Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintidós (2022)

Referencia:	Controversias contractuales
Radicación	25000-23-36-000-2016-01065-01 (63832)
Demandante:	La Nación — Contraloría General de la República
Demandados:	Disico S.A. y Jmalucelli Travelers Seguros S.A.

Tema: Se revoca la sentencia de primera instancia que declaró el incumplimiento del contrato celebrado para adquirir e implementar un *software* porque (i) la entidad recibió el programa a satisfacción y el contrato se liquidó de mutuo acuerdo; y (ii) las obligaciones poscontractuales alegadas en realidad se refieren a obligaciones contractuales cuyo cumplimiento podía comprobarse al recibir el programa.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos por Jmalucelli Travelers Seguros S.A. (en adelante, la "Aseguradora") y Disico S.A. (en adelante, "Disico") contra la sentencia del 21 de junio de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que resolvió lo siguiente:

> <<**PRIMERO:** Se **DECLARA** el incumplimiento del Contrato 506 del 29 de noviembre de 2013 por parte de la sociedad DISICO S.A., respecto de la obligación de garantía de calidad y buen funcionamiento del PROGRAMA RDR, en atención a la parte motiva de esta providencia.
>
> **SEGUNDO:** Se **HACE EFECTIVA** la cláusula penal pecuniaria establecida en el Contrato 506 del 29 de noviembre de 2013, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.
>
> **TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la sociedad **DISICO S.A.** a pagar a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, la suma de **DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MCTE (265.000.000.oo)**. Esta suma de dinero causará intereses de mora de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011.

CUARTO: Se **DECLARA la ocurrencia del siniestro** asegurado, en relación a: i) la garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos; y ii) calidad del servicio, de acuerdo a lo establecido en esta sentencia.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA a JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS** pagar a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA la suma de **QUINIENTOS TREINTA MILLONES PESOS MCTE ($530.000.000.oo)**. Esta suma de dinero causará intereses de mora de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011.

SEXTO: Sin costas, ni agencias en derecho.

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

La Sala es competente para proferir esta providencia en segunda instancia, de acuerdo con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), que dispone que esta corporación conocerá de las apelaciones interpuestas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos en primera instancia. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca conoció el proceso en primera instancia en virtud de la cuantía de la demanda[1], según el numeral 5 del artículo 152 del mismo Código.

Los recursos de apelación fueron admitidos mediante providencia del 2 de mayo de 2019[2]. En el auto del 29 de mayo de 2019[3] se dio traslado para que se presentaran alegatos de conclusión. La Aseguradora y Disico se pronunciaron oportunamente[4]. La Nación — Contraloría General de la República (en adelante, la "Contraloría") y el Ministerio Público guardaron silencio. El 18 de enero de 2022 el magistrado Alberto Montaña Plata declaró su impedimento para conocer el asunto con base en la causal 9 del artículo 141 del CGP[5]. El impedimento será negado en la parte resolutiva de esta providencia, pues no se advierte que se configure una afectación a la imparcialidad teniendo en cuenta que la persona con quien se tiene relación no es actualmente representante legal de la parte demandante, ni participó en los hechos a los que se refiere este proceso.

I. ANTECEDENTES

A.- La posición de la parte demandante

1.- El 25 de mayo de 2016 la Contraloría presentó demanda[6] contra Disico y la Aseguradora con las siguientes pretensiones:

---

[1]El valor de la mayor pretensión fue estimado en mil doscientos noventa y un millones ciento seis mil cuatrocientos ochenta y dos pesos ($1.291.106.482) que equivalía a mil ochocientos setenta y dos punto sesenta y cuatro salarios mínimos mensuales legales vigentes (1872,64 SMMLV). Fl. 31 del Cuaderno 1.
[2]Fl. 265 del Cuaderno Principal.
[3]Fl. 269 del Cuaderno Principal.
[4]Fls. 277 a 297 y 298 a 312 del Cuaderno Principal.
[5]Índice 21 del Samai.
[6]Fls. 41 a 56 del Cuaderno 1.

<<**PRIMERA:** Se declare la existencia del contrato No 506 celebrado el 29 de noviembre de 2013 entre la Contraloría General de la República y la firma contratista de DISICO S.A., cuyo objeto era: "adquisición instalación y puesta en marcha de software de grabación de audio y video para las salas de audiencia a nivel nacional de la Contraloría General de la República licenciado a perpetuidad y garantía ", conforme se ha demostrado en los hechos y los medios probatorios allegados con la presente solicitud.

