Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 25-000-23-36-000-2014-00224-01 (63415)
Demandante: Sistemas Integrales de informática S.A. - SISA.
Demandada: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Agencia Logística de las Fuerzas Militares
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / REQUISITOS. / FACULTAD DE LA ENTIDAD PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO E IMPONER LA CLÁUSULA PENAL*.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La controversia versa en torno a la ausencia de incumplimiento en un contrato estatal de consultoría, en el que las partes discuten si se configuró la excepción de contrato no cumplido.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión adoptada el 27 de septiembre de 2018, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de las demandas presentadas por Representaciones Sistemas Integrales de informática S.A. - SISA (en adelante la demandante), en contra del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Agencia Logística de las Fuerzas Militares (en adelante la Agencia, la entidad pública contratante o la demandada), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos se enuncian a continuación:

Pretensiones

2. La demandante formuló las siguientes pretensiones:

(i) Radicado 20140022401

"PRIMERA: Que se declare nula la Resolución No. 938 de 2011 del 29 de noviembre de 2011 (…) mediante la cual se declaró el incumplimiento total y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato No 165/2008 (…)

SEGUNDA: Que se declare nula la resolución No 941 de 2012 del 29 de noviembre de 2011 (sic), (…) mediante la cual, una vez aclarada la Resolución No. 938 de 2011, se confirmó en todas sus partes.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior se declare que la UNIÓN TEMPORAL RED BYTE TECH – SISA no incumplió totalmente el contrato No. 165/2008 y por lo tanto no adeuda suma alguna por concepto de la cláusula penal pecuniaria (…).

CUARTA: Que en el evento en que AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES [reciba] *suma alguna por concepto de la cláusula penal pecuniaria (…) se declare que debe devolverla con los respectivos intereses a partir de la fecha de su recepción y hasta la fecha en que efectivamente se reciba la devolución.*

QUINTA: Que se declare que la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES incumplió el contrato (…) y como consecuencia se le condene a indemnizar los perjuicios causados a SISTEMA INTEGRALES DE INFORMÁTICA S.A., los cuales ascienden a la suma de (…) ($658.675.783.oo) M/CTE".

(ii) Radicado 2014135700

"PRIMERA: Que se declare nula la Resolución No. 121 del 28 de febrero de 2012, por la cual se liquida unilateralmente el contrato No. 165 de 2008.

SEGUNDA: Que se declare nula la Resolución No 534 del 13 de agosto de 2013, la cual repuso parcialmente la Resolución No. 121 del 28 de febrero de 2012 y resolvió liquidar unilateralmente el contrato (…) por la suma de $23.196.269.861 y como consecuencia ordenó pagar a la UNIÓN TEMPORAL RED BYTE TECH – SISA la suma de $16.870.743.221.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior se condene a la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES al pago de los perjuicios causados a SISTEMAS INTEGRALES INFORMÁTICA S.A. por la expedición y eventual ejecución de dichas resoluciones.

CUARTA: Que se liquide judicialmente el contrato No. 165 de 2008 y se incluya

dentro de esa liquidación que:

La UNIÓN TEMPORAL RED TECH – SISA no adeuda suma alguna a la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

La AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES incumplió el contrato (…) y como consecuencia se le condene a indemnizar los perjuicios causados a SISTEMAS INTEGRALES DE INFORMÁTICA S.A., los cuales ascienden a la suma de (…) ($658.675.783.oo) M/CTE.

QUINTA: Que se condene en costas y agencias en derecho a la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES".

Hechos

3. De conformidad con los dos escritos de demanda, el 6 de noviembre de 2008, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Agencia Logística de las Fuerzas Militares y (la Agencia) y la unión temporal Red Byte Tech – SISA, integrada por Red Byte Tech S.A. y Sistemas Integrales de Informática – SISA, celebraron el contrato 165 de 2008, por el cual el contratista se comprometía a entregar un sistema de información en funcionamiento para el "*subsistema de salud de las fuerzas militares – SISAM*", que cubriera los procesos misionales, gerenciales y de apoyo bajo una sola plataforma, a cambio del pago por parte de aquella de $14.582'265.000, pagaderos a través de dos anticipos, y luego, en pagos parciales conforme a unos "*entregables del sistema"*. El plazo y el valor fueron adicionados.

4. El 29 de noviembre de 2011, mediante Resolución 938 de 2011, la Agencia declaró que la Unión Temporal incumplió el contrato, además, hizo efectiva la cláusula penal y declaró ocurrido el siniestro de incumplimiento amparado en la póliza 1017418 de 2008. Contra esta decisión contra la Unión Temporal presentó recurso de reposición aduciendo inexistencia de incumplimiento, pues el contrato no se ejecutó en su totalidad pero sí tuvo un avance del 70% en la solución ERP y 29% en la solución ISH, además que no se pudo completar debido a la imposibilidad que causó la entidad con sus acciones. No obstante, el recurso fue resuelto negativamente por la entidad.

5.El 28 de febrero de 2012, mediante Resolución 121 de 2012, la Agencia liquidó unilateralmente el contrato. La Unión Temporal interpuso recurso de reposición contra este acto administrativo, pero también fue resuelto negativamente el 28 de febrero de 2012, mediante Resolución 534.

6. Según SISA, las Resoluciones 938 y 941 de 2011 adolecen de falta y falsa motivación, desviación de poder y violación al debido proceso, comoquiera que:

(i) La Agencia desconoció que el contrato era de medio y no de resultado, y por lo tanto, las 12 entregas escalonadas que implicaron un avance del 70% "*en la solución ERP*", del 29% "*en la solución ISH-ISH Med*" y el correlativo desembolso de $12.4000'000.000, evidenciaban que el contrato sí se había ejecutado, y si bien no se logró su total realización ante la suspensión de labores de SISA, ello tuvo origen en la culpa de la entidad, quien incurrió en incumplimiento de sus obligaciones, presupuesto de cumplimiento de aquellas de la Unión Temporal.

(ii) La Agencia se valió de inexistentes incumplimientos para cobrar la cláusula penal y hacer efectiva la póliza otorgada en garantía, obteniendo para sí de forma aventajada el 159% del valor del contrato.

(iii) La citación a la audiencia en la que se expidieron las Resoluciones 938 y 941 de 2011 no fue remitida con suficiente antelación; además se rigió por normas inaplicables (*lo que constituye un cargo de nulidad por falta al principio de legalidad*) y sólo se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas por la Agencia, mientras que se desconocieron las aportadas por SISA.

7. De igual modo indicó que las Resoluciones 121 y 534 de 2012, también estaban viciadas de nulidad por los mismos cargos de falsa motivación, desviación de poder y violación al derecho de defensa, toda vez que: *(i)* se fundaron en el supuesto incumplimiento total del contrato, *(ii)* no gozaron de suficiencia en su motivación y *(iii)* se basaron en un dictamen pericial que no contó con un soporte contable, no tuvo en cuenta los soportes documentales que allegó SISA y agregó perjuicios indirectos que no estaban relacionados con el negocio jurídico; además, explicó que no se descontó el valor cobrado anticipadamente por cláusula penal, sino que se agregó al total de los perjuicios, pese a que todos estos puntos fueron objeto de disenso en la audiencia de liquidación del contrato, y por otra parte, se le exigió la devolución del anticipo y los pagos de las entregas parciales, aunque se entregaron productos en funcionamiento.

Contestación de la demanda

8. La entidad demandada solicitó que se negaran las pretensiones de ambas demandas, teniendo en cuenta que: *(i)* las Resoluciones 938 y 941 de 2011 se fundaron en pruebas, ya que los informes del supervisor y de la interventoría, entre otros, evidenciaban que la Unión Temporal había abandonado el contrato; *(ii)* las Resoluciones 121 y 543 de 2012, por las cuales se liquidó el contrato, tampoco adolecían de falsa motivación, comoquiera que se fundaron en un dictamen pericial que determinó los perjuicios que causó el abandono del contrato por parte de la Unión Temporal.

Pronunciamiento de la Compañía de Seguros La Previsora S.A.

9. La aseguradora coadyuvó las pretensiones de nulidad de SISA afirmó que la demandada se enriqueció sin justa causa al declarar el incumplimiento total del negocio jurídico y al hacer efectiva la póliza de cumplimiento obteniendo el 159% del valor contratado, desconociendo la ejecución del 70% en la "*solución ERP*" y del 29% en la "*vertical salud*", al tiempo que los productos entregados por la Unión Temporal (*Solution Review y Proyect Review*) aún son usados por la demandada.

Alegatos en primera instancia

10. Agotado el período probatorio[1], SISA insistió en la falsa motivación de las Resoluciones demandadas. La aseguradora reiteró lo expuesto en su pronunciamiento. La entidad demandada persistió en que la obligación a cargo de la demandante era de resultado y debido a que no entregó el sistema de información, incumplió totalmente el contrato, pese a que la demandada cumplió sus obligaciones de hacer los desembolsos al inicio de cada vigencia fiscal. El Ministerio Público no se pronunció.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

11. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones, en los siguientes términos:

> *PRIMERA: NEGAR las pretensiones de la demanda invocadas en el proceso radicado No. 2014-00224-00, (…)*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR dentro del proceso radicado No. 2014-01357-00 (…) la nulidad parcial de la Resolución No 121 de 28 de febrero de 2012, modificada por la Resolución No 534 de 13 de agosto de la misma calendada, expedidas por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares (…)*
>
> *LIQUIDAR, en sede judicial, el contrato (…) así:*
>
> I. *ORDENAR a la UNIÓN TEMPORAL RED BYTE TECH – SISA y a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS PAGAR, en solidaridad, a la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES la suma de $3.151.747.117,*

[1] El Tribunal tuvo como pruebas las allegadas por las partes, del orden de resoluciones precontractuales, el contrato 165 de 2008, sus anexos técnicos, su adicional contractual, las Resoluciones demandadas, el dictamen usado para la determinación de perjuicios, las múltiples comunicaciones cruzadas entre los distintos establecimientos públicos que intervinieron en el proyecto SISAM, los oficios de la Unión Temporal, los informes de seguimiento, de interventoría, de gestión, el *project charter* o plan de gestión del proyecto, los reportes de avance contractual periódicos; asimismo, ordenó y practicó un dictamen pericial de determinación de avances y retrasos de las partes en la ejecución del contrato 165 de 2008, cuyo perito fue designado de común acuerdo entre las partes.

indexada a la fecha de la presente sentencia correspondiente a la suma de $4.124.816.420, por concepto de cláusula penal pecuniaria por incumplimiento, declarada efectiva por la Resolución No 938 de 29 de noviembre de 2011, aclarada mediante Resolución No 121 de 28 de febrero de 2012 (…)

