según se anotó, el referido proceso está suspendido en espera de la presente decisión, por lo cual su existencia no es óbice para resolver la referida pretensión de liquidación judicial del contrato.

2) En los términos del artículo 141 del CPACA, las partes pueden pedir el juez, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, la liquidación judicial del contrato y esta debe realizarse siempre que existan bases probatorias para tal efecto.

3) En este caso, se tiene certeza de que el valor total del contrato ascendió a \$10.516.608.134 de los cuales se ejecutó un 93,23% según el informe de liquidación del contrato presentado por el FONTIC (fl. 512 cdno. 5) que, las partes no controvertieron durante la presente actuación; así las cosas, el valor ejecutado fue de \$9.804.703.733 de lo cual se tiene el siguiente balance:

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

Valor contrato con adición	\$10.516.608.134
Ejecutado	\$ 9.804.703.733
No ejecutado	\$ 711.904.401

4) En consecuencia, el valor a pagar al contratista corresponde a lo ejecutado, es decir, \$9.804.703.733, sobre la ejecución de estos recursos la interventoría informó lo siguiente (tabla no. 12 del informe final de interventoría):

Vigencia	Recursos asignados	Amortización ejecutada	Recursos no ejecutados
Anticipo	\$3.844.749.243	\$3.844.479.243	
2009	\$4.524.920.275	\$4.524.920.275	
2010	\$2.146.938.616	\$1.435.034.215	\$711.904.401

4) De lo expuesto que colige, (i) que el anticipo se amortizó en su totalidad⁸, (ii) que la ejecución “amortizada”, incluidos los recursos del anticipo (sumatoria de la comuna amortización ejecutada) equivale a lo ejecutado, esto es, a \$9.804.703.733 y, (iii) que no hay lugar a pagar los \$711.904.401 porque esto fue lo que el contratista no ejecutó, aspectos y montos que no fueron desvirtuados en el presente proceso-

5) Seguidamente, es del caso verificar lo efectivamente pagado al contratista para establecer si quedan diferencias y en favor de quién, a lo cual se procede con sustento en el informe final de la interventoría:

Factura	Vr. Facturado
1	\$135.877.500
16	\$121.430.754
17	\$148.989.375
19	\$393.393.024
20	\$125.812.500

29	\$197.209.969
30	\$639.964.749

⁸ El informe de interventoría refiere en forma expresa: "El contratista amortizó a la fecha de cierre del presente informe, la totalidad de los recursos que le fueron consignados (\$3.844.749.243)" (fl. 515 cdno. 5).

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
 Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

39	\$901.658.413
41	\$619.441.958
45	\$1.395.135.892
56	\$226.357.884
57	\$190.787.307
63	\$618.980.629
64	\$281.244.074
70	\$257.341.150
73	\$3.249.781.465
74	\$55.355.344
Total facturado	\$9.804.703.733

6) La interventoría afirma y la contratista no cuestiona que se pagaron en su totalidad las facturas, con excepción de las identificadas con los números 73 y 74, esto es, no hay discusión sobre el pago de \$9.051.756.219; con los \$752.947.514 restantes ocurrió lo siguiente:

a) Respecto de la factura número 73, el informe final de interventoría señala que \$2.356.127.267 correspondían a amortización del anticipo, \$194.062.028 serían descontados por ANS (acuerdo de niveles de servicio), para un saldo a pagar al contratista de \$697.592.170.

b) Por su parte, el valor de la factura número 74 es de \$55.355.344 que no amortizaron anticipo ni tenían descuentos por los acuerdos de niveles de servicio.

Por consiguiente, las sumas a erogar en favor del contratista por estos conceptos eran las siguientes:

Valor factura	Sumas descontadas (por ANS y amortización de anticipo)	Valor a pagar al contratista
\$3.249.781.465	(anticipo) \$2.358.127.267 (ANS) \$ 194.062.028	\$697.592.170
\$55.355.344	0	\$55.355.344
Total		\$752.947.514