SEGUNDA: Se declare que la demandada DISICO S.A. incumplió el contrato 506 de 29 de noviembre de 2013, suscrito con la Contraloría General de la República, en lo atinente a las obligaciones contenidas en la cláusula novena[7] (9º) del aludido contrato así como los apartes de los estudios previos y la oferta presentada por la firma contratista demandada DISICO S.A., de conformidad con lo expuesto en los argumentos de hecho y derecho contenidos en el presente medio de control judicial.

TERCERA: Se declare que, por el incumplimiento del contrato se debe hacer efectiva la garantía única de cumplimiento que amparó la ejecución del contrato, identificada en el encabezado de este acápite.

CUARTA: Se ordene a la firma DISICO S.A. y/o a la aseguradora CARDINAL COMPAÑIA DE SEGUROS SA (hoy JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.), el pago de la cláusula penal pecuniaria equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total de contrato incumplido, de conformidad con lo previsto en las Cláusula Decima Quinta y Vigésima Cuarta del contrato 506 de 29 de noviembre de 2013 y con la póliza única de cumplimiento identificada en el encabezado de este acápite.

QUINTA: Que se ordene a la firma DISICO S.A. el reintegro de la suma de MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CIENTO SEIS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS ($1.291'106.482), suma que corresponde al valor no ejecutado del contrato 506 de 2013 por parte de la demandada DISICO SA.

SEXTA: Que sobre las sumas reclamadas y pagadas con ocasión de la presente pretensión de controversias contractuales, se liquide y pague la actualización monetaria e intereses bancario corriente a la máxima tasa permitida en favor de mi representada y a cargo de la demandada DISICO SA., desde el 27 de diciembre de 2013 hasta cuando se efectúe el pago por el contratista o la aseguradora.

(…)

NOVENA: Que se condene al pago de costas judiciales y agencias en derecho a cargo de la entidad incumplida DISICO S.A., y a favor de mi representada Contraloría General de la República.>>.

2.- La Contraloría basó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 29 de noviembre de 2013 Disico y la Contraloría celebraron el contrato No. 506 para adquirir, instalar y poner en marcha un *software* de grabación de audio y video para las salas de audiencia de la entidad <<*LICENCIADO A PERPETUIDAD Y GARANTÍA*>>. El programa se denominó <<*Registro Dual de Reuniones — RDR*>>. El valor del contrato fue de mil trescientos veinticinco millones de pesos ($1.325.000.000)

[7]En lo pertinente, la cláusula indica lo siguiente: <<*CLÁUSULA NOVENA.- OBLIGACIONES DEL COTNRATISTA: (…) a) Entregar el documento que certifique que el derecho que tiene la CGR, para recibir los servicios de acceso a las nuevas versiones de software liberadas y la atención de fallas de las licencias mencionadas, durante el período de garantía. b) Mantener actualizadas las versiones, parches y herramientas y documentar de manera técnica lo referente a la liberación de nuevas versiones* (…)>>

2.2.- Cardinal Seguros S.A. (hoy la Aseguradora) expidió la póliza de seguro de cumplimiento 10428-0 del 4 de diciembre de 2013. Dentro de los amparos se encontraban los de (i) calidad del servicio y (ii) la calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados.

2.3.- El 5 de diciembre se firmó el acta de inicio del contrato. El plazo del contrato sería de treinta (30) días, en los cuales se debería entregar, instalar, configurar, parametrizar y poner en funcionamiento el *software*, y realizar capacitaciones del programa. Adicionalmente, se pactó un año de garantía para que Disico prestara <<*los servicios de soporte técnico, actualización y mantenimiento*>>.

2.4.- El 23 de diciembre de 2013 —diecinueve (19) días después de iniciada la ejecución—, el supervisor del contrato y Disico suscribieron el acta de recibo a satisfacción del contrato. Al día siguiente, el supervisor expidió la constancia de recibo a satisfacción.

2.4.1.- El 27 de marzo de 2014 las partes firmaron el acta de liquidación final del contrato. En este documento no se dejó salvedad sobre el recibo a satisfacción. Se indicó que el contratista prestaría los servicios de soporte técnico, actualización y mantenimiento por un año contado desde el 24 de diciembre de 2013.