II. *DECLARAR la ocurrencia del siniestro por la cobertura del pago anticipado del contrato 165 de 2008, amparado en la póliza No 1017418 expedida por la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, por valor de $2.795.865.863 (…)*

III. *ORDENAR a la UNIÓN TEMPORAL RED BYTE TECH – SISA y a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS PAGAR solidariamente, a LA AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, la suma de $2.795.865.863, indexado a la fecha de la presente sentencia y correspondiente a la suma de tres mil seiscientos setenta y un millones doscientos diecinueve mil ciento tres pesos ($3.671.219.103) por concepto de valor no ejecutado del pago anticipado entregado al contratista por las vigencias 2008 y 2009 y devolución de la totalidad del pago anticipado de la vigencia 2010 (…)*

IV. *ORDENAR a la UNIÓN TEMPORAL RED BYTE TECH – SISA PAGAR a LA AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, el valor de $2.515.532.374, indexado a la fecha de la presente sentencia y correspondiente a la suma de $3.671.219.103, por concepto de diferencia entre la remuneración recibida por el contratista correspondiente al pago mediante actas parciales, y lo realmente ejecutado en el contrato (…)*

V. *ORDENAR a LA UNIÓN TEMPORAL RED BYTE TECH – SISA, en caso de no haberlo hecho, DEVOLVER a la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES las licencias de la vertical de salud, actuación que deberá constar en un acta a suscribir con un delegado del Hospital Militar Central, un delegado de la Dirección de Sanidad Militar, un delegado del SILOG – Ministerio de Defensa Nacional y el Director de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares. En el acta deberá constar de manera pormenorizada el cumplimiento de la entrega de las licencias de la vertical de salud.*

VI. *En el evento de no ser posible la devolución de las referidas licencias, se ORDENA a la UNIÓN TEMPORAL RED BYTE TECH – SISA COMPENSAR EN DINERO el valor de las licencias de la vertical de salud, estimadas por la entidad demandada en la suma de $750.120.000, monto que deberá indexar la entidad demandada desde la ejecutoria de la Resolución No 534 de 13 de agosto de 2012, mediante la cual se repuso parcialmente la Resolución No 121 de 28 de febrero de la misma calenda, esto es, desde el mes de septiembre de 2012, fecha e notificación de la Resolución No 534, hasta la fecha de satisfacción de la obligación.*

VII. *Las sumas ordenadas pagar en los numerales i), iii), iv) y v) anteriores, deben realizarse por cada uno de los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL RED BYTE*

TECH – SISA, a favor de LA AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, en la proporción correspondiente a su participación porcentual acordada en el documento de conformación de la UNIÓN.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda deprecadas en el proceso radicado No 2014-01357-00.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandante. Fíjese por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada la suma de seis millones quinientos ochenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos ($6.586.757)".

12. Para arribar a estas conclusiones, el Tribunal *a quo* se sirvió de los siguientes argumentos:

(i) El contrato 165 de 2008 era uno estatal de consultoría que la Agencia Logística de las Fuerzas Militares celebró celebrado con la Unión Temporal Red Byte Tech S.A. – SISA, integrada por la demandante, con una participación del 1% y Red Byte Tech S.A., con un 99%. Esta última sociedad fue liquidada por orden de la Superintendencia de Sociedades (auto 400-009027 del 25 de junio de 2014) de manera que no pudo ser vinculada al proceso[2].

(ii) En relación con las Resoluciones 938 y 941 de 2011, que declararon el incumplimiento e hicieron efectiva la cláusula penal, estimó infundados los cuatro cargos de falta y falsa motivación, desviación de poder y violación al debido proceso, argüidos por SISA, teniendo en cuenta las siguientes razones:

(a) No existió falta de motivación, toda vez que la Resolución 938 de 2011 había sido sustentada suficientemente con base en el incumplimiento del contratista por el abandono injustificado del contrato desde el 13 de abril de 2011, la no ejecución de la totalidad de sus obligaciones al 31 de julio de 2011 (cuando vencía el plazo para ello) y la falta de pago de sus obligaciones laborales[3].

(b) Los actos tampoco adolecían de falsa motivación por supuesta inexistencia de incumplimiento total del contrato, comoquiera que desde el 13 de abril de 2011 la Unión Temporal contratista, sin haber solventado sus incumplimientos, suspendió labores de forma definitiva e injustificada y dejó de cumplir las obligaciones restantes que tenía a su cargo. Además, como lo evidenció el dictamen pericial elaborado por la ingeniera experta "*en arquitectura de soluciones SAP*", el *Project charter* del

[2] Auto del 24 de mayo de 2016, folio 361 C. Ppal del Tribunal exp. 014-00224.
[3] Se explicó que todos los tres cargos se respaldaron en los informes del comité de supervisión del contrato, la gerencia del proyecto, la Dirección de Sanidad Militar y Altavía Consulting como interventor del contrato, todos los cuales, fueron oportunamente advertidos a la demandante y explicados de forma específica en audiencia.

proyecto hacía consistir su ejecución en 5 fases[4], de las cuales sólo las primeras 3 se ejecutaron, con ocasión del incumplimiento de ambas partes.

(c) No hay prueba de la desviación de poder y el desconocimiento al debido proceso alegados por SISA, pues ninguna prueba indicaba que los actos se hubieran expedido con un fin distinto al de culminar el contrato por el incumplimiento y abandono del proyecto por parte de la Unión Temporal; además, la citación a la audiencia en la que se declaró el incumplimiento se remitió cuatro (4) días antes y, conforme con la grabación de audiencia, se corrió traslado de las pruebas que sustentaron la decisión, las cuales fueron controvertidas durante la diligencia, y aunque SISA expresó su inconformidad con el término de la convocatoria, no solicitó la suspensión de la audiencia o expresó el desconocimiento de alguna prueba[5].

(iii) También estimó infundados los cargos de ilegalidad de desviación de poder y violación al debido proceso, argüidos por SISA en relación con las Resoluciones 121 y 534 de 2012 que liquidaron el contrato estatal y resolvieron los recursos. Dijo que no fue allegada prueba alguna que permitiera concluir que las resoluciones hubieran sido expedidas con una finalidad diferente a la de liquidar el contrato estatal, y de otro lado, había evidencia de que la entidad citó oportunamente a las partes a la audiencia de liquidación, así como que se les otorgó espacio para pronunciarse sobre las pruebas y les brindó las razones por las cuales la entidad adoptaba las determinaciones controvertidas.

(iv) Sin perjuicio de lo anterior, precisó que los cálculos de la liquidación estaban errados, por lo que consideró pertinente declarar la nulidad parcial de la Resolución enjuiciada, teniendo en cuenta que el valor que debía reintegrar la Unión Temporal era $5.311’398.237, y no $12.474’539.560, como se había dispuesto en el acto administrativo, considerando que:

(a) La Agencia cobró $3.151’747.117,60 por la cláusula penal pecuniaria y $16.870’743.221 a título de perjuicios adicionales, lo cual resultaba procedente al haber sido pactado en el contrato, sin embargo, en la medida en que los perjuicios adicionales cobrados (*Recurso humano, servicio telefónico, servicio eléctrico, arriendo, agua, vigilancia, aseo y “contratos impactados”*) realmente correspondían a obligaciones a cargo de la Agencia, no podía exigir su pago, máxime cuando también

[4] Las de: (a) preparación del proyecto, que comprendía la planeación del proyecto según las necesidades de la entidad; (b) plano empresarial – Business Blueprint, que demandaba el levantamiento de la información, la definición técnica de los formatos, roles y estándares; (c) realización, que exigía la implementación de los requerimientos del proyecto; (d) preparación final, que comprendía las pruebas finales del sistema; y (e) salida en vivo o de operación productiva y soporte.
[5] Agregó que, en la diligencia en la que fueron expedidas ambas resoluciones, SISA sólo insistió en que se tuviera en cuenta el recibo a satisfacción del hardware a su cargo y las constancias de no conciliación, con las cuales Red Byte Tech S.A. había iniciado las actuaciones previas al trámite judicial, luego no se desconoció ninguna documental que sustentara la supuesta violación al derecho del debido proceso.

había incumplido los términos del negocio jurídico. En consecuencia, era procedente declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 121 y 534 de 2012, suprimiendo el cobro de tales perjuicios y manteniendo únicamente el cobro de la cláusula penal ($3.151’747.117).

(b) La Agencia sólo podía exigir la devolución de lo no ejecutado, y como la Unión Temporal ejecutó el contrato en un 55%, según Altavía Consulting -interventoría externa contratada por la Agencia-, tenía derecho a percibir un total de $8.667’304.573, representativos del 55% de ejecución del contrato, y no los $12.474’593.560 que efectivamente recibió entre anticipos y pagos parciales.

(c) Debía mantenerse la orden contenida en la Resolución 121 de 2011 que demandaba a la Unión Temporal reintegrar $1.504’109.250 que recibió como anticipo en la vigencia 2010, pues, aunque ésta afirmó que fueron recursos usados en la ejecución del contrato, la documentación que presentó para la “*legalización de los valores pagados*” no fue aprobada por la gerencia ni la supervisión del proyecto, y como SISA aportó un dictamen pericial que no fue sustentando como lo exige el CPACA, la premisa que ordenaba el reembolso de esa suma mantenía su firmeza.

(d) En relación con los anticipos de $1.763’784.000 de 2008 y $1.016’786.250 de 2009 (con un total de $2.870’570.250), como la ejecución total del contrato fue del 55%, esos $2.870’570.250 debían reducirse a tal porcentaje, lo que arrojaba $1.578’813.638. De modo que la diferencia entre lo entregado a título de anticipo ($2.870’570.250) y a lo que tenía derecho ($1.578’813.638), es decir, $1.291’756.613, era la suma que debía reintegrar por 2008 y 2009, lo cual, sumado a lo que debía reintegrar por 2010 ($1.504’109.250), tenía como resultado final un total de $2.795’865.863.

(e) Como la Unión Temporal solo tenía derecho a $8.667’304.573 como total del 55% global de ejecución del contrato, pero en su lugar recibió $12.474’593.863, es decir, $3.807’228.987 adicionales, debe reintegrar también esa diferencia.

(v) Dijo que resultaba parcialmente fundado el cargo de falsa motivación que La Previsora Compañía de Seguros encaminó contra la liquidación del cobro de la póliza de seguro 1017418, por ocurrencia del riesgo de indebido manejo del anticipo, comoquiera que el citado riesgo en efecto acaeció, pues la Unión Temporal no legalizó el anticipo recibido en la vigencia de 2010 y sólo tenía derecho a la mitad de los anticipos de 2008 y 2009, sin embargo, la suma a pagar no era la de $2.854’176.052, sino $2.795’865.863, correspondientes al valor total entregado a la Unión Temporal, pero al cual no tenía derecho, tornando procedente la nulidad parcial del acto administrativo, en cuanto a este rubro.