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
 Demandante: FONTIC

La interventoría afirma que no autorizó el pago de estas sumas por las inconsistencias en la acreditación del pago de aportes parafiscales por parte del contratista y la ausencia de certificaciones sobre el cumplimiento de estas obligaciones emitidas por el revisor fiscal de las sociedades integrantes de la unión temporal; en efecto, verificada la cláusula cuarta del contrato *“forma de pago”* se tiene que el pago de las facturas a cargo de la entidad contratante era una obligación condicional, sometida a la *“presentación de la certificación expedida por el revisor fiscal, de encontrarse al día en el pago de las contribuciones al sistema de seguridad social (salud, pensiones, ARP) así como en el pago de los aportes parafiscales (SENA, ICBF, Cajas de Compensación Familiar y Subsidio Familiar a que haya lugar de los empleados a su cargo”* (fl. 27 cdno. 6), obligación cuyo cumplimiento no se acreditó, por lo cual no hay lugar a ordenar el pago de estos valores⁹.

7) Por otra parte, la interventoría *“no aprobó la totalidad de los costos por nómina de apoyo administrativo presentados en los informes financieros de agosto, septiembre y octubre de 2010”* (fl. 514 cdno. 5) por lo cual, de \$458.000.000 presentados solo se aprobaron \$179.534.030, quedaron sin aprobar **\$278.465.970**, sumas que el contratista retiró y, por ende, debe reintegrar con los rendimientos correspondientes, aspecto que no fue objeto de discusión en el presente proceso, por lo tanto, el resultado por este concepto es el siguiente: **Suma en favor de FONTIC por costos no soportados: \$278.465.970**

8) En el informe de gestión del anticipo, rendido por la interventoría, se hizo constar que la cuenta generó rendimientos por la suma de \$84.158.106,67, valores que consideró deben ser reintegrados al FONTIC a la cuenta que este indicara; la Sala no incluye estas sumas en la liquidación porque la entidad no reclamó no haber recibido su devolución y se trata de dineros que no están incluidos en el valor de lo ejecutado ni en el valor facturado, por lo cual se limitará la Sala a disponer que sean devueltos en caso de que ello no hubiera ocurrido, esto es, si quedaron total o parcialmente sin ser reintegrados a la entidad, esto último sin perjuicio de la liquidación que se adoptará.

⁹ Solo se aportó la correspondiente certificación por parte de ASD SA (fl. 1 y ss cdno. 2) más no así por parte de los demás integrantes de la unión temporal demandada.

9) De acuerdo con lo expuesto, la liquidación del contrato es la siguiente (para el efecto se toman los valores históricos y solo se traerá a valor presente el saldo final):

Saldo en favor del FONTIC por costos no soportados	\$278.465.970
Valor de la cláusula penal pecuniaria a cargo de la unión temporal	\$1.051.660.813,4
Total en favor del FONTIC	\$1.330.126.783,4

10) Como conclusión del balance anterior, se liquida judicialmente el contrato en la suma de \$1.330.126.783,4 en favor de FONTIC y a cargo de las demandadas integrantes de la Unión Temporal Interfactory, sin perjuicio de las sumas que el contratista debe reintegrar a este por concepto de rendimientos financieros generados por el anticipo, si aún no lo hubiere hecho.

11) Las referidas sumas se actualizan de conformidad con el IPC, entre la fecha en que terminó la ejecución contractual (octubre de 2010) y la fecha de emisión de la presente sentencia, con el fin de compensar la pérdida de poder adquisitivo, en el entendimiento de que se trata de la misma suma de dinero actualizada y no de un valor nuevo o adicional. Sobre este particular, la Sala precisa que el valor de la cláusula penal fue acordado con una estimación anticipada de los perjuicios, esto es, con carácter indemnizatorio y, por tal razón, en aplicación del principio de reparación integral del daño se impone ajustar su valor para que el beneficiario reciba una suma equivalente a la que se estimó en el contrato y no un valor depreciado y, por ende, inferior. Igual ocurre con los saldos en favor del FONTIC, que deben ser reintegrados con su correspondiente ajuste de valor, por lo cual se indexa la totalidad de la suma de dinero producto de la liquidación, en los siguientes términos:

$$VA = VH * \frac{\text{índice final (diciembre de 2022)}}{\text{índice inicial (octubre de 2010)}}$$

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

VH	=	\$1.330.126.783,4	* <u>126,03 (diciembre de 2022)</u>
			72,84 (octubre de 2010)
VA	=	\$2.301.426.119	

6. Costas

En los términos del numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso no se impondrá condena en costas en la instancia porque el recurso de FONTIC también prosperó¹⁰.