2.5.- No obstante, en la etapa poscontractual el contratista ejecutó varias actividades, entre ellas algunas reuniones de capacitación. Luego de varias comunicaciones entre las partes, el 20 de agosto de 2015 se realizaron pruebas del software, en las cuales se constató que no funcionaba. Aunque el contratista realizó varias mejoras al *software* con posterioridad al vencimiento del plazo del contrato y de su liquidación, el programa nunca funcionó. Por el contrario, presentó las siguientes fallas:

2.5.1.- No cumplió con las *especificaciones mínimas* previstas en los *estudios previos*[8]. Además, no tenía las *condiciones que ofertó el contratista*[9]; por ejemplo, el *software* no se pudo empalmar con el Sistema de Aseguramiento Electrónico de Expedientes (en adelante, “sistema SAE”).

2.5.2.- Disico *no cumplió con las obligaciones* del contrato porque (i) no entregó el documento que acredite que la Contraloría tiene derecho a recibir nuevas versiones del *software* liberadas y (ii) la versión inicial del sistema no fue actualizada, ni se cuenta con una versión estable. En ese sentido, no atendió los requerimientos que hizo la entidad para cumplir esta obligación.

---

[8]El programa (i) no catalogó la información; (ii) no permite buscar las audiencias y los declarantes; (iii) no permite consultar las actuaciones procesales; (iv) no permite grabar la información en CD o DVD; (v) no tenía protocolos de conexión segura del sistema; (vi) solo era operativo en Windows 7 en una velocidad de 32 bits —y no en 64 bits o en Windows 8—, lo cual no permitía actualizar los equipos informáticos; (vii) la función de búsqueda y consulta de audiencias genera errores; (viii) el reconocimiento de voz es de baja calidad y no permite ubicar las frases utilizadas por los actores del proceso de responsabilidad fiscal; y (ix) no se puso en funcionamiento la versión definitiva y acabada del software.

[9](i) El acta de las diligencias que genera el sistema presenta falta de datos necesarios para la identificación y (ii) no se observan aplicaciones como agenda de salas, estadísticas, administrador de medios.

2.6.- En enero de 2014 la Contraloría celebró un contrato con un tercero para compatibilizar el programa de grabación con el sistema SAE. Esta integración no se pudo realizar por las fallas del programa. El *software* no cumplió las funciones fundamentales para su implementación y ejecución: <<*NUNCA HAN ESTADO DISPONIBLES PARA SER OPERATIVAS*>>.

2.7.- Como consecuencia del incumplimiento, Disico debía ser condenado a devolver mil doscientos noventa y un millones ciento seis mil cuatrocientos ochenta y dos pesos ($1.291.106.482) que no ejecutó. Además, el contratista o la Aseguradora deberían pagar la cláusula penal pecuniaria que correspondía a una sanción <<*independientemente de la indemnización plena de los perjuicios*>> por un valor equivalente al <<*20% del valor total del contrato*>>.

B.- Posición de la parte demandada

3.- Disico se opuso a la prosperidad de las pretensiones: por un lado, indicó que cumplió las obligaciones del contrato. El programa sí funcionó a tal punto que hubo (i) una constancia de recibo a satisfacción expedida el 23 de diciembre de 2013, (ii) una certificación de cumplimiento del 24 de diciembre de 2014 y (iii) el acta de liquidación bilateral sin salvedades del 27 de marzo de 2014. Esa acta implica que no puede declararse la vigencia posterior del contrato, porque las partes lo dieron por extinguido.

3.2.- Los problemas que señala la Contraloría se deben a la integración del programa RDR con el sistema SAE. Esto no era atribuible a Disico. Su obligación consistió en suministrar a la Contraloría hasta mil horas de programación, lo cual cumplió, y fue pagado por la entidad.

3.2.1.- En todo caso, suministrar las horas de programación no era una obligación de resultado, porque el sistema SAE fue fabricado por un tercero. De hecho, lo coherente hubiera sido que ese sistema se integrara con el programa RDR, y no al revés. Lo anterior, porque el programa desarrollado por Disico fue recibido primero por la entidad.

3.3.- Si bien Disico realizó actuaciones luego de la liquidación, esto se debió su afán de colaborar con la entidad, incluso por fuera de los límites de sus compromisos contractuales. En efecto, los requerimientos de la Contraloría fueron posteriores al agotamiento de la garantía: las fallas fueron advertidas en la comunicación del 21 de septiembre de 2015 y la garantía venció el 24 de diciembre de 2014.

4.- La Aseguradora contestó, entre otros asuntos, que Disico cumplió el contrato, lo cual implica que no se haya constituido el siniestro cubierto.