(vi) Consideró procedente el cargo de falsa motivación de la orden de pago de intereses moratorios sobre el total de lo adeudado por la Unión Temporal desde la ejecutoria de la Resolución 121 de 2012 que liquidó el contrato, pues, pese a que su cobro era válido en función del artículo 4 del contrato 165 de 2008, el acto administrativo se hallaba en juicio y sus efectos y la exigibilidad de tales intereses surgiría con la ejecutoria del fallo.

(vii) Resaltó que SISA no cuestionó la orden de suscripción del acta de devolución de las licencias de "*la vertical salud*" dentro de los 5 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la Resolución 534 de 2012, pero estimó necesaria "*actualizarla*" debido a que "*las fechas de devolución de las licencias han sido superadas*"; así, determinó que SISA debía devolver las citadas licencias a la Agencia y, si ello no era posible, debía compensarse por su valor -$750'120.000- indexado a la fecha de pago.

(viii) Indicó que la Compañía Aseguradora La Previsora SA. se encontraba vinculada como litisconsorte *cuasinecesario* de la parte demandante y, comoquiera que la nota 1 de la póliza 1017418 de 2010 amparaba los pagos por riesgos de indebido manejo del anticipo y de incumplimiento acaecidos, la obligación de pago del valor de la cláusula penal y de las sumas recibidas por entregas parciales que no fueron ejecutadas debían ser cumplidas de forma solidaria por la Unión Temporal y la compañía de seguros.

(ix) Añadió que era improcedente la pretensión de indemnización de perjuicios como parte del restablecimiento del derecho que elevó SISA, toda vez que no se demostró la ilegalidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato, y si esa ilegalidad se hubiera demostrado, tampoco había lugar a la pretensión, comoquiera que los perjuicios aducidos no estaban relacionados con las obligaciones que la Agencia tenía a su cargo.

(x) Finalmente, determinó que las costas procesales debían ser liquidadas por la Secretaría del Tribunal y fijó las agencias en derecho en un 1% de las pretensiones del proceso 2104-00224-00, en el que SISA resultó vencida, monto equivalente a $6'586.757.

Los recursos de apelación

13. La Compañía de Seguros La Previsora S.A. solicitó la revocatoria de la sentencia de instancia. Dijo que sí se había acreditado la nulidad de los actos administrativos demandados, por falsa motivación, violación al principio de legalidad y al derecho al debido proceso, puesto que de un lado, las pruebas evidenciaban que la Unión Temporal presentó un cumplimiento parcial y no total, y que ello tuvo origen en el incumplimiento de la Agencia en la disposición de personal, los pagos por entregables

y la definición del módulo de presupuesto; agregó que el contrato no contenía ninguna cláusula que habilitara a la Agencia a declarar el incumplimiento y finalmente, no se dio espacio efectivo para la defensa a través de una citación oportuna y un aporte y contradicción de pruebas. Además, señaló de improcedente las órdenes de pago en su contra, comoquiera que en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal pagó $3.059’207.550, con cargo a la póliza de cumplimiento y a la par, en procesos ejecutivos contractuales iniciados por la Agencia en su contra, ha hecho depósitos judiciales por $871’105.186.

14. SISA también solicitó la revocatoria de la sentencia de instancia. Al igual que la aseguradora, señaló que la ilegalidad de los actos administrativos sí estaba acreditada por los cargos de falsa motivación y violación al debido proceso, pues ***(i)*** fueron los incumplimientos de la Agencia los que llevaron a la Unión Temporal a una imposibilidad de continuar con sus actividades, dando como resultado una ejecución parcial del 55%; y ***(ii)*** la Agencia expidió los actos administrativos demandados sin otorgar tiempo suficiente para preparar la defensa y sin tener en cuenta pruebas como el dictamen contable de Juvenal Ortegón, aportada en su momento por la Unión Temporal. Además, precisó que ***(iii)*** si se llegaba a la conclusión de que efectivamente existió un incumplimiento por parte de la Unión Temporal, la revisión de la liquidación estaba errada, comoquiera que:

(a) El tribunal tomó como valor total del contrato la suma de $15.758’735.588, proveniente del valor inicial (14.582’265.000) más la adición del contrato de $1.176’470.588, por el *upgrade del sistema operativo a la versión de SAN ECC 6.0,* y del tal suma extrajo el 55% que correspondía al valor ejecutado del contrato, pese a que aquel *upgrade,* había sido entregado en su totalidad como constaba en el acta de recibo final a satisfacción de la adición 01, de modo que debía excluirse del cálculo que efectuó el *a quo.*

(b) Se equivocó en la orden de devolución del anticipo recibido en la vigencia de 2010, pues fue una suma que se “*legalizó*”, tal como lo demuestra el dictamen pericial que tuvo en cuenta la Agencia para efectos de liquidar el contrato, y en el cual se tuvo como rubro justificado. Además, señaló de incoherente que el Tribunal estimara una ejecución global del contrato de 55%, y exigiera la devolución del restante 45% para las vigencias de 2008 y 2009, pero hubiera decretado la devolución total para lo entregado en la vigencia 2010, a la cual debió aplicar la misma regla.

(c) Incurrió en error en la orden de devolución de licencias o la de pagar su precio, toda vez que todas ellas están en poder de la Agencia desde el 17 de septiembre y el 24 de septiembre de 2012, como lo demuestran las actas de entrega. Además, explicó que el Tribunal había errado, en la medida en que, en su afán por “*actualizar tal orden*”, terminó invirtiendo su sentido, comoquiera que lo impartido, consistía en la

devolución que tenía que hacer la Agencia a la Unión Temporal por las citadas licencias.

(d) Si el desarrollo del contrato 165 de 2008 fue del 55%, el cobro de la cláusula penal debía ser proporcional a la ejecución.

Alegatos de segunda instancia

15. SISA reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y agregó que el proceso de responsabilidad fiscal 2018ER0105086 que se ventilaba ante la Contraloría General de la Nación, finalizó con fallo del 9 de octubre de 2018, exonerando de cualquier tipo de responsabilidad a dicha empresa[6]. La Agencia solicitó que se confirmara el fallo de instancia[7]. El Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia[8].

II. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

18. Atendiendo a lo definido por el *a quo* y los motivos de apelación, le corresponde a esta Corporación establecer:

(i) Si las obligaciones de la Agencia que aducen los apelantes, esto es, las de pago, disposición de personal, adecuación de instalaciones físicas y definición del módulo de presupuesto, fueron incumplidas, y si dicho incumplimiento fue la causa del retraso en la ejecución parcial del contrato y de la suspensión de actividades que presentó la Unión Temporal el 13 de abril de 2011;

(ii) Si la Agencia privó a la Unión Temporal de la oportunidad de allegar pruebas, conceptos, recursos y, en general, controvertir las imputaciones de incumplimiento que se cernieron en su contra; y,

(iii) Finalmente, y dependiendo de la prosperidad de los cargos, la Sala procederá con el análisis de los cargos que controvierten la liquidación judicial efectuada por el *a quo*.

La excepción de contrato no cumplido

19. El contrato 165 de 2008 es un negocio jurídico estatal de consultoría, bilateral y sinalagmático, comoquiera que por intermedio suyo la Unión Temporal Red Byte

[6] Índice 20, SAMAI.
[7] Índice 25, SAMAI.
[8] Índice 28, SAMAI.

Tech S.A. - SISA, (integrada por Red Byte Tech S.A. y Sistemas Integrales de informática S.A. - SISA), se comprometió a "*llevar a cabo la adquisición y puesta en funcionamiento del Sistema Integral de Información para el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares - 'SISAM', que cubra los procesos misionales, gerenciales y de apoyo bajo una sola plataforma*", a cambio de un precio fijo equivalente a $14.528'265.000, pagaderos por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

20. Los apelantes reconocen que el citado contrato no se ejecutó conforme al cronograma previsto, que no se completó en su totalidad, y que desde el 13 de abril de 2011 la Unión Temporal suspendió las actividades tendientes a cumplir sus obligaciones, tal como concluyó el Tribunal; no obstante, difieren de las consideraciones del fallo, toda vez que -afirman- fueron los incumplimientos que desde el inicio de la ejecución contractual presentó la Agencia los que causaron los retrasos en el desarrollo del contrato y los que, a su vez, generaron la posterior suspensión definitiva de actividades de la Unión Temporal del 13 de abril de 2011 por imposibilidad de ejecución de sus obligaciones, condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido.

21. En ese sentido, no desconocen las conclusiones de la perito, según las cuales, en lo parcialmente ejecutado del contrato (fases I, II y III del proyecto), es decir, antes del cese de actividades de la Unión Temporal del 13 de abril de 2011, la ejecución del "*se vio afectada por varios motivos, como son: tareas no entregadas a tiempo, definiciones de procesos y formatos no acertados, controles de cambio, rotación de personal de consultores de la Unión Temporal RBT y líderes funcionales de SISAM, ejecución de upgrade del ERP durante el proyecto y problemas técnicos con el servidor de calidad*"[9]; condiciones que, según se desprende del informe pericial y su aclaración, resultan imputables a ambas partes, sin que alguno de ellos tenga más relevancia que otro, pues fue su acumulación la que tornó más difícil la ejecución de la fase III del proyecto, antes de que el contrato 165 de 2008 se frustrara por la cesación de actividades de la Unión Temporal y se dejaran de ejecutar las fases IV y V, de culminación del proyecto contratado.

22. De acuerdo con el artículo 1609 del Código Civil[10], la excepción de contrato no cumplido consiste en la imposibilidad de una parte de exigir el cumplimiento de la obligación de su contraria, hasta tanto haya cumplido las suyas o, por lo menos, se hubiera allanado a cumplirlas en los términos que convino; en efecto, indica la norma,

[9] Folio 4 del dictamen pericial complementario, solicitado como aclaración en audiencia de pruebas del 6 de diciembre de 2016.
[10] Aplicable al contrato 165 de 2008, teniendo en cuenta la cláusula x del contrato que así lo dispone y, de otro lado, en atención a que, debido a la naturaleza estatal del citado contrato, es aplicable el artículo x de la Ley 80 de 1993, según el cual "l*os contratos que celebren las entidades (...) se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley*".

que *"en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".*

23. Para que opere esta excepción en materia de contratos estatales, además de probar la existencia del contrato, es necesario que: *(a)* el interesado demuestre que el negocio jurídico es sinalagmático, es decir, que sus obligaciones se constituyen como causa recíproca de las obligaciones de su contrario; *(b)* que no esté en mora de cumplir las obligaciones a su cargo, tanto las previas y necesarias para el cumplimiento de las de su contraparte, como las que no, y; *(c)* que las obligaciones que señala incumplidas por su contraparte, bien eran necesarias para ejecutar las suyas, o que el incumplimiento de la entidad fue lo suficientemente grave y determinante para situar al contratista en razonable imposibilidad de cumplir sus compromisos contractuales.