Respecto de las costas de la primera instancia, se mantiene la decisión de condenar en costas a la parte vencida, que para este caso y con las modificaciones introducidas en esta instancia corresponde únicamente a los integrantes de la unión temporal, en el 1% del valor de la condena a su cargo, los cuales asumirán por partes iguales.

$$\$2.301.426.119 \quad * \quad 1\% \quad = \quad \$23.014.261$$

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN -B-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º) Revócanse los ordinales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de 24 de septiembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A y **modifícanse** los demás, en consecuencia, la parte resolutive queda así:

“PRIMERO. Declárase que las sociedades demandadas Grupo Asesoría en Sistematización de Datos SA (Grupo ASD SA), Consulting Net SA,

¹⁰ Código General del Proceso, artículo 365 numeral 5.

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)
Demandante: FONTIC
Controversias contractuales

Ubiquando Ltda, Network Solutions Company (Netco Ltda) e Intelligent Buildings Corporations (Zortek Systems), integrantes de la Unión Temporal Interfactory, incumplieron el contrato número 539 de 2008 suscrito con el Fondo de Comunicaciones (hoy Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Condénase a las sociedades demandadas Grupo Asesoría en Sistematización de Datos SA (Grupo ASD SA), Consulting Net SA, Ubiquando Ltda, Network Solutions Company (Netco Ltda) e Intelligent Buildings Corporations (Zortek Systems), integrantes de la Unión Temporal Interfactory a pagar en favor del hoy Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o de la entidad que haga sus veces, el 100% de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato 539 de 2008, debidamente actualizada conforme al IPC.

TERCERO. Declárase probada la excepción de prescripción del contrato de seguro respecto del amparo de cumplimiento garantizados con la póliza número 8001024253 expedida por Seguros Colpatria SA (hoy Axa Colpatria SA) y **niéganse** la totalidad de las pretensiones promovidas en contra de la referida aseguradora.

CUARTO. Líquidase judicialmente el contrato número 539 de 2008 suscrito entre la Unión Temporal Interfactory y el FONTIC, con saldo en favor de esta última por la suma de DOS MIL TRESCIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISEISMIL CIENTO DIECINUEVE PESOS (\$2.301.426.119), **cruce de cuentas en el cual está incluido el valor de la cláusula penal pecuniaria y de la indexación hasta la fecha del presente fallo**, sin perjuicio de la obligación del contratista de reintegrar los rendimientos financieros generados por el anticipo, que no hayan sido devueltos a la entidad estatal.

QUINTO. Condénase en costas de la primera instancia a las demandadas Grupo Asesoría en Sistematización de Datos SA (Grupo ASD SA), Consulting Net SA, Ubiquando Ltda, Network Solutions Company (Netco Ltda) e Intelligent Buildings Corporation (Zortek Systems), integrantes de la

Exp. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276)

Demandante: FONTIC

Controversias contractuales

Unión Temporal Interfactory quienes responderán en partes iguales por el valor de estas.

SEXTO. Fíjense agencias en derecho en el 1% del valor de la condena, equivalentes a la suma de \$23.014.261 a cargo de los integrantes de la unión temporal demandada por los cuales responderán por partes iguales en favor del FONTIC o quien haga sus veces.

SÉPTIMO. Esta sentencia **causará** intereses moratorios en los términos del artículo 192 del CPACA.

OCTAVO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

2º) Sin costas en segunda instancia.

3º) Una vez en firme, por Secretaría **remítase** copia de esta sentencia con destino al proceso que se tramita en la Sección Tercera – Subsección (A) de esta Corporación con el número de radicación 25000233600020130137502, MP Marta Nubia Velásquez Rico.

4º) En firme esta providencia **archívese** el expediente previas las correspondientes constancias del caso a cargo de la Secretaría.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA Magistrado Presidente de Subsección (<i>firmado</i> <i>electrónicamente</i>)	
(salva el voto)	
FREDY IBARRA MARTÍNEZ Magistrado Ponente (<i>firmado electrónicamente</i>)	MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Magistrado (<i>firmado electrónicamente</i>)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.