C.- La sentencia recurrida

5.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones[10] con base en las siguientes consideraciones:

5.1.- Aunque el programa fue recibido a satisfacción, ello no significa que <<*fue entregado en óptimas condiciones*>>. Esto, porque el contrato contaba con una garantía. En esta etapa poscontractual la entidad busca constatar o verificar que el producto cumple <<*con todas las características exigidas*>>. En ese sentido, la <<*calidad del producto no es un aspecto que se puedan constatar al momento de la entrega; sino precisamente en el periodo de garantía con ocasión de las pruebas de funcionamiento; y el uso propio del producto*>>[11].

5.2.- Sí se configuró el incumplimiento de la garantía otorgada; conforme al testimonio de Sandra Chuquin, funcionaria de la Contraloría, <<*el programa nunca funcionó*>>[12]. Por esto no pudo integrarse con el sistema SAE.

5.2.1.- Además, el contratista incumplió la carga procesal de demostrar que el programa funcionó adecuadamente durante el término de garantía y que, una vez requerido por la entidad, realizó las revisiones técnicas y las reparaciones pertinentes.

5.3.- No es cierto que las deficiencias se hubieran presentado después del vencimiento de la obligación de garantía, porque desde el 19 de agosto de 2014 estas no lograron superarse, como se deriva del informe de supervisión del 5 de mayo de 2015. Esto fue ratificado por el testimonio de Sandra Chuquin.

5.4.- Como consecuencia de lo anterior, condenó a Disico a pagar la cláusula penal. Este pago debía realizarlo únicamente el contratista, porque era viable declarar el siniestro de manera independiente, teniendo en cuenta los riesgos asegurados.

5.5.- Condenó a la Aseguradora a pagar quinientos treinta millones de pesos ($530.000.000). Declaró que ocurrieron dos siniestros: (i) el siniestro de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados por un valor de doscientos sesenta y cinco millones de pesos ($265.000.000); y (ii) el siniestro de calidad del servicio por doscientos sesenta y cinco millones de pesos ($265.000.000).

5.6.- Negó la solicitud de reintegro de mil doscientos noventa y un millones ciento seis mil cuatrocientos ochenta y dos pesos ($1.291'106.482), pues la entidad liquidó bilateralmente el contrato sin hacer salvedades en el acta. Además, la Contraloría no demostró que el contratista no hubiera incurrido en esos costos.

D.- Recursos de apelación[13]

[10]Fls. 188 a 202 del Cuaderno Principal.
[11]Fl 195 del Cuaderno Principal (anverso).
[12]Fl. 196 del Cuaderno Principal.
[13]No hubo oposición porque la Contraloría no se pronunció durante el trámite de los recursos.

6.- La Aseguradora[14] y Disico[15] recurrieron, entre otros motivos, por los siguientes:

6.1.- El tribunal se equivocó al declarar el incumplimiento porque desconoció que hubo una liquidación realizada de mutuo acuerdo que produjo efectos extintivos, un recibo a satisfacción de la entidad y el contratista respondió los requerimientos realizados por la entidad.

6.2.- En ese sentido, el tribunal hizo una valoración errada de las pruebas: (i) la Contraloría firmó un otrosí al contrato de integración, en el que admite que el programa RDR permitió ser integrado y (ii) se valoró indebidamente el testimonio de Sandra Chuquin, pues ella no participó en la ejecución del contrato. Además, se contradice porque indica que el programa nunca funcionó a pesar de que en el modificatorio se indicó lo contrario.

II. CONSIDERACIONES

E.- Decisión a adoptar y plan de exposición

7.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada en el término previsto en el numeral iii) del literal j)[16] del numeral 2 del artículo 164 del CPACA. Si bien el acta de liquidación se suscribió el 27 de marzo de 2014[17], el término estuvo suspendido entre el 28 de marzo de 2016 y el 25 de mayo de 2016 en virtud del trámite de conciliación extrajudicial[18]. Como la demanda fue presentada el 25 de mayo de 2016[19], no operó la caducidad del medio de control.

8.- El demandante plantea que existe responsabilidad del demandado por dos motivos: primero, el programa suministrado nunca funcionó: se desconocieron las especificaciones técnicas, las especificaciones de la propuesta del contratista y no se entregó el documento que acredita que la Contraloría tiene derecho a recibir nuevas versiones del *software* liberadas. Segundo, la versión inicial del sistema no fue actualizada y el contratista no respondió a los requerimientos de la entidad.