24. Al respecto ha explicado la jurisprudencia: *"El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal del derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado"*[11]*.*

25. No basta entonces que se registre un incumplimiento cualquiera para que la persona que ha contratado con la administración, por sí y ante sí, deje de cumplir con sus deberes contractuales.

La falsa motivación de Resoluciones 938 y 941 de 2011 y 121 y 534 de 2012, producto de la excepción de contrato no cumplido

26. De acuerdo con la cláusula 2 del contrato 165 de 2008, su objeto tenía como finalidad "*la definición de las especificaciones funcionales (asistenciales, administrativas y financieras) del subsistema de salud de las Fuerzas Militares el cual comprende: análisis, ajustes, desarrollo, parametrización, instalación, documentación, capacitación funcional y técnica, entrega a satisfacción y acompañamiento en el proceso de implementación del SISAM para el SSFM*".

27. Según el anexo 1 del contrato 165 de 2008 (numeral 1.1.1.), el SISAM debía "*funcionar de forma nativa con el sistema MY SAP BUSSINESS SUITE adquirido por el Ministerio de Defensa Nacional para el manejo de procesos logísticos,*

[11] Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras, Sentencias del 15 de septiembre de 1983, Exp. 3244; de 25 de junio de 1987; Exp. 4994; de 31 de enero de 1991, Exp. 4739 y 4642; de 15 de mayo de 1992, Exp. 5950 y de 17 de enero de 1996, Exp. 8356.

administrativos y financieros", bajo los lineamientos técnicos del sistema de licenciamiento SAP[12] (*Systems, Applications, Products*) (numeral 1.2.14.), y la metodología ASAP, por lo que el desarrollo del proyecto debía llevarse a cabo mediante las 5 fases[13] que señalaba el anexo técnico del contrato, en atención a esa metodología.

28. Cada fase (Fase I de preparación del proyecto; fase II de plano empresarial - *Business Blueprint*; fase III de realización; fase IV de preparación final; fase V de entrada en productivo y soporte) comprendía el desarrollo de diversas actividades, como explicó el Tribunal y no se reprocha por los apelantes, actividades que por la naturaleza y finalidad del proyecto, demandaban la articulación concatenada, informada y activa entre el personal de la Unión Temporal y los líderes de la Dirección General de Sanidad Militar, de las Direcciones de Sanidad de las Fuerzas (Ejército, Fuerza Aérea y Armada) y el Hospital Militar Central, en los términos definidos por la Unión Temporal y la Agencia en el "*project charter"*[14] o "*plan de gestión del proyecto*" que ambas concertaron y aprobaron el 24 de noviembre de 2008, como parte de ejecución del contrato.

29. El *project charter* es el documento por "*el cual se registra el mapa de la estructura de un proyecto, en él queda consignada toda la información que debe ser considerada para la ejecución de un proyecto como generalidades, alcance, equipo de proyecto, comités de seguimiento, ubicación física, riesgos, metodología de implementación, metodología de seguimiento, cronograma macro del proyecto, estrategia de servidores, requisitos de infraestructura técnica (y) que se realiza de común acuerdo entre las partes*[15]", como explicó la perito designada de común acuerdo por las partes, por lo que la evaluación de incumplimiento de la Agencia y de la Unión Temporal, debe efectuarse de acuerdo con las obligaciones principales previstas en el contrato y en el anexo técnico, en concordancia con las obligaciones secundarias y específicas que contribuyen a su cumplimiento, definidas en el citado plan de gestión del proyecto.

---

[12] "*SAP es un sistema informativo basado en la integración de módulos que representan a todas las áreas de la cadena de valor de una organización, su implementación está basada en los procesos de la organización permitiendo que la información comparta entre todos los módulos, garantizando de esta manera que la información sobre la cual se toman decisiones empresariales sea confiable y segura*" folio 136 dictamen pericial.

[13] Fase I de preparación del proyecto; fase II de plano empresarial - Business Print; fase III de realización; fase IV de preparación final; fase V de entrada en productivo y soporte.

[14] Según la perito especialista en metodología ASAP, el project charter "*es el documento en el cual se registra el mapa de la estructura de un proyecto, en él queda consignada toda la información que debe ser considerada para la ejecución de un proyecto como generalidades, alcance, equipo de proyecto, comités de seguimiento, ubicación física, riesgos, metodología de implementación, metodología de seguimiento, cronograma macro del proyecto, estrategia de servidores, requisitos de infraestructura técnica. Documento que se realiza de común acuerdo entre las partes*".

[15] En este caso, la Agencia y la Unión Temporal concertaron y aprobaron el *project charter* el 24 de noviembre de 2008.

La obligación de suministro de personal

30. De acuerdo con la cláusula 9.2., la Agencia tenía como obligación secundaria, además de pagar el precio como obligación principal, "*las demás que se deriven de la naturaleza del presente contrato y que sean indispensables para cumplir su objetivo*", lo cual, según el anexo técnico y el capítulo 4 del "*project charter*", exigía la disposición de 45 agentes entre gerentes, gestores de cambio, usuarios de datos, calidad y gestión documental, usuarios ISH (aseguramiento), usuarios ISH MED (operacional), usuarios FI (financiero) y usuarios LO (logístico), quienes serían los encargados de intervenir conjuntamente con el equipo de 34 consultores que debía disponer la Unión Temporal[16], para la implementación del SISAM, a través de la recepción de capacitaciones, información, transferencia de datos, pruebas de los desarrollos, etc., durante las 5 fases que preveía el proyecto.

31. En el contrato 165 de 2008, el anexo técnico y el *project charter* no definieron el plazo de disposición del personal, de modo que no hay un parámetro cierto para evaluar la exigibilidad de la prestación para cada parte; sin embargo, en la medida en que la fase I -o de preparación del proyecto- exigía la definición mancomunada de "*los objetivos y metas del proyecto (...) el alcance y la estrategia de implementación, los estándares del proyecto, el plan global del proyecto y la secuencia de implementación, los comités de seguimiento y toma de decisiones, recursos y equipo de proyecto requeridos*"[17] y, en general "*la organización jerárquica de los integrantes del proyecto*", resulta claro que ambas partes debían disponer de su personal completo por lo menos para las fechas de capacitación en la metodología SAP, previstas para el 15 de diciembre de 2008 en adelante[18], teniendo en cuenta que, según el *project charter* o plan de gestión del proyecto definitivo "*al iniciarse el proyecto, de forma paralela a la planificación general*" consultores y usuarios debían interactuar en la transferencia de conocimientos, datos, usuarios, claves, etc[19].

32. Conforme al dictamen pericial rendido por Girlesa Tinoco Naranjo, perito designado de común acuerdo por las partes, las fases I de preparación y II de *Business Blueprint* del proyecto enfrentaron serias dificultades y aunque se dieron por cerradas, dejaron pendientes algunas tareas, ya que la homologación de procesos, definición y aprobación de los módulos ISH PM y MM, el levantamiento de datos, entre otros aspectos, no se ejecutaron en los tiempos definidos en el cronograma del *project charter* o lo que es lo mismo, se ejecutaron tardíamente y fuera del cronograma, como consecuencia de la falta de presencia completa y oportuna del personal de la Agencia y de la Unión Temporal.

[16] folio 155 del project charter.
[17] Folio dictamen pericial.
[18] Folio 146 del project charter.
[19] Folio 137 del project charter.

33. A partir del citado dictamen pericial, que no fue desconocido ni controvertido en sede de apelación, en las capacitaciones no estaban "*todos los usuarios asignados al proyecto, como se puede evidenciar en el oficio 216/CGFM-DGSM-DIR-SISAM del 23 de diciembre de 2008 (...) quedando pendiente la llegada de todos los usuarios*"[20]. Luego destaca que a "*16 de enero (de 2009) aún no habían llegado todos los usuarios*"[21]; que a febrero 17 de 2009, "*no avanzaron las definiciones por falta de personal*" pues "*se retiraron dos consultores de ISHMED los cuales tenían actividades de historia clínica, medicamentos y rehabilitación*"[22]; que a 24 de febrero de 2009 "*preocupa la intermitencia con que los consultores están en proyecto*"; que "*a 13 de marzo el equipo de supervisión (...) informa que el equipo de consultoría asignado al proyecto tenía personal que no cumplía con los requisitos establecidos en el contrato*"; que a 4 de junio de 2009, "*se manifiesta que el gerente del proyecto por parte de la consultoría no cumple con los requisitos del contrato*"[23].

34. Todo lo anterior, implicó que "*del lado del SISAM no estaba completo el equipo de usuarios los cuales fueron llegando en el transcurso del tiempo (...) no se contó con los recursos de consultoría al 100%, estos recursos se fueron incorporando al equipo del proyecto durante la ejecución de la fase, adicionalmente, algunos de los que formaban parte del equipo no tenían las competencias requeridas con base en lo establecido en el contrato*"[24].

35. Con base en lo anterior, si bien la Agencia incumplió la obligación de disponer de forma completa y oportuna el personal que el proyecto de implementación SISAM requería, tampoco queda duda de que ello no fue una circunstancia que justificara el incumplimiento de la obligación de disposición de personal a cargo de la Unión Temporal, quién debía cumplir desde el inicio de la ejecución contractual, ya que una prestación no dependía de la otra y, en cambio, debían cumplirse al tiempo.

36. De igual manera, ese incumplimiento de la demandada no es una condición que justifique la suspensión de actividades o inejecución de obligaciones en la que incurrió la Unión Temporal desde el 13 de abril de 2011, toda vez que para ese momento, ninguna de las dos partes había satisfecho en su totalidad esas obligaciones, y por lo tanto, la Unión Temporal no podía exigir el cumplimiento de su contraparte ni justificar su propio incumplimiento, teniendo en cuenta que ninguna de las dos partes había cumplido ni se había allanado a cumplir, en los términos del artículo 1609 del C.C.

[20] Folio 35 del dictamen pericial.
[21] Acta de reunión de seguimiento del 22 de enero de 2009, CD1- carpeta 10.
[22] Acta de reunión de seguimiento del 18 de febrero de 2009, CD1- carpeta 10.
[23] Acta de reunión de seguimiento del 4 de junio de 2009, CD1- carpeta 14.
[24] Folio 55 del dictamen pericial.