9.- La Sala revocará la sentencia porque no se demostró el incumplimiento de Disico[20] y, por ende, no hay lugar a declarar responsabilidad de dicha sociedad o de la Aseguradora. Esto, porque (i) cuando existe un acta de liquidación bilateral suscrita sin salvedades, el cumplimiento de las obligaciones del contrato no puede verificarse en la fase poscontractual; y (ii) los supuestos incumplimientos en sede poscontractual en realidad se refieren al cumplimiento de obligaciones contractuales.

---

[14]Fls. 207 a 232 del Cuaderno Principal.
[15]Fls 233 a 248 del Cuaderno Principal.
[16]<<j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.;>>
[17]Fl. 111 y 113 del Cuaderno 2. El mismo documento está en fls. 74 a 77 del Cuaderno 1.
[18]Fl. 231 del Cuaderno 2.
[19]Fls. 32 y 34 del Cuaderno 1.
[20]Como se revocará la decisión porque no hay lugar a declarar incumplimiento, es innecesario estudiar los demás motivos planteados en los recursos.

10.- En la primera parte se estudiarán cuáles eran las obligaciones contractuales y por qué quedaron saldadas con la liquidación bilateral. En la segunda parte se estudiarán cuáles fueron los incumplimientos poscontractuales imputados al contratista en la fase poscontractual y por qué, en realidad, corresponden a obligaciones contractuales: no se discute que el sistema no fue actualizado, ni que no se atendieron los requerimientos de la entidad.

F.- El cumplimiento de las obligaciones contractuales no puede advertirse en la etapa poscontractual, si el programa se recibió a satisfacción; y tal incumplimiento no puede reclamarse si no se dejaron salvedades en el acta de liquidación bilateral

11.- El numeral tercero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 consagra lo siguiente sobre el contenido de la liquidación:

> <<En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.>>

11.1.- De acuerdo con la norma anterior, en el acta de liquidación realizada de mutuo acuerdo las partes se declaran a paz y salvo, a menos que en ella se plasme alguna salvedad. Es por esto que, en caso de que haya desacuerdos sobre el cumplimiento de una obligación contractual, las partes tienen el derecho a dejar <<*salvedades a la liquidación de mutuo acuerdo*>>, como lo indica el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. En caso de no dejar esas salvedades en el acta de liquidación, se entenderá que el acreedor de la obligación está conforme con la ejecución contractual: la obligación se cumplió adecuadamente y, por ende, declara que la parte deudora queda a paz y salvo.

11.2.- La Subsección C ha indicado lo siguiente retomando una posición decantada en la jurisprudencia:

> <<Al respecto, la Sala quiere enfatizar la siguiente idea, ya incorporada a su jurisprudencia: las reclamaciones, constancias o inconformidades que deben constar en el acta son todas las que existan y hayan surgido a más tardar para el instante en que se suscribe la liquidación bilateral del contrato, de allí que si alguna parte del negocio estima que una decisión, actitud, comportamiento o hecho de la otra parte le causó un daño, debe ponerlo en conocimiento en ese momento, para que, eventualmente, se solucione el problema, y en caso de no lograrlo, para que la constancia le permita, posteriormente, acceder a la jurisdicción. Sin embargo, la excepción a esta regla se presenta cuando los hechos ocurren con posterioridad a la liquidación[21]>>.

12.- De acuerdo con lo anterior, es claro que la liquidación pone fin a las obligaciones que deben cumplirse en el marco del contrato. No obstante, puede que existan obligaciones poscontractuales. Por esto el inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 indica lo siguiente:

[21]Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de marzo de 2015, exp. 28554, C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz.

> <<Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato>>.

12.1.- La norma expuesta indica que se deben mantener las garantías relacionadas con las <<*obligaciones que* (se) *deba*(n) *cumplir*>> luego de terminado el contrato. De esta forma, es claro que la entidad debe verificar el cumplimiento de las obligaciones que fueron ejecutadas dentro del plazo contractual, pues las garantías que se suscriben en el momento de la terminación del contrato sólo se refieren a (i) el cumplimiento de obligaciones que deben cumplirse luego de terminado el contrato o (ii) las obligaciones cuyo incumplimiento no fue posible verificar a la terminación del contrato y que solo pueden evidenciarse con posterioridad.

12.2.- Esto es concordante con lo indicado por el Código Civil en relación con el pago. De acuerdo con el artículo 1627, el pago se refiere a que la prestación adeudada se realiza <<*bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación*>>. Así, si bien puede haber obligaciones posteriores a la terminación, ello no releva el deber de estudiar adecuadamente el cumplimiento del objeto cuando se realiza el pago. El profesor Gaspar Ariño explica lo siguiente:

> <<Si la prestación que se le ofrece por el contratista es objetivamente exacta, el contratista tiene derecho a verse liberado y, correlativamente la administración contratante, estará obligada aceptarla con independencia de que esté más o menos satisfecha con el resultado obtenido como consecuencia de la ejecución del contrato que ella misma programó y concertó… Se trata del acto cuya finalidad consiste en que la Administración compruebe que la prestación ofrecida por el Contratista concuerda exactamente con la debida .... se trata de una carga del acreedor que ha de cooperar con el deudor en el cumplimiento para que éste quede liberado, pero también de una facultad del mismo puesto que el interés que para él representa el derecho de crédito sólo quedará plenamente satisfecho si efectivamente existe una total coincidencia entre la prestación realizada y la programada.
>
> (…)
>
> Por el contrario si el acreedor constata que la prestación que le ha sido ofrecida por el deudor no coincide con la debida por ser parcial o defectuosa, podrá adoptar una de estas tres actitudes: (i) rehusar la prestación; (ii) aceptarla pero haciendo constar las objeciones o reservas precisas, caso en el cual se habría producido un cumplimiento parcial o defectuoso (iii) aceptarla sin protesta ni reserva alguna. En este último caso, tanto si conocía los vicios o defectos de la prestación en el momento del cumplimiento, **como si le pasaron desapercibidos por haber faltado a la diligencia que les exigidas en dicho momento por aplicación de los principios de diligencia y auto responsabilidad le queda vedado dirigir posteriormente acción alguna frente al deudor para la subsanación de los mismos**.
>
> (…)
>
> Todo cuanto queda dicho hasta aquí presupone que los defectos o vicios de la prestación son aparentes es decir que el acreedor pudo conocerlos en el momento del cumplimiento de ahí que cuando el Código Civil regula esta materia en aquellos contratos que tienen por objeto la entrega de cosas materiales como son la compraventa el arrendamiento y la obra sólo se ocupa de la garantía o saneamiento por vicios ocultos y no manifiestos. El

> legislador concede un plazo a partir del momento del cumplimiento para que los vicios se manifiesten y por tanto puedan ser apreciados por el adquirente a fin de que éste pueda ejercitar frente al deudor las correspondientes acciones>>[22].

13.- En el presente caso se constata que la Contraloría y Disico suscribieron un acta de liquidación en la que acordaron lo siguiente:

> <<SEGUNDO: Una vez suscrita la presente acta de liquidación final, las partes contratantes se declaran a paz y salvo por todo concepto en los aspectos relacionados con el Contrato No. 506 de 29 de noviembre de 2013 y renuncian a cualquier reclamación futura.
>
> TERCERO: El contratista garantizará por un (1) año los servicios de soporte técnico, actualización y mantenimiento, contado a partir de la expedición del certificado de recibo a satisfacción por parte del supervisor (esto es 24 de diciembre de 2013), obligación respecto de la cual el supervisor deberá efectuar su seguimiento y control.
>
> CUARTO: Declarar que el mencionado contrato, que por la presente acta se liquida, se cumplió a cabalidad por las partes contratantes[23]>>.

13.1.- De acuerdo con la liquidación suscrita, las partes se declararon a paz y salvo: indicaron además que el contrato se cumplió <<*a cabalidad*>>. Por esto, renunciaron expresamente <<*a cualquier reclamación futura*>>.

13.2.- Lo expresado en la liquidación tiene se relaciona con los siguientes documentos en los que participó la Contraloría y que avalan el cumplimiento del contratista:

> a.- Suscribió un acta de recibo a satisfacción con el contratista el 23 de diciembre, que tuvo por objetivo analizar que el *software* cumpliera con los <<*requerimientos técnicos establecidos en los términos de referencia*>>[24] y en la que se recibió el *software* <<*licenciado a perpetuidad y garantía*>>.
>
> b.- Ese mismo día, el jefe de la Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático también certificó que la ejecución del contrato <<*se llevó a cabo de manera oportuna y eficiente, por tal razón la calificación es* ***EXCELENTE***>>[25]. Al día siguiente, el mismo funcionario indicó que Disico cumplió <*con las actividades propias del contrato 506 del 2013*>>[26] y reiteró la calificación del contratista como excelente.
>
> c.- El 18 de marzo de 2016 un profesional universitario verificó el cumplimiento del contrato. Después de analizar cada uno de los requerimientos técnicos, indicó en su informe que <<*a fecha del 23 de diciembre de 2013, el sistema cumplía con los requerimientos descritos a excepción del almacenamiento central, el cual no era*