37. Es del caso precisar que la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 del C.C., se funda en el deber de las partes de cumplir las convenciones en los términos y condiciones que pacten, conforme a los principios de normatividad (Código Civil, artículo 1602) y de buena fe (Código Civil, artículo 1603; Código de Comercio), y en el de llevar a cabo todas las actuaciones que ellas demanden bajo parámetros de honradez, lealtad y compromiso[25].

38. Aunque la citada excepción de contrato no cumplido es plenamente aplicable por la integración normativa prevista en la Ley 80 de 1993, y en este particular caso, por previsión expresa del contrato 165 de 2008, el particular contratista no puede pasar por alto que en el ámbito de contratación estatal, además de perseguir "*la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado*", ostenta la condición de colaborador que "*cumple una función social que, como tal, implica obligaciones"* y, por ende, no puede rehusarse a cumplir sus obligaciones excusado en el incumplimiento de la entidad pública, a menos que la obligación de la entidad sea un presupuestos de ejecución de sus obligaciones o que el incumplimiento revista tal gravedad que implique una imposibilidad de cumplir con su prestación.

39. En otras palabras, el contratista colaborador está llamado a ejecutar sus obligaciones y a satisfacer los fines del contrato estatal, aun cuando la entidad pública incumpla las suyas -*sin perjuicio de su derecho a exigir el pago de perjuicios, si a ellos hay lugar*-, y sólo puede negarse a la ejecución u optar por la inejecución de sus obligaciones, cuando la obligación de la entidad es presupuesto de ejecución de su obligación, de suerte que el incumplimiento presente de la entidad lo sitúe en imposibilidad de ejecutar sus compromisos.

40. En este caso, la disposición completa de personal a cargo de la Unión Temporal era una obligación autónoma e independiente a la de la Agencia, que estaba claramente definida junto a sus alcances en el *project charter* y que podía y debió ser cumplida por la Unión Temporal, en la medida en que no hay evidencia, ni argumento de apelación, que demuestre que el retraso o cumplimiento imperfecto de la Agencia en cuanto a su personal era presupuesto para que la Unión Temporal dispusiera el suyo de forma completa durante la ejecución del proyecto, asunto que no se deprende de la sola naturaleza de ambas prestaciones, las que, en virtud de lo pactado y la coherencia de la ejecución del negocio, debían ser cumplidas al tiempo.

41. El retraso del personal de la Agencia pudo causar dificultades y retrasos al desarrollo del proyecto, tal como concluyó la perito, pero los efectos de tal

[25] "*La buena fe objetiva consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia*"

cumplimiento imperfecto no justificaba que la Unión Temporal no dispusiera del personal completo desde el inicio de la ejecución del contrato, pues no debe olvidarse que uno de los presupuestos esenciales de la excepción que invoca es haber cumplido sus obligaciones, o haberse allanado a hacerlo; además, la deficiencia del personal de la Agencia, tampoco justificó que la decisión de la demandante de retirar su personal el 13 de abril de 2011, pues para ese momento, no había satisfecho cabalmente sus obligaciones.

La obligación de pago

42. Otra de las obligaciones que SISA aduce de incumplidas por la Agencia y que supuestamente causó los retrasos en las fases ejecutadas y el retiro del personal del 13 de abril de 2011, es la de pago, pues según dijo, la Unión Temporal no contaba con solvencia para sufragar la nómina.

43. De acuerdo con cláusula 4 del contrato 165 de 2008, la Agencia debía efectuar el pago del precio que se comprometió, previo cumplimiento de trámites administrativos, de la siguiente manera:

(i) En la vigencia 2008, a la entrega a título de anticipo del 30% sobre el valor total de la vigencia, dentro de los 10 días siguientes a la "*legalización del contrato*" y el 70% restante, en pagos parciales, dentro de los 30 días calendario siguientes a la radicación de la documentación de la estrategia de implementación de esa vigencia.

(ii) En la vigencia 2009, a la entrega a título de anticipo del 30% sobre el valor total de la vigencia, dentro de los 3 primeros meses de la vigencia, y el 70% restante, en pagos parciales, dentro de los 30 días calendario siguientes a la radicación de la documentación de la estrategia de implementación de esa vigencia.

(iii) En la vigencia 2010, a la entrega a título de anticipo del 30% sobre el valor total de la vigencia, dentro de los 3 primeros meses de la vigencia, y el 70% restante, en pagos parciales, dentro de los 30 días calendario siguientes a la radicación de la documentación de la estrategia de implementación de esa vigencia.

44. En virtud de lo anterior, la Agencia efectuó la entrega a título de anticipo de las sumas pactadas, de conformidad con la parte considerativa de la Resolución 121 de 2012:

Comprobante de pago	**Fecha de pago**	**Concepto**	**Valor**
2941	20-nov-2008	Anticipo 30% de vigencia 2008	$1.763’784.000
360	10-mar-2009	Anticipo 30% de vigencia 2009	$1.106’786.250
357	10-feb-2010	Anticipo 30% de vigencia 2010	$1.504’109.250

45. Estas fechas de pago, las cuales no fueron controvertidas, evidencian que los anticipos realizados por la Agencia fueron oportunos, comoquiera que en las vigencias 2009 y 2010, la Agencia los pagó dentro de los tres primeros meses del inicio de cada una de ellas, tal como se pactó, y en la vigencia de 2008, los pagó el 20 de noviembre de 2008, esto es, dentro de los 10 días siguientes al 14 de noviembre, cuando se “*legalizó el contrato*”, con la expedición por parte de la Agencia del auto de aprobación de garantías[26], en los términos previstos en el negocio jurídico.

46. Ahora, frente a la obligación de pago del 70% restante del valor previsto para cada una de las vigencias 2008, 2009 y 2010, se tiene que la Agencia las pagó de la siguiente forma:

	Comprobante de pago	Fecha de pago	Concepto	Valor
1	3405	30-dic-2008	Factura B0066 del 5 de diciembre de 2008	$1.086’336.000
2	159	9-feb-2009	Factura B0087 del 11 de diciembre de 2008	$2.695’771.030
			Factura B0090 del 19 de diciembre de 2008	$138’508.969
			Factura 350007126 del 26 de diciembre de 2008	$145’822.650
			Factura B0095 del 26 de diciembre de 2008	$49’057.350

[26] Folio 633 C. 3 pruebas, exp. 2014-00244.

3	1670	28-may-2009	Factura B0119 del 20 de mayo de 2009	$588’235.294
4	2252	26-jun-2009	Factura B0117 del 4 de mayo de 2009	$365’400.000
5	2519	21-jul-2009	Factura 124 del 19 de junio de 2009	$588’235.294
6	3280	02-ago-2010	Factura 187 del 21 de julio de 2010	$450’000.000
7	4459	06-oct-2010	Factura 193 del 3 de septiembre de 2010	$450’000.000
8	3788	13-oct-2010	Factura 133 del 3 de septiembre de 2009	$900’000.000
9	5426	29-dic-2010	Factura 213 del 18 de noviembre de 2010	$100’000.000
			Factura 212 del 18 de noviembre de 2010	$335’165.678
10	5874	30-dic-2010	Factura 234 del 29 de diciembre de 2010	$207’381.794

47. Conforme con lo anterior, se puede colegir que de las 14 facturas que presentó la Unión Temporal para pago durante las vigencias 2008, 2009 y 2010, 5 de ellas fueron canceladas por la Agencia en el término de 30 días calendario siguientes a su radicación, mientras otras 9 se cancelaron con retardo, es el caso de las facturas: B0087 del 11 de diciembre de 2008 (27 días); B0090 del 19 de diciembre de 2008 (18 días); 350007126 del 26 de diciembre de 2008 (12 días); B0095 del 26 de diciembre de 2008 (12 días); B0117 del 4 de mayo de 2009 (21 días); 193 del 3 de septiembre de 2010 (3 días); 133 del 3 de septiembre de 2009 (9 días); 213 del 18 de noviembre de 2010 (10 días); y 212 del 18 de noviembre de 2010 (10 días).

48. El retraso en la ejecución de estas prestaciones a cargo de la Agencia pudo incidir en las condiciones financieras del contratista, pero ello no justifica la demora en la obligación de disposición de personal ni en las demás obligaciones secundarias a su cargo, que debían honrarse hasta antes del 13 de abril de 2011, cuando decidió cesar actividades y renunciar de forma definitiva a la ejecución del contrato, sobre la base de una supuesta imposibilidad.

49. Lo anterior por cuanto el desembolso oportuno de los anticipos del 30% del

valor de cada vigencia, y de las facturas B0066 del 5 de diciembre de 2008; B0119 del 20 de mayo de 2009; 124 del 19 de junio de 2009; 187 del 21 de julio de 2010; y 234 del 29 de diciembre de 2010, que la unión temporal recibió, le otorgaban liquidez razonable para sufragar los gastos por personal y, si bien el retardo de la entidad pudo representar una dificultad financiera para la aquella, no fue suficientemente grave para admitir que conllevó una imposibilidad, puesto que, *(i)* sólo la factura B0087 del 11 de diciembre de 2008 superó los 20 días de demora, pero tan solo 20 días atrás (20 de noviembre de 2008) la unión temporal había recibido el anticipo de 2008 por $1.086'336.000 *(ii)* las tardanza en las demás facturas no fue significativa ni acumulada, evidenciando que la unión temporal mantenía una solvencia razonable.

50. Por lo tanto, el retardo en el pago no fue una circunstancia que hubiera impedido a la Unión Temporal cumplir oportunamente con la obligación de disposición de personal, como tampoco fue una condición que la hubiese situado en imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, de manera que justificara su decisión retirar su personal el 13 de abril de 2011, por lo que la excepción de contrato no cumplido que invoca no se abre paso en lo que respecta a este punto.

La obligación de desarrollo del submódulo de presupuesto

51. De conformidad con el *project charter*, la "*puesta en funcionamiento del Sistema Integral de Información para el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares - 'SISAM'",* exigía el desarrollo por parte de la Unión Temporal de diferentes módulos, entre ellos el denominado módulo *FINANCIERO* (FI), que comprendía en la gestión financiera del sistema, un submódulo de "*PRESUPUESTO*", que permitiera la interacción con la facturación, catálogo de cuentas, rubros presupuestales, información histórica de presupuesto, ejecución de gastos, generación de libros de cuentas, entre otras actividades.

52. Según el *project charter* y las precisiones de la perita experta en arquitectura SAP, el módulo financiero y el submódulo de presupuesto hacían parte de la vertical ERP, que comprendía los procesos logísticos, administrativos y financieros y demandaba, según el *project charter*, que fuera ejecutado en la fase III de realización, por uno de los frentes de trabajo de la Unión Temporal, mientras el otro desarrollaba la vertical salud.

53. La vertical ERP y el submódulo de presupuesto debía ejecutarse teniendo en cuenta los datos, las funciones, roles, mapas de procesos, las necesidades, etc., que se habían consolidado en las anteriores fases I y II, no obstante, como estas dos fases estuvieron acompañadas de constantes incumplimientos de ambas partes (retraso en la disposición de personal, capacitaciones, recolección y levantamiento de datos y definición de procesos) y de inconvenientes no imputables a ellas (la avería

de uno de los servidores y la consecuente pérdida de información), lo cual causó repercusiones en "*cascada*" en la ejecución global del contrato, según explicó la perito, la fase III "*inicia sin cerrar la fase de levantamiento de información, aunque hay comités donde se informa que la fase se terminó, quedaron documentos y definiciones pendientes, como el caso de la integración entre ISH y MM, esta integración es la que permite transferir los datos de los medicamentos y materiales usados en los pacientes al módulo logístico. El impacto de esta definición es alto*"[27].

54. Pues bien, según el cronograma del *project charter*, modificado durante la fase II por los múltiples retrasos del proyecto, el módulo financiero y el submódulo de presupuesto debía iniciar su desarrollo el 1 de junio de 2009; no obstante, conforme al acta de reunión de seguimiento del 24 de junio de 2009, la Agencia informó a la Unión Temporal la eliminación del submódulo de presupuesto, "*dado que por orden del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no se puede tener un software diferente al SIIF y SIIF II*"[28], sin embargo, el 14 de diciembre de 2009, mediante oficio[29], la Agencia contravino su determinación y ordenó a la Unión Temporal para ejecutara el citado submódulo para el Hospital Militar Central.

55. Según explicó la perita experta, "*el cambio de módulo de presupuesto tenía un impacto muy alto sobre la ejecución del mismo por las integraciones que tiene este módulo con los otros procesos (...) adicionalmente, esto cambiaba la ejecución de los procesos y no se cumpliría el tener un sistema homologado entre todas las IPS*"[30].

56. Sin embargo, esta variación imputable a la Agencia, así como los atrasos constantes que se registraban al 25 de noviembre de 2009 (muchos de ellos provenientes de las fases I y II), según indica el informe de seguimiento de esa fecha[31], fueron objeto de medidas de mitigación por los contratantes, quienes modificaron el cronograma previsto y prorrogaron el plazo de ejecución de la fase III, de modo que se alcanzaran los objetivos de la fase, como da cuenta las actas de seguimiento del proyecto de 24 de diciembre de 2009[32], 1 de febrero de 2010[33], 11 de febrero de 2010[34] y 18 de febrero de 2010[35].

57. Lo anterior implica que la modificación que causó la Agencia en cuanto a las prestaciones de la Unión Temporal de desarrollo del módulo financiero y submódulo

[27] Folio 91 del dictamen pericial complementario, solicitado como aclaración en audiencia de pruebas del 6 de diciembre de 2016.
[28] CD1 - carpeta 15, documento 10000170A.
[29] CD1 - carpeta 24, documento 10000113A.
[30] Folio 91 del dictamen pericial complementario, solicitado como aclaración en audiencia de pruebas del 6 de diciembre de 2016.
[31] CD1 - carpeta 22, documento 10000130A.
[32] CD1 - carpeta 24, documento 10000138A.
[33] CD1 - carpeta 24, documento 10000210A.
[34] CD1 - carpeta 26, documento 10000069A.
[35] CD1 - carpeta 25, documento 10000133A.

de presupuesto, impactó la ejecución del proyecto, pues tan sólo para su definición definitiva tardó casi 6 meses; sin embargo, comoquiera que los efectos de ese retraso y de los que ya se acumulaban fueron objeto de modificaciones en el cronograma, no es admisible que la Unión Temporal desconozca tales determinaciones y afirme que la demora en la inclusión en la definición de los alcances del submódulo de presupuesto la puso en imposibilidad de continuar con la ejecución de sus obligaciones.

58. Prueba fehaciente es que después de la modificación del cronograma y del 13 de abril de 2011, la Unión Temporal siguió ejecutando sus labores; de hecho, llevó a cabo las pruebas de los desarrollos que venían concluyendo, se cargaron datos, se efectuaron modificaciones a los productos, entre otras actividades, pese a que el cronograma modificado de la fase III no resultó claro, según explicó la perito, lo que impidió "*hacer un seguimiento y no permitió ver el estado real del proyecto*"[36], en ese período.

Conclusiones respecto de la nulidad por falsa motivación de los actos que declararon el incumplimiento, producto de la excepción de contrato no cumplido

59. La sala comprueba que la Agencia incurrió en diversos incumplimientos que incidieron en la ejecución del contrato 165 de 2008, tal como evidencia el cardumen documental y la evidencia pericial; sin embargo, dichos incumplimientos, unos con mayor intensidad que otros (la modificación de presupuesto y el retraso en la disposición de personal vs el retraso en el pago de algunas facturas), estuvieron acompañados en todo momento por el incumplimiento concomitante de la Unión Temporal frente a sus obligaciones.

60. La Sala se sirve recordar que la Unión Temporal, previo al inicio de la fase I, demoró en el otorgamiento de las garantías como presupuesto de ejecución contractual; ya en la fase I, no garantizó la comparecencia del personal de consultoría completo; en la fase II, tampoco garantizó la totalidad del personal de consultoría, retiró dos de los consultores que sí comparecieron, permitió que los restantes ejercieran sus funciones con intermitencia, no entregó la definición del "*organizador de pacientes*", atrasó la entrega del módulo ISH y retrasó la entrega de algunos BBP; en la fase III, retardó el avance del módulo ISH, no garantizó la presencia de los consultores, ni siquiera de los dos que retiró en la fase anterior, presentó retrasos en el módulo de mantenimiento de planta (PM)[37]; y, no obstante las modificaciones a los

[36] Folio 91 del dictamen pericial complementario, solicitado como aclaración en audiencia de pruebas del 6 de diciembre de 2016.
[37] Incumplimientos detallados en el dictamen pericial complementario, solicitado como aclaración en audiencia de pruebas del 6 de diciembre de 2016.

cronogramas que pactó con la Agencia a finales de 2009 y principios de 2010, el 13 de abril de 2011, cesó actividades, retiró su personal y dejó sin ejecución las fases IV y V conclusivas del proyecto.

61. Por lo tanto, ante la ausencia más que evidente del requisito de cumplimiento de las obligaciones propias, como el de hallarse en situación de imposibilidad de ejecución de las obligaciones que deslegitiman al contratista para excusarse con la excepción de contrato no cumplido, los argumentos de los apelantes que sustentaban la falsa motivación de la Resolución 938 de 2011, confirmada por la 941 de 2011, por inexistencia de incumplimiento, no tienen vocación de prosperidad.

62. La Sala no desconoce que la Unión Temporal ejecutó el contrato 165 de 2008 de forma parcial con los retrasos y los incumplimientos citados, tal como concluyó el *a quo*, quien determinó que la ejecución global del proyecto alcanzó el 55%. Por ello le asiste razón a SISA en su recurso de apelación en cuanto señala de errada y de falsamente motivada la Resolución 938 de 2011, ante la inexistencia del incumplimiento total que declaró la Agencia en dicho acto administrativo, de modo que es procedente modificar el ordinal primero de la sentencia de instancia, en el sentido de declarar que es nula parcialmente la Resolución 938 de 2011, considerando que el incumplimiento fue parcial y no total.

63. Debe precisarse que si bien el *a quo* erró en cuanto a la expresión del citado ordinal primero de la Resolución 938 de 2011, por lo que le asiste razón a ambos apelantes en ese punto, lo cierto es que en todo el discurrir del fallo de instancia el Tribunal admitió y aceptó que el incumplimiento del contrato por la Unión Temporal fue de carácter parcial; de hecho, la revisión de la liquidación unilateral del contrato, esto es, de la tasación de la cláusula penal, la liquidación de perjuicios, el cobro de la póliza de seguros, la efectuó en función de dicho porcentaje, y el análisis judicial que la modificó, al hallar parcialmente probado el cargo de falsa motivación en cuanto a los valores liquidados, tuvo en cuenta el 55% de avance global del proyecto, de modo que la corrección de la sentencia apelada sólo concierne a la nulidad de la expresión "*total*", refiriéndose al incumplimiento, contenida en el numeral primero la Resolución citada.

La violación al principio de legalidad y debido proceso en la expedición de Resoluciones 938 y 941 de 2011 y 121 y 534 de 2012

64. De conformidad con los cargos de apelación de la aseguradora, se produjo la violación del principio de legalidad y el menoscabo al debido proceso en las Resoluciones 938 y 941 de 2011, pues el contrato no contenía ninguna cláusula que habilitara a la Agencia a declarar el incumplimiento del contrato, ni a celebrar

audiencias con ese propósito en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

65. El Consejo de Estado ha resaltado la importancia de la potestad de la Administración en la que se sustenta la imposición de las multas, de la declaratoria de incumplimiento, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad, y ha recordado que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad[38].

66. El contrato 165 de 2008 es un negocio jurídico de carácter estatal, suscrito por un particular (la Unión Temporal) y una entidad pública de aquellas previstas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 (la Agencia), en el cual se pactó expresamente en la cláusula decimoséptima la facultad de imponer sanciones por incumplimiento[39] en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[40], así, por virtud del acuerdo común alcanzado por las partes, la Agencia contaba con la competencia para declarar el incumplimiento contractual de la Unión Temporal con el fin de hacer efectiva la cláusula penal, tal como lo hizo en la Resoluciones 938 y la 941 de 2011 que la confirmó; luego es ilegítimo el cargo de violación al principio de legalidad aducido.

67. Además, la Agencia también contaba con la competencia para efectuar la declaratoria de incumplimiento con fines de cobro de perjuicios en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, conforme a las siguientes precisiones:

(i) La declaratoria de incumplimiento y la determinación de perjuicios, en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, corresponde a un juicio administrativo en el cual una entidad pública reclama los derechos patrimoniales que estima conculcados, por lo tanto, en atención al artículo 38 y 40 de la Ley 153 de 1887, según los cuales "*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración / Exceptúanse de esta disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato*", y "*Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir*"; el citado artículo 86 es una norma que goza de efectos retrospectivos, es decir que, como lo ha definido el Consejo de Estado[41], puede "*aplicarse a situaciones jurídicas y fácticas o consolidadas o en curso, esto es, originadas con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado, o sobre los efectos de aquellas que no se hubieran producido*

[38] Consejo de Estado, sentencia de 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009.
[39] Folio 273, pág. 13 del contrato 165 de 2008, c. 8.
[40] En efecto, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, "*las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*" tienen las facultades de i) "*imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*" y ii) "*declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato*"
[41] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 10 de octubre de 2013, 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157).

al momento de entrar a regir la nueva norma"[42].

(ii) En consecuencia, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, resulta aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia, incluido el contrato 165 de 2008, objeto de análisis, de modo que es improcedente el cargo de violación al principio de legalidad que señala la aseguradora por una supuesta falta de competencia de la entidad demandada para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

68. En cuanto a la violación del debido proceso que alegó SISA en la expedición de las Resoluciones 938 y 941 de 2011, estima la Sala que no hay evidencia que la sustente, comoquiera que las comunicaciones, los oficios y la grabación de la audiencia de incumplimiento del 29 de noviembre de 2009, entre otros, demuestran que se le citó oportunamente, tuvo la oportunidad de aportar pruebas y controvertirlas.

69. De acuerdo con el acervo probatorio, el 21 de noviembre de 2011, la Agencia citó a los representantes legales de SISA y Red Byte Tech como integrantes de la Unión Temporal contratista y a la Compañía Aseguradora La Previsora, para que comparecieran a audiencia el 24 de noviembre de 2011, en el marco del procedimiento administrativo tendiente a declarar el incumplimiento del contrato 165 de 2008; debido a que la aseguradora solicitó aplazamiento, la diligencia se reprogramó para el 28 de noviembre de 2011, fecha en la que finalmente se llevó a cabo, pero por solicitud de Red Byte Tech para analizar los documentos allegados por la Agencia, se suspendió hasta el día siguiente 29 de noviembre, tal como lo evidencia la parte considerativa de la Resolución 938 de 2011[43].

70. Por tanto, la Unión Temporal y la aseguradora contaron con un término que resulta razonable; en todo caso, ninguno de los dos particulares demostró en la audiencia, y menos aún durante el proceso judicial, que hubiera dejado de aportar pruebas, elementos importantes o nuevos argumentos por la falta de un término mayor de convocatoria.

71. Además, de acuerdo con la grabación de la audiencia del 28 de noviembre[44], en la que se profirieron las Resoluciones 938 y 941 de 2011, que confirmó su

[42] Ibídem. " *(...) si bien es cierto la regla general es que los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se gobiernan por la ley existente al momento de su celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad, no lo es menos que por razones de orden público o de interés general el Legislador puede disponer un efecto distinto para determinado aspecto de los contratos (retrospectivo) y, en todo caso, las nuevas normas procesales que establecen la forma de reclamar en juicio los derechos que emanan de ellos y las que señalen penas para el evento de la infracción a lo estipulado, tendrán vigencia inmediata y se aplican a los contratos en ejecución".*
[43] Folio 19 de la Resolución 938 de 2011.
[44] Folio CD1 - folio 798 c. A exp. 2014-00024.

contenido, la Agencia otorgó a los citados la oportunidad de allegar pruebas y de controvertir las obrantes; SISA se pronunció solicitando tener en cuenta el acta de recibo parcial del 26 de diciembre de 2008 que daba cuenta del cumplimiento de su obligación de entrega de hardware y sus anexos, lo que evidencia que la Agencia respetó el debido proceso y garantizó el derecho a la defensa, en los términos previstos en la Constitución y la Ley.

72. Por otra parte, las Resoluciones 121 y 534 de 2012, de liquidación unilateral del contrato y de resolución de recursos, tampoco violaron el debido proceso, comoquiera que el 30 de noviembre de 2011 la Agencia llevó a cabo audiencia de liquidación bilateral del contrato 165 de 2008 con los representantes legales de SISA y Red Byte Tech como integrantes de la Unión Temporal contratista y a la Compañía Aseguradora La Previsora. En ella corrió traslado de la experticia de determinación de perjuicios rendida por Luis Guijo Roa y suspendió la audiencia hasta el 29 de diciembre para que las partes pronunciaran si así consideraban[45].

73. Reanudada la audiencia en la fecha indicada, la Unión Temporal expresó sus reparos frente a la experticia y lo señaló como un documento desprovisto de apoyo contable y por ende inválido, pero fueron descartados por la Agencia en la diligencia al considerar su improcedencia, por lo que con ello la entidad agotó el intento de liquidación bilateral del contrato y respetó el debido proceso y el derecho de defensa de la Unión Temporal, con el abierto derecho de proceder con la liquidación unilateral del contrato ante la frustración del intento bilateral, tal como las partes acordaron en la cláusula decimoquinta del contrato 165 de 2008, de modo que no existió una violación o desconocimiento a la garantía constitucional cuestionada.

Cuestionamientos a la liquidación judicial del contrato 165 de 2008

74. El *a quo* incurrió en error al considerar procedente y llevar a cabo la liquidación judicial, comoquiera que la nulidad que estimó probada de las Resoluciones 121 de 2012 y 534 de 2012 sólo correspondió a conceptos y valores determinados y cobrados indebidamente a la Unión Temporal, y por tanto, es de carácter parcial y sin capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico el acto administrativo, cuyos fundamentos continúan incólumes; en consecuencia, el ordinal segundo de la sentencia y del cual el *a quo* hizo derivar la liquidación judicial será modificado y las precisiones que hizo respecto de cada concepto y cálculo, serán revisados por esta Sala como modificaciones a la liquidación efectuada unilateralmente por la entidad, mas no como liquidación judicial.

75. El Tribunal tomó como valor total del contrato la suma de $15.758’735.588,

[45] Folio 452 c. 9.

proveniente del valor inicial (14.582'265.000) más la adición 01 de 2009 del contrato de $1.176'470.588, por el *upgrade del sistema operativo a la versión de SAN ECC 6.0,* y del tal suma extrajo el 55% que correspondía al valor ejecutado del contrato, sin embargo, SISA cuestionó tal resultado en el sentido de afirmar que el contrato adicional se ejecutó en un 100%, tal como constaba en el acta de recibo final a satisfacción y, por ende, no podía ser incluido en las cuentas de ejecución parcial del contrato 165 de 2008.

76. La determinación del Tribunal que cuestiona el apelante se fundó en el informe del 9 de abril de 2010 de Altavía Consulting, contratada como firma interventora del contrato 165 de 2008. Dicho informe, en el cual se determinó que la Unión Temporal había alcanzado un 55% del global del contrato, tuvo en cuenta el contrato adicional 01 de 2009[46], de modo que aun cuando le asiste razón a SISA en cuanto a que dicho adicional se ejecutó por completo, el porcentaje señalado tuvo en cuenta su total cumplimiento, de modo que no tiene vocación de prosperidad su cuestionamiento.

77. Otra de las órdenes que SISA cuestionó en la apelación fue la de devolución de $1.504'109.250 correspondiente al anticipo recibido en la vigencia de 2010, pues, aunque el Tribunal afirmó que era una suma que no se había legalizado por falta de aval de los líderes, supervisores y gerentes del contrato 175 de 2008, en su sentir, sí se hallaba justificada conforme con la experticia del contador que allegó en el trámite de la audiencia de incumplimiento en la que participó la Agencia.

78. Al respecto, es preciso señalar que el Tribunal, además de justificar su decisión en la falta de aval de documentos, también brindó otras razones por las cuales no tenía en cuenta esa experticia. En efecto, señaló que dicho informe fue aportado al plenario por SISA, pero explicó que no se solicitó como prueba, por lo que no se llevó a cabo el procedimiento para su contradicción, previsto en el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011[47] y tampoco adquirió la condición de prueba judicial.

---

[46] "*Pagos de la laboral del contratista: Sobre este punto es claro que no es cierto este argumento, ya que así como el contratista recibió toda la colaboración en la parte operativa (...) también recibieron la máxima colaboración en la parte económica de este, ya que en el momento en que se realizó la adición vigente del contrato, el modificatorio del contrato incluyó un nuevo esquema de pago vinculado con el cumplimiento de tareas más pequeñas de la ejecución del contrato*", folio 2470 - informe de Altavía Consulting del 5 de mayo de 2011.

[47] "*Contradicción del dictamen aportado por las partes. Para la contradicción del dictamen se procederá así:*
1. En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa con la cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a prueba el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia.
2. Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes periciales.

79. Ahora, como se puede observar en los argumentos de apelación, SISA no esgrimió razones de discrepancia respecto a las consideraciones del Tribunal para no darle el carácter de prueba válida a la experticia; tan sólo se limitó a expresar que el dictamen contable demostraba la supuesta justificación del gasto del anticipo de la vigencia de 2010, es decir, reiteró un argumento que ya había sido dilucidado por el *a quo* sin reparos que conocer ante esta instancia, quedando esta Corporación desprovista de cargos a resolver respecto la decisión sobre el dictamen que adoptó el Tribunal *a quo.*

80. La demandante también señaló como incoherente que el Tribunal estimara una ejecución global del contrato de 55% y exigiera la devolución del restante 45% de lo recibido a título de anticipo durante las vigencias de 2008 y 2009, pero decretara la devolución total del anticipo de la vigencia 2010. Según dijo, debía aplicarse la misma regla y ordenarse únicamente la devolución del 45% de la vigencia 2010, pues durante ese año, también se ejecutaron labores que el contrato exigía.

81. Sobre el particular, la Unión Temporal tenía derecho a percibir por la totalidad de lo que ejecutó del contrato 165 de 2008, un valor equivalente al 55% del total de su valor, esto es, $8.667’304.573, teniendo en cuenta la suma de $15.758’735.588 como valor total del contrato, incluyendo el valor original del negocio ($14.582’265.000) y del adicional 01 de 2009 ($1.176’470.588), y que el contrato alcanzó ese porcentaje de ejecución, según el informe del 9 de abril de 2010 de *Altavía Consulting*.

82. No obstante, como la Unión Temporal recibió un total de $12.474’593.560 por concepto de anticipos y pagos parciales (ver páginas 25 y 26 *ut supra*), la diferencia, esto es, $3.807’288.987, es una suma que recibió, pero no ejecutó y, por ende, que está llamada a devolver.

83. De acuerdo con lo anterior le asiste razón a SISA, pues aunque es cierto que debe devolver $1.504’109.250 que recibió como anticipo en la vigencia de 2010, al no contar con el aval que se requería para su justificación, tal como lo señaló el *a quo*, lo cierto es que ese valor ya está incluido en el balance general de ejecución del contrato acabado de exponer y que contempla los pagos y ejecuciones de forma global y no por vigencias; admitir lo contrario, implicaría un cobro doble sin justificación, por lo que se modificará la sentencia que imponen ese injustificado pago doble. Sin embargo, ello no desconoce que sea aquel, el importe que la entidad

---

Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas a los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos.
3. Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 de este Código”.

contratante tiene derecho a exigir de la Previsora S.A., por la cobertura del riesgo de indebido manejo de anticipo que acaeció y que se amparaba con la póliza 1017418 de 2010, por lo que es procedente mantener el cobro previsto por la entidad contra la aseguradora, previsto en el artículo cuarto de la Resolución 121 de 2011, modificado eso sí, en el citado valor.

84. La demandante afirma que la orden de devolución de licencias o, la subsidiaria, de pagar su precio eran equivocadas. Según dijo, las licencias que demandaba el contrato 165 de 2008 estaban en posesión de la Agencia desde el 17 de septiembre y el 24 de septiembre de 2012, como lo demuestran las actas de entrega y, en todo caso, la orden original que contenía la Resolución 534 de 2012 que modificó la Resolución 121 de 2012, y que equivocadamente pretendió "*actualizar*" el Tribunal, era en sentido contrario, es decir, consistía en que la Agencia devolviera a la Unión Temporal las licencias que mantenía en su poder.

85. Al revisar el contenido de la Resolución 534 de 2012, se evidencia que le asiste razón al apelante en el sentido de que la orden de devolución de licencias estaba dirigida a la Dirección General de Sanidad Militar, al Hospital Militar Central y al grupo SILOG, de modo que la actualización que efectuó el Tribunal esta errada; dice la parte considerativa del mencionado acto administrativo:

> "*En lo concerniente a las licencias de la solución de la vertical salud, está probado que dicho licenciamiento no está siendo usado en la actualidad por las entidades involucradas en el proyecto SISAM como son Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General de Sanidad Militar, Hospital Militar Central y el Grupo SILOG del Ministerio de Defensa Nacional, por lo que en este caso, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares ordenará la devolución de este licenciamiento*"[48].

86. Así las cosas, la sentencia de instancia se modificará, en el sentido de que la orden de devolución de licencias, contenida en el artículo séptimo de la Resolución 534 de 13 de agosto de 2012*,* debe ser cumplida por las citadas entidades en favor de la Unión Temporal. Dado que el cumplimiento de la orden de entrega de licencias fue sometida a fecha cierta que ya expiró, en su lugar, se dispondrá de un plazo de treinta (30) días, contados desde la ejecutoria de este fallo para que la entidad cumpla tal obligación si no lo ha hecho ya, teniendo en cuenta que lo decidido en la Resolución 534 de 2012, cobró fuerza ejecutoria, pese a que su legalidad se estuviere ventilando desde el inicio de este proceso.

87. Otro de los cuestionamientos de SISA indica el cobro de la cláusula penal no debió ser en la suma indicada por el *a quo*, sino proporcional al indicado 55% de

[48] Folio 483, Resolución 534 de 2012, c. 9.

ejecución global del proyecto contratado.

88. El Tribunal expresó en torno a la cláusula penal que su cobro era válido, en la medida en que estaba previsto en la cláusula decimoctava del contrato, sin embargo, no explicó las razones por las cuales la tasación que la Agencia hizo de esta pena patrimonial en un monto equivalente a $3.151'747.117.

89. La citada cláusula decimoctava del contrato 165 de 2008, prevé lo siguiente "*En caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato, el CONTRATISTA pagará a la AGENCIA LOGÍSTICA a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato cuando se trate de incumplimiento total del contrato y proporcional al incumplimiento parcial del contrato que no supere el porcentaje señalado*"[49].

90. Como se observa, las partes acordaron que en caso de incumplimiento total, el valor de la cláusula penal sería el equivalente al 20% del valor del contrato, y en los eventos de incumplimiento parcial, el monto sería proporcional al incumplimiento sin superar el porcentaje antes indicado; por lo tanto, como el incumplimiento en que incurrió la unión temporal fue del 45% –*teniendo en cuenta el 55% de ejecución total que se acreditó*–, el valor a pagar como penalidad corresponde al 8.999% del valor total del contrato, equivalente $1.418'286.202, por lo que se corregirá el ordinal i) de la resolutiva del fallo apelado que dejó de modificar el artículo primero de la Resolución 941 de 2011, que repuso el artículo cuarto de la Resolución 938 de 2011.

91. La corrección de los valores y conceptos definidos en las Resoluciones 941 de y 938 de 2011 no suponen que el acto administrativo de liquidación fue expulsado del ordenamiento jurídico, pues no implican una liquidación judicial sustitutiva de la surtida en sede administrativa; por tanto, al tratarse de una corrección de los montos definidos en los actos referidos, sin acompasarse con una declaración de condena, no serán objeto de indexación, máxime cuando los valores consignados en dichos actos administrativos podrán ser cobrados con sujeción a las medidas previstas en la ley para cubrir la devaluación del dinero por el paso del tiempo.

92. Aun cuando se corrigen los valores y conceptos definidos en las Resoluciones 941 de y 938 de 2011), ello no supone que el acto administrativo de liquidación fue expulsado del ordenamiento jurídico, las correcciones a los conceptos y valores allí consignados no implican una liquidación judicial sustitutiva de la surtida en sede administrativa, y, en este sentido, en tanto solo son una corrección de los montos allí definidos, no pueden ser objeto de indexación.

93. En adición, la Sala precisa que, aun cuando las sanciones por incumplimiento

[49] Pág. 12 del contrato 1655 de 2008, folio 580 c. 9.

se imponen de acuerdo a la participación de cada uno de los miembros de la unión temporal demandante, en los términos del artículo 7 de la Ley 80 de 1993[50], tal circunstancia no se extiende a la devolución de los dineros recibidos y no ejecutados como erradamente lo definió el tribunal en el numeral VII del ordinal segundo de la parte resolutiva; lo anterior, teniendo en cuenta que dicho concepto tiene su origen en el incumplimiento definitivo del negocio jurídico, respecto de lo cual, los integrantes de la Unión Temporal responden solidariamente, en los mismos términos de la norma antes citada. En este sentido, la Sala modificará el fallo apelado.

94. Finalmente, pone de presente la Sala que la *causa petendi* respecto a la cual ha orbitado la controversia corresponde a la nulidad de las Resoluciones 938 y 941 de 2011 y 121 y 534 de 2012, y que el presunto pago de las pólizas de seguro que respaldaron el contrato estatal de consultoría 165 de 2008, que aduce la aseguradora en la apelación, corresponde a un argumento nuevo, no alegado como medio exceptivo o de defensa durante el proceso, que solo fue introducido en la alzada; en consecuencia, se trata de un aspecto que no fue sometido oportunamente a consideración de la contraparte ni del *a quo*, por lo que no fue objeto del proceso, de manera que un pronunciamiento sobre el particular conllevaría el desconocimiento del principio de congruencia, sin perjuicio que ello pueda ser aducido por La Aseguradora en las instancias en las que la entidad pública reclame el pago de las sumas de la liquidación judicial motivo de este fallo.

.

Costas

95. Habida consideración de que en este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala se abstendrá de condenar en costas en la medida en que los cargos de apelación prosperaron parcialmente.

96. Lo anterior teniendo en cuenta que, aun cuando la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, su procedencia se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente, a la parte que ha resultado vencida, "*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*".

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

PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 27 de septiembre de 2018, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de las demandas acumuladas 20140022401 y 2014135700, la cual quedará así:

"*PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución 938 de 2011 y la Resolución 941 de 2011, expedida por la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES y como consecuencia:*

a) SUPRIMIR la expresión "total", contenida en el artículo primero de la Resolución 938 de 2011, en el sentido de que el incumplimiento en el que incurrió la Unión Temporal Red Byte Tech - SISA fue parcial, en lo demás quedará igual el precepto.

b) MODIFICAR el artículo tercero de la Resolución 938 de 2011, el cual quedará así: "Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato 165 de 2008 suscrito con la Unión Temporal Red Byte Tech – SISA, conformada por RED BYTE TECH S.A. CON UNA PARTICIPACIÓN DEL 99% y la FIRMA SISTEMAS INTEGRALES DE INFORMÁTICA SISA S.A., CON UNA PARTICIPACIÓN DEL 1%, de forma solidaria".

c) MODIFICAR el artículo primero de la Resolución 941 de 2011, modificado por el artículo cuarto de la Resolución 938 de 2011, el cual quedará así: "Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento contractual, amparado por la póliza No 1017418 de la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. por valor de MIL CUATROCIENTOS DIECIOCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS DOS PESOS MCTE ($1.418'286.202) *a favor de la entidad".*

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de las Resolución 121 de 28 de febrero de 2012, repuesta por la Resolución 534 de 13 de agosto de 2012, por las razones expuestas y, como consecuencia:

a) MODIFICAR el artículo primero de la Resolución 121 de 28 de febrero de

2012, modificado por el artículo segundo de la Resolución 534 de 13 de agosto de 2012, que quedará así: "LIQUÍDESE UNILATERALMENTE el contrato 165 de 2008, incluyendo la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS MCTE ($3.807'288.987) a favor de la entidad, por valores recibidos y no ejecutados.

b) ANULAR el artículo tercero de la Resolución 534 de 13 de agosto de 2012, que descontaba $3.471'350.588, por bienes intangibles, de la suma $23.196'269.861, erradamente liquidada a favor de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

c) MODIFICAR el artículo cuarto de la Resolución 534 de 13 de agosto de 2012, que quedará así: "LA UNIÓN TEMPORAL RED BYTE TECH – SISA conformada por RED BYTE TECH S.A. y SISTEMAS INTEGRALES DE INFORMÁTICA SISA S.A. deberá pagar a favor de la entidad dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS MCTE (3.807'288.987) por valores recibidos y no ejecutados.

d) MODIFICAR el artículo quinto de la Resolución 534 de 13 de agosto de 2012, que quedará así: "DECLÁRASE la ocurrencia del siniestro por la cobertura del pago anticipado amparado en la póliza No 1017418 expedida por la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. por valor de MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES CIENTO NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE ($1.504'109.250), recibidos por la Unión Temporal Red Byte Tech – SISA en la vigencia de 2010, pero no legalizados".

e) MODIFICAR el artículo sexto de la Resolución 534 de 13 de agosto de 2012, que quedará así: "La Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en su calidad de garante de las obligaciones contenidas en el contrato de seguro No. 1017418 respecto del amparo de pago anticipado, PAGARÁ la suma de MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES CIENTO NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE ($1.504'109.250)".

f) MODIFICAR el artículo séptimo de la Resolución 534 de 13 de agosto de 2012, que quedará así: "La Agencia Logística de las Fuerzas Militares deberá entregar las licencias de la vertical salud a la Unión Temporal Red Byte Tech – SISA en un plazo de treinta (30) días contados desde la ejecutoria del fallo proferido por el Consejo de Estado, en el proceso 25-000-23-36-000-2014-

00224-01".

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de las demandas acumuladas 20140022401 y 2014135700.

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandante. Fíjese por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada la suma de SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE ($6.586.757)".

SEGUNDO: Sin **CONDENA** en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: *se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.* ***Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI****.*