---

[22]Ariño, Gaspar. Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas, T. III. España: Editorial Comares,2005, pp. 991, 1007 y 1009.
[23]Fl. 112 del Cuaderno 2 (anverso) y fl. 77 del Cuaderno 1.
[24]Fl. 165 del Cuaderno 2 y fl. 71 del Cuaderno 1.
[25]Fl. 95 del Cuaderno 2 y fl. 73 del Cuaderno 1.
[26]Fl. 96 del Cuaderno 1.

posible verificar ya que las 1000 horas programas en el contrato estaban destinadas para esta labor de integración con SAE>>[27].

14.- De acuerdo con lo anterior, es claro que la Contraloría no puede reclamar perjuicios por el incumplimiento de obligaciones cuya satisfacción pudo constatar antes de la suscripción de la liquidación.

14.1.- La <<*entrega, instalación, configuración, parametrización, puesta en funcionamiento, capacitación y entrega del documento de garantía*>>[28] debían llevarse a cabo dentro del plazo de ejecución del Contrato, de acuerdo con su cláusula sexta. Por esto, no es viable declarar el incumplimiento de dichas obligaciones teniendo en cuenta el acta de liquidación bilateral de las partes y los documentos suscritos previamente. En ese sentido, no puede haber declaratoria de responsabilidad de Disico por (i) los defectos de las especificaciones mínimas del *software* que obraban en los estudios previos o (ii) las condiciones que se encontraban en la oferta del contratista.

G.- Los incumplimientos "poscontractuales" corresponden en realidad a las obligaciones contractuales y, en todo caso, no existe prueba de que se haya requerido al contratista en la vigencia de la obligación poscontractual

15.- No se demostró que se incumplieran las obligaciones poscontractuales. El incumplimiento que se está imputando se refiere en realidad a obligaciones contractuales y, en todo caso, las reclamaciones al contratista se realizaron con posterioridad al vencimiento del período de garantía.

16.- De acuerdo con el contrato[29] y el acta de liquidación[30], las obligaciones poscontractuales se referían al soporte técnico, actualización y mantenimiento del programa RDR. El incumplimiento alegado, sin embargo, no corresponde a alguna de esas labores, en la medida en que la misma Contraloría indicó que el programa <<*nunca*>> cumplió las especificaciones.

17.- En ese sentido, no se trata de que el contratista no brindara soporte, actualizara o mantuviera el programa, sino que éste nunca cumplió con los requerimientos. Si *nunca* cumplió con los requerimientos, era evidente que no podía funcionar y, por ende, no debió ser recibido por la Contraloría: no debió certificarse el cumplimiento a satisfacción; y mucho menos debió liquidarse sin salvedades. Esto significa, entonces, que lo que se discute como obligación poscontractual o como incumplimiento de la garantía de calidad (actualización, soporte técnico o mantenimiento) en realidad corresponde al cumplimiento de las obligaciones del contrato, frente a las cuales la entidad emitió paz y salvo y renunció a <<*cualquier reclamación futura*>>. Al respecto, se encuentran las siguientes pruebas:

---

[27] Fl. 230 del Cuaderno 2.
[28] Fl. 77 del Cuaderno 2. En todo caso, frente a la entrega de la garantía es claro que el acta de liquidación es un documento que contiene una certificación sobre el año en que la Contraloría recibiría los servicios poscontractuales.
[29] Fl. 77 del Cuaderno 2.
[30] Fl. 112 del Cuaderno 2 (anverso) y fl. 77 del Cuaderno 1.

17.1.- Existen dos informes emitidos por la misma entidad en los que indican los incumplimientos del Disico. En el primero, emitido el 8 de mayo de 2015, se indica que el programa no cumple con varias especificaciones mínimas y que la integración al sistema SAE se vio afectada por la <<*no entrega del* software *definitivo*>>[31].

17.1.1.- El segundo informe fue rendido por Sandra Chuquin el 21 de septiembre de 2015. En este documento se describieron detalladamente las especificaciones previstas en los estudios previos y de la oferta del contratista que fueron incumplidas. Y aunque se manifiesta que la versión inicial <<*no fue actualizada*>>[32], lo cierto es que se indicó que la versión revisada nunca cumplió las especificaciones del contrato. Así las cosas, no se trataba de que el programa no fuera actualizado, sino que no debió recibirse a satisfacción.

17.2.- Cabe indicar que esa funcionaria rindió su testimonio en el proceso. En él indicó que <<*varias de las funcionalidades que se pedían no estaban en el sistema*>>[33] y afirmó que el programa nunca funcionó: <<*nunca lo vio operando*>>[34]. Incluso admitió que la verificación de las funcionalidades era lo que, en su opinión, debería haberse verificado al momento de recibir el programa. De hecho, el 20 de agosto de 2015 la Contraloría realizó una audiencia[35] en la que constató que el programa no cumplió los requerimientos ofertados.

18.- Adicionalmente, es claro que durante el período que transcurrió entre el 24 de diciembre de 2013 y el 24 de diciembre de 2014, la Contraloría no hizo requerimientos al contratista por el incumplimiento de las especificaciones contractuales, sino sobre la integración con el sistema SAE.

18.1.- Como indica el tribunal, el informe del 8 de mayo de 2015 señala las actuaciones adelantadas por la Contraloría en 2014. En ese año las reuniones realizadas se referían a las labores de integración del programa con el sistema SAE.

18.2.- Según el tribunal, en la reunión del 19 agosto de 2014 se indicaron los problemas del sistema porque no <<*figuran las especificaciones técnicas requeridas por el* software *y en la oferta*>>[36]. Ello sin embargo es un asunto que sólo se manifiesta en el informe de 2015. En el acta de la reunión[37] realizada el 19 de agosto de 2014 se indicó que (i) Disico realizó la simulación de la grabación; (ii) que el sistema SAE recibía la notificación y realizaba la asociación de la audiencia; y (iii) que no se requería una reunión adicional. Así entonces, conforme a dicha acta, no se requirió al contratista sobre el incumplimiento.

---

[31]Fl. 120 del Cuaderno 2.
[32]Fl. 185 del Cuaderno 2.
[33]Minuto 24:30 a 24:38. (cd de fl. 147 del Cuaderno 1).
[34]Minuto 27:04 a 27:07. (cd de fl. 147 del Cuaderno 1).
[35]Fls 263 t 264 del Cuaderno 2.
[36]Fl. 118 del Cuaderno 2.
[37]Fls. 130 a 132 del Cuaderno 2.

19.- Finalmente, podría discutirse si en sede poscontractual debía realizarse la integración con el sistema SAE y, por ende, si Disico incumplió esa obligación. Lo anterior, porque los requerimientos realizados al contratista en ese año se refieren a ese asunto. No obstante, lo cierto es que la funcionaria de la Contraloría que realizó el informe indicó en audiencia que <<*el problema no estuvo en la integración; el problema estuvo en el* core *propio del producto, o sea, lo que está antes de la integración*>>[38]. Así, reconoce nuevamente que el incumplimiento reclamado en sede poscontractual en realidad se refiere a las obligaciones que debieron verificarse durante la vigencia del contrato y que quedaron saldadas con el acta de liquidación bilateral.

H.- Costas

20-. Teniendo en cuenta que el recurso presentado por la parte demandada prosperó, la Sala condenará en costas de primera y segunda instancia a la Contraloría General de la República, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP. Se liquidan las agencias en derecho de segunda instancia en cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, de acuerdo con los criterios y tarifas señaladas por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión desplegada en el trámite del recurso. En ese sentido, dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias de derecho en segunda instancia corresponden a Disico y los otros dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes son de Jmalucelli Travelers Seguros S.A.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGASE el impedimento manifestado por el magistrado Alberto Montaña Plata.

SEGUNDO: REVÓCASE la sentencia proferida el 21 de junio de 2018 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, **DESESTÍMANSE** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDÉNASE a la Nación — Contraloría General de la República en costas de primera y segunda instancia a favor de Disico S.A. y de Jmalucelli Travelers Seguros S.A. Por Secretaría, liquídese según lo dispuesto en el artículo 366 del CGP e inclúyase, por concepto de agencias en derecho de segunda instancia, la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, conforme a lo indicado en la parte motiva.

[38]Minuto 38:41 a 38:52 (cd de fl. 147 del Cuaderno 1).

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen para su cumplimiento, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado