

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**INNOVACIÓN TECNOLÓGICA LTDA – INNOVATEK LTDA
CONTRA
INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**

LAUDO ARBITRAL

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la Ley 1563 de 2012 para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros **HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE** – Presidente -, **IVÁN GUILLERMO LIZCANO ORTÍZ** y **WILLIAM ZAMBRANO CETINA**, a dictar el Laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **INNOVACIÓN TECNOLÓGICA LTDA**, (en lo sucesivo, la convocante o **INNOVATEK**) y el **INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**, (en lo sucesivo, la convocada o **INMLCF**).

El presente Laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

I. ANTECEDENTES DE ESTE PROCESO ARBITRAL - SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE

1. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS

Según dan cuenta las probanzas, el 25 de septiembre de 2006, el **INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES** suscribió con **INNOVACIÓN TECNOLÓGICA LTDA**, el Contrato de Compra Venta No. 011-2006-DG, cuyo objeto, en síntesis, consistió en *la adquisición de un (1) ICP masas con ablación láser con destino a la Dirección Regional de Bogotá, por un precio unitario de \$1.049.800.000¹.*

¹ Ver folios 1 a 5 del cuaderno de pruebas número 4.

El contrato así celebrado, fue precedido del proceso de selección del contratista, actuación que se surtió bajo la licitación pública No 015 de 2006, por así imponerlo el régimen legal aplicable (Ley 80 de 1993, Decreto 2170 de 2002).

2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

En el citado contrato se pactó cláusula compromisoria aplicable a las diferencias con ocasión de la ejecución del negocio jurídico, cuyo texto fue, el siguiente:

“DÉCIMA NOVENA. COMPROMISORIA. Las controversias que surjan con ocasión del desarrollo del objeto contractual y de las obligaciones derivadas del mismo, se solucionarán si llegaren a fracasar los mecanismos antes contemplados, a través de un Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto por la Cámara de Comercio de Bogotá dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la presentación de la petición por cualquiera de las partes contratantes y cuyos costos serán asumidos por igual, tanto por el Instituto como por el Contratista. El Tribunal estará integrado por un número impar de árbitros especialistas en Derecho Administrativo o Contratación Estatal y fallarán el laudo que resulte del mismo en derecho”²

3. PARTES PROCESALES

3.1. PARTE CONVOCANTE

Es Convocante la sociedad INNOVACIÓN TECNOLÓGICA LTDA – INNOVATEK, sociedad comercial constituida mediante escritura pública No. 0003623 del 28 de julio de 1997 en la Notaría 20 de Bogotá, identificada con el NIT No. 830.034.462-7 y representada legalmente por el doctor HISLEN HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, identificado con la C.C. No. 14.234.437 de Ibagué.

La Convocante otorgó poder para su representación en el presente proceso a los abogados María Carolina Rodríguez (q, e, p, d) y Ariel Humberto Guevara Pabón³, quienes, por así disponerlo la ley, actuaron en su calidad de apoderada principal y, el segundo, como sustituto.

² Ver folio 396 del cuaderno de pruebas número 2

³ Ver folio 684 del cuaderno principal número 1

3.2. PARTE CONVOCADA

Es Convocado el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, establecimiento público del orden nacional, adscrito a la Fiscalía General de la Nación, dotado de personería jurídica, patrimonio y autonomía administrativa, creado mediante el artículo transitorio 27 de la Constitución Política de 1991, reestructurado mediante la Ley 938 de diciembre 30 de 2004.

La Convocada otorgó poder para su representación en el presente proceso al abogado Edgar Ramos Saldaña⁴.

4. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR

4.1. El día 12 de marzo de 2008, la sociedad INNOVACIÓN TECNOLÓGICA LTDA – INNOVATEK- presentó acción contractual ante Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en contra del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES – INMLCF, con el fin de que se declarara que esa sociedad había cumplido el contrato de Compra Venta No. 011-2006-DG y que como consecuencia se revocara la Resolución No. 000591 de fecha 23 de agosto de 2007, así como la Resolución No. 000883 del día 2 de noviembre de 2007, por medio de las cuales el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES – INMLCF – declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de obligaciones aseguradas, e hizo efectiva la Garantía Única No. 01-GU019852 y su Certificado Modificatorio No. 01-GU035511, expedidas por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA. Conjuntamente con estas pretensiones, pidió condenar a la demandada al pago de los perjuicios materiales y extrapatrimoniales causados, así como las costas y agencias del proceso.

4.2. Presentada la demanda y efectuado el reparto correspondiente, el Magistrado conductor del proceso procedió a su admisión, decreto y practica de pruebas, aceptación de la intervención adhesiva de la compañía de seguros “CONFIANZA”, trámite de alegaciones de conclusión y, finalmente, proferimiento de la sentencia en primera instancia, en la cual se negaron la totalidad de las pretensiones de la demanda.⁵

⁴ Ver folio 685 del cuaderno principal número 1

⁵ Ver folio 409-421 Cuaderno de pruebas 5

- 4.3. Surtida la notificación correspondiente, la demandante presentó recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, corporación que en providencia del 14 de junio de 2013, procedió a su admisión, para después, en Auto de Sala Unitaria, de fecha 14 de marzo de 2016, declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y competencia, ante la existencia de un pacto arbitral. Con esta determinación dispuso enviar el expediente al Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, indicando que para todos los efectos se tendría como fecha de presentación de la demanda el 12 de marzo de 2008. Indicó así mismo en este proveído, que las partes tendrían veinte (20) días hábiles para iniciar el trámite de integración del Tribunal⁶.
- 4.4. De conformidad con lo anterior, el día 17 de mayo de 2016, el representante legal de INNOVACIÓN TECNOLÓGICA LTDA – INNOVATEK, presentó solicitud de convocatoria arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, poniendo de presente la decisión del H. Consejo de Estado, que ordenó la remisión del expediente a ese Centro de Conciliación, Arbitraje. Con su escrito, el convocante expresó su voluntad para que el centro de arbitraje procediera a sortear los árbitros que tendrían a su cargo resolver la demanda.
- 4.5. Teniendo en cuenta lo acordado en la cláusula 19 Compromisoria ya indicada, y con base en lo definido en el numeral 3 del artículo 14 de la ley 1563 de 2012, mediante sorteo realizado el 26 de mayo de 2016, se designó como Árbitros para integrar el Tribunal, a los doctores JESÚS MARÍA CARRILLO, HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ y FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ⁷.
- 4.6. Aceptada la designación, la entidad convocada presentó recusación en contra del árbitro JESÚS MARÍA CARRILLO⁸, por estar fungiendo como apoderado de la parte demandada en proceso promovido por el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.
- 4.7. Comunicada la recusación al Doctor CARRILLO BALLESTEROS, la misma fue aceptada,⁹ por lo que se procedió a comunicar la designación que como suplente de éste se había

⁶ Ver folios 529 a 536 cuaderno de pruebas 5

⁷ Ver folios 564 a 595 del cuaderno principal número 1

⁸ Ver folios 615 a 616 del cuaderno principal número 1

⁹ Ver folio 624 del cuaderno principal número 1

hecho mediante sorteo, al doctor JORGE GABRIEL TABOADA HOYOS, el día 21 de junio de 2016¹⁰, quien guardó silencio, por lo que el día 29 de junio de 2016, se comunicó al Doctor HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE, su designación como árbitro del Tribunal, previo sorteo público ¹¹, quien oportunamente expresó su aceptación al encargo conferido¹².

4.8. Mediante comunicación del 3 de agosto de 2016, el Centro de Arbitraje convocó a las partes y el Ministerio Público a asistir a la audiencia de instalación del Tribunal para el día 16 de agosto de 2016¹³, fecha en la que, según consta en Acta No. 1, se advirtió que la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no se había realizado, por lo cual se aplazó la audiencia de instalación, para ser celebrada el día 29 de agosto de 2016¹⁴.

4.9. Llegado el día antes señalado, se llevó a cabo la audiencia de instalación, en la cual, mediante Auto No. 1 del Acta No. 2, se declaró legalmente instalado el Tribunal, se nombró al secretario¹⁵ y se reconoció personería a los apoderados de las partes, doctores MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ, en calidad de apoderada de la parte convocante, y ÉDGAR RAMOS SALDAÑA, en calidad de apoderado de la parte convocada. En la misma Audiencia de instalación, mediante Auto No. 2, se inadmitió la solicitud de convocatoria o demanda arbitral¹⁶, por lo cual, el día 5 de septiembre de 2016, la apoderada de la sociedad convocante radicó ante el Centro de Arbitraje escrito con el cual indicó subsanar la demanda arbitral¹⁷, de conformidad con lo ordenado en la providencia del Tribunal de fecha 29 de agosto de 2016.

4.10. Mediante Auto No. 3 del trece (13) de septiembre de 2016, el Tribunal fijó fecha de audiencia para decidir sobre la subsanación de la demanda presentada para el día tres (3) de octubre de 2016¹⁸. En esta fecha, mediante proveído No. 4¹⁹, fue admitida la solicitud de

¹⁰ Ver folio 630 del cuaderno principal número 1

¹¹ Ver folio 634 del cuaderno principal número 1

¹² Ver folio 638 del cuaderno principal número 1

¹³ Ver folios 659 a 681 del cuaderno principal número 1

¹⁴ Ver folio 682 del cuaderno principal número 1

¹⁵ Ver folios 692 a 694 del cuaderno principal número 1

¹⁶ Ver folios 694 a 698 del cuaderno principal número 1

¹⁷ Ver folios 703 a 706 del cuaderno principal número 1

¹⁸ Ver folios 707 a 709 del cuaderno principal número 1

¹⁹ Ver folios 713 a 716 del cuaderno principal número 1

- convocatoria a trámite. Con escrito presentado el 6 de octubre de 2016, la Convocada procedió a recurrir la providencia antes indicada²⁰.
- 4.11. Surtido el Traslado pertinente²¹, el día 3 de noviembre de 2016, el Tribunal resolvió mediante proveído No. 8, negar el recurso de la parte convocada, confirmando en todas sus partes el Auto No. 4²².
- 4.12. Surtidas las notificaciones de ley a las partes, así como al Ministerio Público el día 3 de noviembre de 2016, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el día 10 de noviembre de 2016, la parte convocada, dentro del término de traslado de la demanda, presentó un escrito de excepciones y solicitó la práctica de unas pruebas, según se aprecia en memorial radicado el día 25 de noviembre de 2016²³.
- 4.13. El día 2 de febrero de 2017 la apoderada de la sociedad convocante remitió memorial de contestación a través del cual describió el traslado de las excepciones propuestas por el Instituto de Medicina Legal²⁴.
- 4.14. Habiéndose surtido las actuaciones previas a la sesión en la que el Tribunal iría a dar curso a la audiencia de conciliación, la parte actora reformó la demanda, integrándola en un mismo texto²⁵. Esta actuación, surtida el 3 de marzo de 2017, llevó a que, previo a las valoraciones de ley, en proveído de esa misma fecha, el Tribunal admitiera la reforma a la demanda, ordenando, en consecuencia, correr traslado a la convocada por la mitad del tiempo inicial previsto para la contestación.
- 4.15. Con radicado del 10 de marzo de 2017, el Árbitro HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, presentó renuncia como miembro del Tribunal, actuación que dio origen a las actividades de notificación al suplente, doctor WILLIAM GIRALDO GIRALDO, quien aceptó sin que mediara tacha de ausencia de independencia por las partes.
- 4.16. El 10 de abril de 2017, dentro del término de traslado de la demanda, el apoderado de la parte convocada presentó escrito de contestación a la reforma a la demanda,

²⁰ Ver folios 720 a 727 del cuaderno principal número 1

²¹ Ver folios 732 a 737 del cuaderno principal número 1

²² Ver folios 747 del cuaderno principal número 1

²³ Ver folios 803 a 834 del cuaderno principal número 1

²⁴ Ver folios 838 a 847 del cuaderno principal número 1

²⁵ Ver folios 860 a 895 del cuaderno principal número 1

proponiendo excepciones, frente a las cuales, el día 25 de abril de 2017, la apoderada de la parte actora se pronunció, manifestando oponerse a las mismas.

- 4.17. El día 26 de mayo de 2017, las partes, de común acuerdo, presentaron solicitud para suspender el curso de la audiencia de conciliación por dos meses, por lo cual se dispuso su reanudación para el día 26 de julio de 2017.
- 4.18. El día 26 de julio de 2017 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo conciliatorio.

Dentro de la misma sesión, el Tribunal procedió a fijar los honorarios de los árbitros y del secretario, así como los gastos de administración, para lo cual se tomó en cuenta la cuantía de las pretensiones de la reforma a la demanda. Esta decisión quedó notificada en estrados sin oposición de las partes.

- 4.19. El día 22 de agosto de 2017, el Tribunal sesionó de manera virtual, dejando constancia de haber recibido el pago por parte de la parte convocante, tanto de su parte de los gastos y honorarios, como de la parte que le correspondía a la parte convocada dentro de los plazos legalmente previstos para tal efecto, y se fijó fecha para la audiencia inicial el día 12 de septiembre de 2017.
- 4.20. Surtida la notificación del anterior auto, el Árbitro, FRANCISCO JAVIER RICAURTE, renunció, por lo que le Tribunal suspendió el trámite y dio traslado al Centro de Arbitraje para el sorteo del árbitro que habría de reemplazarlo. Constancia de estas actuaciones obran en el expediente, a partir del mes de septiembre del año 2017.
- 4.21. En atención a lo antes indicado, y previo al trámite de sorteo pertinente, el Centro de Arbitraje informó a las partes que el árbitro designado, IVÁN GUILLERMO LIZCANO ORTÍZ había aceptado el encargo. Sobre tal designación no recayó recusación alguna, ni fue objeto de expresión de motivos de objeción a su imparcialidad como árbitro.
- 4.22. El día 25 de julio de 2018, la apoderada de la Convocante, MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ, presentó solicitud de interrupción y en subsidio, suspensión del proceso arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 1562 de 2012, por causa de enfermedad grave. Solicitud que fue denegada por el Tribunal en tanto la causa de interrupción no afectaba a todos los apoderados de la sociedad convocante.

4.23. No obstante, lo anterior, el día 26 de julio de 2018, el árbitro, doctor WILLIAM GIRALDO GIRALDO, presentó renuncia por motivos de salud, por lo cual el proceso se suspendió mientras el Centro de Arbitraje procedía a nombrar un nuevo árbitro.

4.24. La designación mediante sorteo recayó en el doctor WILLIAM ZAMBRANO CETINA, quien aceptó, sin manifestación de motivos de imparcialidad o recusación por parte de los intervinientes.

4.25. A los 26 días del mes de noviembre de 2018, el Tribunal procedió a dar curso a la Primera Audiencia de Trámite, en la que se declaró competente para resolver el litigio. Frente a esta determinación, el apoderado de la parte convocada interpuso recurso de reposición, el mismo que fue negado atendiendo la determinación del Consejo de Estado al declarar la nulidad del proceso y remitir las actuaciones a la jurisdicción arbitral. Acto seguido, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, providencia que fue recurrida parcialmente por el agente del Ministerio Público al estimar que no procedía la declaración de parte. Frente a este recurso, el Tribunal adoptó la providencia correspondiente, negándolo.

En esa misma actuación, ante la incapacidad de la doctora MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ, el Tribunal de Arbitramento reconoció personería al doctor ARIEL HUMBERTO GUEVARA PABÓN, para actuar en nombre de la parte demandante.

4.26. El día 21 de enero de 2019, el Tribunal procedió a recibir la declaración de parte del representante legal de la parte convocante, actuación que fue grabada y obra en tal medio en el expediente.

4.27. Por no faltar pruebas que practicar, en tanto las demás fueron documentales, incluidas las practicadas en el proceso que se surtió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las cuales fueron decretadas como prueba trasladada a solicitud de ambas partes, el Tribunal dio por concluida la instrucción del proceso, y fijó el 25 de febrero de 2019 para oír a las partes en audiencia de alegaciones, actuación que efectivamente se surtió ese día, según se acredita con las piezas procesales pertinentes. En esa audiencia las partes y el Ministerio Público hicieron uso del derecho a exponer sus conclusiones y entregaron resumen escrito de las mismas.

- 4.28. Presentados los alegatos de conclusión, y habiendo establecido previamente tres fechas para dar lectura al laudo, el Tribunal fijó el día 10 de junio de 2019, a las 10:00 am, como fecha y hora para la lectura de la parte resolutive del laudo que decide el presente proceso.
- 4.29. De acuerdo con lo anterior, el trámite consagrado en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012 ha sido agotado a cabalidad y, por ende, se procede a dictar laudo.

5. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

5.1. HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA REFORMADA

Las alegaciones de hecho sobre las cuales la parte convocante soportó la convocatoria arbitral, corresponden a las indicadas en el texto de la reforma a la demanda, cuyo tenor es, el siguiente:

- a. El 25 de septiembre de 2006 el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la firma INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Ltda. – INNOVATEK LTDA celebraron el contrato de Compra Venta No. 011-2006-DG²⁶, cuyo objeto fue la Adquisición de (1) ICP de masas con ablación láser, el cual se componía de los siguientes elementos:
- Autosampler CETAC ASX-520;
 - Sistema de ablación por láser, marca CETAC, modelo LSX-213;
 - Sistema de adquisición de datos y control (computador e impresora láser monocromática);
 - Software para ICP-MS plasma Lab;
 - Una (1) unidad interrumpida de poder;
 - Consumibles necesarios para el análisis de 3000 muestras; y
 - Kit de herramientas para el mantenimiento del ICP-MS.
- b. El precio pactado en la cláusula segunda, fue de MIL CUARENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$1.049.800.000) m/cte.
- c. El plazo del contrato se estipuló por un periodo inicial de (3) tres meses, contados a partir del día 5 de octubre de 2006, fecha en que se aprobó la garantía única de seguro del contrato de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA.

²⁶ Ver folios 1 a 5 del cuaderno de pruebas número 4

- d. El plazo del contrato se prorrogó cuatro veces, de la siguiente manera:
- (i) Por solicitud presentada por la sociedad INNOVATEK, mediante oficio TEK-C-1628-06, debido a la falta de autorización para la exportación del equipo por parte del gobierno alemán, concedida por medio del contrato adicional No. 01-2007 del 2 de enero de 2007, por un mes más hasta el día 5 de febrero de 2007;
 - (ii) Por solicitud presentada por la sociedad INNOVATEK, mediante el oficio número TEK-C119-07, debido al retraso en los tiempos de aprobación de cada licencia de importación el contrato adicional por parte del gobierno alemán y el INVIMA, provisto mediante el contrato adicional No. 02-2007 del 2 de febrero de 2007, por el cual se prorrogó el plazo por 10 días hábiles, hasta el 16 de febrero de 2007;
 - (iii) Por solicitud de la sociedad INNOVATEK, mediante oficio TEK-C-160-07, con el fin de entregar instalado y en funcionamiento el equipo objeto del contrato, concedido por medio del contrato adicional No. 03-2007 del 16 de febrero de 2007, que prorrogó el plazo por 20 días hábiles hasta el 15 de marzo de 2007;
 - (iv) Por solicitud de la sociedad INNOVATEK, mediante el oficio TEK-C-285-07, con el fin de configurar las tarjetas controladoras de los motores de paso y la tarjeta de video, concedido por medio del contrato adicional No. 04-2007 del 15 de marzo de 2007, que extendió el plazo por 11 días hábiles hasta el 31 de marzo de 2007, fecha que la convocante aduce ser el día final de entrega.
- e. INNOVATEK afirma haber recibido constancia de la entrega del equipo en acta suscrita por las partes el día 19 de febrero de 2007.
- f. La convocante afirma que el mismo día 19 de febrero de 2007 INNOVATEK emitió la factura No. 2327 por el valor total del contrato, es decir, por la suma de \$1.049.800.000 sobre la cual se observan los sellos de los siguientes pagos efectuados por el INMLCF: en octubre 5 de 2006, la suma de \$524.900.000 por concepto de anticipo y en abril 10 de 2007, la suma de \$435.196.000.
- g. Con fecha de 28 de febrero de 2007, se modificó la vigencia de la póliza de cumplimiento, la cual se fijó entre el 16 de febrero de 2007 hasta el 16 de febrero de 2009. Concretamente las vigencias se modificaron así: los de cumplimiento y anticipo, hasta el 25 de agosto de 2007; y el de calidad de los suministros, hasta el 16 de febrero de 2009.

- h. El 6 de marzo de 2007 finalizó el protocolo de instalación del equipo ICP-MS y de capacitación sobre su manejo a funcionarios del Instituto de Medicina Legal, como consta en el acta suscrita por Luz Amanda Prieto, funcionaria de INNOVATEK, Ana Rita Cristiano, especialista del fabricante (Thermo Fischer Scientific) y Ernesto Rocha, Coordinador del Laboratorio Evidencia Traza del INMLCF.
- i. El 28 de marzo de 2007, el señor Ernesto Díaz, firmó el recibo de la carta de Certificación de desempeño del sistema de ablación láser marca CETAC, modelo LSX-213 suscrita por el Sr. Sian Forrest, dando recibo de dicho sistema.
- j. El día 30 de marzo de 2007, se hizo la prueba final de instalación del equipo entregado, como consta en el acta correspondiente, en la cual se certificó:

*“Siendo las 5:00 pm del 30 de marzo de 2007, reunidos en el laboratorio de residuos de disparo del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIA [SIC] FORENSES, se llevó a cabo la **prueba final de instalación** del sistema de ablación laser e ICP- MS, instalando el accesorio de inyección dual, que hacía falta para usar el [sic] ablación láser sin reconfiguración del instrumento.*

*Las pruebas efectuadas resultaron positivas por lo que considero que el sistema **CUMPLE CON LAS CONDICIONES ESTIPULADAS EN EL CONTRATO 011-2006-DG***

Quedan pendientes los compromisos aceptados por el contratista en el oficio TEK-354-07 de marzo 30 de 2007

Como constancia de lo anterior firma:

ERNESTO DIAZ ROCHA

C.C 79290924 de Btú” (mayúsculas y negrillas de la convocante)

- k. Mediante oficio TEK C 354-07 de marzo 30 de 2007, radicado el día 2 de abril de 2007 y dirigido al Director Regional de Bogotá del Instituto de Medicina Legal, doctor Mario Hernández R, el representante legal de INNOVATEK LTDA, Hilsen Hernández R, “efectuó unos ofrecimientos adicionales” a la entidad convocada, que consistían en: un aire acondicionado con mayor capacidad, instalado el día 31 de marzo de 2007; 14 juegos de mangueras de desecho, entregados el día 26 de julio de 2007; un nuevo sistema ininterrumpido de potencia UPS con capacidad de 10 KVA, entregado el 21 de julio de 2007 (alega la apoderada, que se entregó uno previamente con una capacidad de 6 KVA y el exigido era únicamente de 5 KVA);

y, unos nuevos estándares de sintonización del CP-MS con tiempos de expiración mínimos hasta diciembre de 2007 o marzo de 2008, entregados en julio 27 de 2007.

l. El Instituto de Medicina Legal, pagó el saldo del valor del contrato por la suma de cuatrocientos treinta y cinco mil ciento noventa y seis mil pesos m/cte. (\$435.196.000).

m. El Instituto de Medicina Legal expidió la Resolución No. 000591 del 23 de agosto de 2007, mediante el cual se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contrato e hizo efectiva la garantía única, en sus amparos de cumplimiento del contrato y calidad del suministro, que lee, así:

“ARTICULO 1°. Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de obligaciones aseguradas mediante la Garantía Única de Seguros de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 01-GU019852 y certificado modificadorio No. 01-GU035511, expedidos por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, en virtud del Contrato Principal No. 011-2006-DG del 25 de septiembre de 2006, así como de los contratos adicionales al principal (...)

ARTICULO 2°. Hacer efectiva la Garantía Única No. 01GU019852 y certificado modificadorio 01GU035511, expedidos por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, en sus amparos de cumplimiento del contrato por el 10% del valor del contrato, y Calidad del suministro por el 50% del valor del Contrato; así como requerir al Contratista por los vicios ocultos o defectos que pueden aparecer en el periodo de garantía o de los vicios ocultos en el término que fije la Ley. Por lo tanto la cuantía de la pérdida según lo previsto en el artículo 1077 del Código de Comercio se estima en la suma de SEISCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$629.880.000), incluidos los perjuicios derivados de su incorrecto funcionamiento”

n. El representante legal de INNOVATEK LTDA interpuso recurso de reposición contra la anterior Resolución, solicitando que fuera revocada.

ñ. En respuesta al recurso ya mencionado, el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, expidió la Resolución No. 000883 de 2 de noviembre de 2007, que modificó parcialmente la Resolución 000591 de 23 de agosto de 2007, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1°. Confirmar la Resolución No. 000591 del 23 de agosto de 2007, excepto el artículo segundo del citado acto administrativo, por la cual se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de obligaciones aseguradas mediante la Garantía Única de Seguros de Cumplimiento a favor de Entidades estatales (...)

ARTICULO 2° Modifíquese el artículo 2° de la Resolución No. 000591 de agosto 12 de 2007, el cual quedará así:

(...) Hacer efectiva la Garantía Única No. 01GU019852 y certificado modificadorio No. 01GU035511, expedidos por la Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. – CONFIANZA, en sus amparos de Cumplimiento del Contrato por el (7%) del valor total de contrato y Calidad de Suministro (entiéndase Calidad y Correcto Funcionamiento), por el veintinueve por ciento (29%), del valor del contrato; así como requerir al Contratista por los vicios ocultos o defectos que pueden aparecer en el periodo de garantía en el término que fije la Ley. Por lo tanto, la cuantía de la pérdida según lo previsto en el artículo 1077 del Código de Comercio se estima en la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$377.928.000) M/TE, incluidos los perjuicios derivados de su incorrecto funcionamiento”

- o. La mencionada Resolución 883 fue notificada personalmente a la contratista (INNOVATEK LTDA) el día 19 de noviembre de 2007.
- p. La Aseguradora efectuó los siguientes pagos al INMLCFCF como consecuencia de la afectación de la póliza de cumplimiento No. 01GU019852: \$159.569.600 el 19 de junio de 2008 y \$408.258.884 el 25 de febrero de 2010 (con intereses moratorios).
- q. En agosto de 2008, INNOVATEK LTDA suscribió un acuerdo de pago con la Aseguradora, por la suma de \$159.569.600 que hasta esa fecha era la suma pagada por esa Compañía de Seguros al INMLCF. Y, el 3 de noviembre de 2016, se suscribió un nuevo acuerdo de pago entre las mismas partes, por la suma de \$218.358.460 (para completar el valor de la garantía que se hizo efectiva).

5.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

Las pretensiones contenidas en la demanda arbitral reformada son, las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000591 de 23 de agosto de 2007, proferida por el Director General del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES – INMLCF-, mediante la cual se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de obligaciones aseguradas mediante la Póliza Única de Seguros a favor de Entidades Estatales No. 01-GU019852 y su Certificado Modificadorio No. 01-GU035511, expedidas por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, en virtud del contrato de compraventa No. 011-2006-DG celebrado entre INNOVATEK y ese Instituto, y sus contratos adicionales.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000883 del 2 de noviembre de 2007, proferida por el Director General del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES -INMLCF-, mediante la cual se modificó parcialmente la Resolución 000591 del 23 de agosto de 2007 aludida en la pretensión anterior.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las anteriores Resoluciones y, a título de restablecimiento del derecho, se condene al INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES -INMLCF- a que devuelva a la parte convocante las sumas de dinero que ésta hubiere pagado y/o las que se haya comprometido a pagar por concepto de “cuantía de la perdida” según lo ordenado en el art. 2° de dichos actos administrativos.

CUARTA: Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES -INMLCF- a devolver dichas sumas con la respectiva actualización monetaria hasta la fecha de ejecutoria del fallo, más los intereses moratorios que se causen desde la mencionada fecha y la del pago efectivo, como lo prevé el art. 192 del CPACA.

QUINTA: Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES -INMLCF- a indemnizar los demás perjuicios económicos y morales que resulten probados en el proceso.

SEXTA: Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES -INMLCF- al pago de las costas y agencias en Derecho, según lo prevé el art. 280 y demás disposiciones pertinentes del C.G.P.”

5.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como sustento de sus pretensiones, el actor adujo cuatro cargos, los que enunció, en su orden, de la siguiente manera:

- Falta de jurisdicción y competencia.
- Violación de lo dispuesto en el contrato
- Desviación de poder y falsa motivación.
- Violación del debido proceso y el derecho de defensa.

Sobre el primer cargo, la convocante menciona que el INMLCF no podía efectuar la declaración de incumplimiento del contrato en forma autónoma, sino únicamente como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato. En soporte de su acierto afirma que *"... en el presente caso no existían, ni podían existir, dichas "facultades excepcionales", como tampoco es posible efectuar una liquidación unilateral del contrato, entonces el INMLCF no podía declarar la ocurrencia del siniestro"*. Al lado de este alegato, afirma que por el factor temporal tampoco podía proferirse el acto enjuiciado, pues el contrato había terminado su vigencia el 24 de abril de 2007, y en la medida que era un contrato que no requería de liquidación, ni se pactó un plazo para una liquidación, la primera de las resoluciones demandadas fue expedida 4 meses después de haber vencido el plazo contractual, por lo que en la medida que los poderes sancionatorios de la administración solo se pueden ejercer durante el plazo de ejecución del contrato, el INMLCF actuado con *"falta total de competencia"* y *falta de jurisdicción*, usurpó la jurisdicción que correspondía, esto es, la arbitral.

En lo que corresponde al segundo cargo, la actora aduce que la póliza de cumplimiento indicaba la manera cómo se debía declarar la ocurrencia del siniestro, asociada a un acto administrativo proveniente del ejercicio de una potestad excepcional, cuya cuantía se acreditaría con el acta de liquidación del contrato o la resolución mediante la cual se impusieran multas o se adoptara la liquidación del contrato. Adicional a esto, la resolución demandada quedó en firme el 19 de noviembre de 2007, esto es, por fuera del amparo de cumplimiento, que ocurrió el 25 de agosto de 2007, situación que no cambia por el hecho de que el acto administrativo tuviera fecha 23 de agosto de ese mismo año.

En conjunción con la anterior acusación, la convocante indica que las resoluciones demandadas están viciadas por desviación de poder y falsa motivación, pues la prestación comprometida se ejecutó a cabalidad, tal como consta en actas del 19 de febrero de 2007, 6 de marzo de 2007, y carta de certificación de alta calidad, suscrita por el director del laboratorio de evidencia traza, de fecha 26 de marzo de 2007, sin que los ofrecimientos adicionales, a los que se refiere el oficio TEK-C-3543 de marzo 30 de 2007, por haber obedecido a una mera liberalidad del contratista, se hubieran dejado de instalar (aires acondicionado, UPS de 5 KVA) y entregar (mangueras de desecho y estándares de sintonización). Igual sucedió con los

servicios postventa, frente a los cuales la videncia documental es clara (actas 2007-1001, 2007-1002, 2007-1003, 2007-10004, 2007-1005

Indica la actora que los equipos fueron entregados, por lo que la declaratoria de incumplimiento, tasada en un 7% del valor del contrato, no corresponde a lo efectivamente ejecutado.

En lo que corresponde al cuarto, cargo, titulado “Violación del Debido Proceso y el Derecho de Defensa”, la actora menciona que la administración declaró la ocurrencia del siniestro sin haber formulado al contratista un pliego de cargos, sin solicitar explicaciones, y sin que la contratista hubiera podido defenderse de las acusaciones.

5.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA

En escrito presentado el 10 de abril de 2017, el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES contestó la reforma a la demanda. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio y no intervino en el proceso.

En su contestación, la convocada aceptó unos hechos (1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9,10, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21), negó otros (6, 12, 15), pidió que se prueben algunos (11 y 13) o indicó no constarle uno de ellos (22). Sobre las acusaciones de la demanda, se pronunció de la siguiente manera:

- a. No sin antes invocar la presunción de legalidad de los actos demandados, el INMLCFCF indica que la única jurisdicción que puede conocer de vicios de ilegalidad de actos administrativos es la contenciosa administrativa.
- b. Afirmó que la administración se encontraba facultada para hacer efectiva la póliza de garantía al tenor de lo señalado en el artículo 68, numerales 4 y 5 del Decreto 01 de 1984, artículo 16 del Decreto 679 de 1994 y en virtud de la exigencia pactada en la cláusula 7 del contrato, en tanto hubo un verdadero incumplimiento de parte de INNOVATEK *“al no realizarse en término las adecuaciones civiles de acondicionamiento de las instalaciones, ni la correcta instalación y puesta en funcionamiento del Sistema ICP-Masas con Ablación Laser, adquirido al demandante”*.
- c. Frente a la violación del debido proceso, afirma que solo las irregularidades sustanciales son generadoras de nulidad de un acto, y quien lo alega tiene la carga de

acreditar no solo la trasgresión sino la materialidad de la misma, situación que no acontece en el presente caso.

- d. A manera de defensa, el apoderado de la sociedad convocada alegó las siguientes excepciones:
- (i) Falta de demostración del perjuicio, en tanto la demandante solicitó una suma “*sin siquiera acreditar objetivamente que la demandante desembolsado [sic] dicho rubro*”, a la vez que afirma que los perjuicios extrapatrimoniales no fueron probados.
 - (ii) Indebida acumulación de “acciones”, en tanto la pretensión de repetición contra el Director del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES debe solicitarse únicamente en el momento en que se resuelva la presente controversia.
 - (iii) Caducidad de la acción, pues al momento de presentación de la demanda arbitral, habían transcurrido 2 años desde la emisión de la Resolución No. 000591 del 23 de agosto de 2007 y la Resolución No. 000883 del 2 de noviembre de 2007, que se pretenden sean anuladas.
 - (iv) Falta de competencia del Tribunal pues los árbitros no son competentes para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

5.5. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES Y OPOSICIONES

El día 25 de abril de 2018, la sociedad convocante radicó memorial describiendo traslado a las excepciones, presentando oposición a las mismas, cuyos términos se resumen a continuación:

- a. Sobre la falta de demostración del perjuicio: la apoderada alegó que no se incluyó el capítulo de daños y perjuicios, y en cambio, solicitó la devolución de los dineros que la sociedad INNOVATEK hubiere realizado, o se hubiere comprometido a pagar a la Aseguradora CONFIANZA, en virtud de lo ordenado por el INMLCFCF en las Resoluciones 000591 de agosto de 2007 y 000883 de noviembre de 2007.

A fin probar dichos compromisos, la apoderada presentó los acuerdos de pago número SIN.7059 y SIN.7059 (2)-2016, junto con los pagarés y tablas de amortización correspondientes.

- b. Sobre la indebida acumulación de acciones: indica la actora que el capítulo referente a daños y perjuicios, que contenía la pretensión de repetición, había sido excluido del texto de la demanda reformada.
- c. Sobre la caducidad de la acción: la apoderada de la parte Convocante, afirmó que en el momento en que se presentó la acción contractual ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el ordenamiento jurídico permitía escoger a las partes la jurisdicción competente, y que las mismas estarían renunciando tácitamente al pacto arbitral de optar a dirimir sus controversias frente al juez contencioso administrativo. Sin embargo, recordó la decisión del Consejo de Estado, en tanto decidió que se tuviera en cuenta para los efectos de caducidad, la fecha de presentación de la demanda de acción contractual.

5.6. CUANTÍA DE LAS PRETENSIONES Y JURAMENTO ESTIMATORIO

En la Demanda arbitral reformada, la parte Convocante estimó bajo juramento, la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$450.659.334 ²⁷, correspondiente al valor pagado por INNOVATEK a la aseguradora, más lo que se comprometió a pagarle de más para completar el valor de la garantía que hizo efectiva el INMLCF, así como los honorarios pagados al apoderado que fungió en el proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la contestación de la demanda, la parte Convocada no formuló objeción contra el juramento estimatorio.

5.7. ALEGACIONES FINALES

En sesión del 25 de febrero de 2019, las partes alegaron de conclusión. De igual manera, el agente del Ministerio Público presentó concepto

²⁷ Ver folios 874 a 876 del cuaderno principal número 1

En sus alegatos, el actor reiteró lo indicado en los hechos de la demanda y la prueba arrimada al expediente, haciendo énfasis en que Innovatek había cumplido con sus obligaciones. Para estos efectos se refirió a las pruebas aportadas al proceso, concluyendo que “... *sin mayor esfuerzo, contrario en lo afirmado en las resoluciones acusadas, desde el 13 de marzo de 2007 cuando INNOVATEK entregó el equipo al IMML, éste estuvo plenamente operativo, con lo cual queda desvirtuada la argumentación de la convocada en dichos actos administrativos. Es evidente que el volumen de pruebas forenses practicadas según el cuadro arriba transcrito denota un funcionamiento permanente y acorde con la necesidad de la entidad contratante*”. Al lado de esta mención, reiteró sus alegaciones atinentes a la falta de jurisdicción y competencia, así como a la violación de lo dispuesto en el contrato de seguro, la desviación de poder con falsa motivación de los actos acusados, y el cumplimiento de las demás obligaciones contenidas en el contrato asociadas a la prestación de garantía, mantenimiento y servicio de postventa.

A su turno, la entidad pública convocada hizo énfasis en las pruebas documentales y testimoniales incorporadas al proceso, para mencionar que la expedición de los actos acusados se hizo con la absoluta observancia de la Constitución y la ley, especialmente atendiendo lo dispuesto en los artículos 72 y 73 del Decreto ley 222 de 1983, los numerales 4° y 5° del artículo 68 del Decreto 01 de 1984, el artículo 16 del Decreto 679 de 1994, normativas vigentes a la fecha de suscripción del contrato, sus adicionales y la emisión de las resoluciones demandadas. Con estas manifestaciones hizo referencia al contenido obligacional del contrato, comprensivo de la entrega de los bienes, su garantía de calidad, el suministro de consumibles y accesorios y la instalación del equipo, con énfasis en la realización de las obras civiles y la entrega del aire acondicionado. A renglón seguido hizo énfasis a la garantía de cumplimiento del contrato para mencionar que no hubo una entrega a satisfacción del bien contratado sobre la base de una diferenciación del sistema de ablación láser y el sistema de espectrometría de masas con plasma acoplado inductivamente. Destinó parte de sus alegaciones a presentar las conclusiones que en su criterio desvirtúan los ataques de la demanda para concluir en su petición que la actora no había probado lo alegado, solicitando, en consecuencia, desestimar las pretensiones incoadas.

En su concepto, el Procurador Séptimo Judicial que intervino en el proceso, hizo referencia a los antecedentes del conflicto para referirse al análisis de las excepciones de caducidad y falta de competencia, las que solicitó negar.

Frente a los cargos de nulidad, el citado agente diferenció entre las prestaciones del contrato de suministro con el de compraventa, para proponer la nulidad parcial de los actos demandados en lo que se refiere a la exigibilidad del amparo del 7% por cumplimiento del

contrato. Concordante con esta petición, pidió dar paso al restablecimiento del derecho, limitado en la devolución de tal porcentaje en forma actualizada.

6. TÉRMINO PARA FALLAR

Teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, en los casos en los que las partes no han pactado un término de duración del proceso arbitral, el mismo será por seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el cual deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

El Tribunal da cuenta de estar profiriendo el presente laudo en tiempo. En el presente caso, la primera audiencia de trámite tuvo lugar el día veintiséis (26) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), fecha en la cual inicio el computo del citado termino para proferir sentencia que aclare corrija o adicione el laudo arbitral. A ese lapso deberá adicionarse el término de suspensión del proceso que no puede ser superior a ciento veinte (120) días.

Teniendo en cuenta lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el presente asunto estuvo suspendido por petición de las partes así:

SUSPENSIONES			
ACTA	DESDE	HASTA	DÍAS
16 (auto 29)	22/01/2019	24/02/2019	34

En consecuencia, y teniendo en cuenta que el proceso estuvo suspendido por un periodo de 34 días, el término para fallar finaliza el veintinueve (29) de junio de dos mil diecinueve (2019), lo que significa que este Laudo Arbitral se profiere dentro de la oportunidad legal.

7. PRESUPUESTOS PROCESALES

A fin de resolver de fondo, deben estar presentes sin reparo alguno los presupuestos procesales de la demanda en forma, competencia, capacidad procesal y capacidad para ser parte.

A ese respecto, considera el Tribunal que tales presupuestos están presentes. De esta manera, se encuentra acreditada la existencia y representación de las Partes, al igual que su legitimidad y capacidad para ser partes se encuentra a pleno probada.

En relación con la parte Convocante, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, la sociedad INNOVACIÓN TECNOLÓGICA LTDA – INNOVATEK es una persona jurídica que tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.

En lo correspondiente a la entidad Convocada, de conformidad con el artículo 33 de la ley 938 de diciembre de 2004, el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, pertenece a la Rama Judicial y se encuentra adscrito a la Fiscalía General de la Nación, como establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Adicionalmente, mediante Auto No. 28 proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal advirtió que había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado. Además, advirtió que de acuerdo con la cláusula compromisoria y la ley aplicable, el Laudo que se profiera por este Tribunal, sería en derecho.

Finalmente, se señala, que la demanda cumplió con las exigencias necesarias para definir la controversia que se plantea de fondo, pues satisface plenamente los requisitos formales presentes en el artículo 82 y siguientes del Código General del Proceso.

De lo anterior resulta procedente deducir que la relación procesal ha quedado constituida de manera regular, sin que se configurase defecto alguno que resulte en causal de nulidad o invalidara en todo o en parte la acción surtida, o que no se hubiese saneado. Por lo tanto, procede el Tribunal a decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las Partes de la siguiente manera.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como se ha indicado, en ejercicio del medio de control de las controversias contractuales, la sociedad INNOVACIÓN TECNOLÓGICA LTDA INNOVATEK, ha solicitado la declaratoria de nulidad del acto administrativo y el que lo confirmó, por medio de los cuales el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, determinó la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de las obligaciones aseguradas mediante la póliza única de seguro a favor de

entidades estatales No. 01-GU019852 y su certificado modificatorio No 01-GU035511, expedidos por la Compañía Aseguradora de Fianza S.A CONFIANZA, en virtud del contrato de compraventa No 011-2006-DG, celebrado entre INNOVATEK y ese Instituto, y sus contratos adicionales. De prosperar estas pretensiones, la actora ha pedido que, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada al reembolso de lo que le hubiere pagado “... y/o las que se haya comprometido a pagar por concepto de cuantía de la pérdida, según lo ordenado en el artículo 2 de dichos actos administrativos”. Conjuntamente con tal pago -debidamente actualizado-, aspira se le reconozcan los intereses moratorios desde la ejecutoria del fallo, así como los demás perjuicios económicos y morales que resulten probados en el proceso.

Al presentar oposición a las pretensiones de la demanda, el Instituto demandado, en escrito de 10 de abril de 2017, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, ha formulado las excepciones sobre las cuales este laudo ya se ha referenciado, por lo que pasará el Tribunal a ocupar su atención sobre ellas, de la siguiente manera.

1. **Excepciones:**

1.1. Caducidad

La Convocada sustenta la excepción de caducidad en la consideración de que la acción contractual se intentó más allá de los dos años de ocurrido el motivo de hecho o de derecho que le sirviera de soporte, vale decir, sostiene la demandada, la publicación, notificación, comunicación y ejecución de los Actos Administrativos acusados, término que en su criterio no se interrumpió con la presentación de la demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de marzo de 2008

Afirma la convocada que lo anterior se traduce en que al incoar la actora la demanda ante la jurisdicción equivocada, dio lugar a la ineficacia a la interrupción de la prescripción y a la ocurrencia de la caducidad de la acción, conforme lo establecía la ley 446 de 1998, artículo 44; ante la falta de interrupción del término contemplado en el citado artículo se configuraban las causales de nulidad previstas en las numerales 1º. y 2º. del artículo 140 del Código Civil (sic), vigente para la fecha en que se integró la acción.

Sobre este punto observa el Tribunal que, según lo dispuesto en el auto de fecha catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016), de la Sub Sección A., de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por el cual se dispuso la nulidad de todo lo actuado en el proceso que cursó ante la

jurisdicción de lo contencioso administrativo y ordenó enviar el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, se señaló por dicha Corporación que para todos los efectos procesales debía tenerse en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo cual ocurrió el día 12 de marzo de 2008.

Igualmente, que, más allá de la existencia en este caso de la cláusula arbitral, a través de la acción de controversias contractuales, que fue la ejercida por la convocante, resultaba procedente para el momento de la demanda, atacar la legalidad de las resoluciones No. 000591 de 23 de agosto de 2007 y No. 000883 del 2 de noviembre de 2007, por las cuales el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES – INMLCF- declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de obligaciones aseguradas, mediante la Póliza Única de Seguros a favor de Entidades Estatales No. 01-GU019852 y su Certificado Modificadorio No. 01-GU035511, expedidas por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, tal como lo dispone el artículo 77 de la Ley 80 de 1993²⁸, norma vigente a la fecha de la presentación de la demanda²⁹, así como que la referida acción podía ejercerse dentro de los dos años siguientes a su notificación, en los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente igualmente para el momento de la demanda.

En cualquier caso, no se requiere mayor esfuerzo para deducir que la acción fue incluso intentada, por tratarse de una pretensión de nulidad con restablecimiento del derecho en el

²⁸ Dicha norma prescribe: “De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. (...) Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”. Al respecto ver entre otras las sentencias: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril dos mil diez (2010) Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00376-01(18168), CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., marzo treinta (30) de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1993-08569-01(20917)

²⁹ Corresponde precisar al respecto, que el Consejo de Estado ha sostenido que a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993 la acción de controversias contractuales es procedente para demandar la legalidad de los actos proferidos durante la ejecución del contrato, consideración que adquirió mayor vigencia a partir de la Ley 446 de 1998, con la modificación del artículo 87 del C.C.A. en donde se “acogió el criterio jurisprudencial expuesto por dicha Corporación en cuanto al alcance del concepto de actividad contractual y estableció que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento proceden para demandar “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual”, en Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de marzo de 2010, exp. 36871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

marco de la ejecución de un contrato estatal, dentro del término de cuatro meses previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho según lo disponía para esa época el mismo artículo 136 del Código de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, del texto de la certificación de la última notificación personal hecha por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, visible a folio 0000206 del Cuad. de pruebas No. 3, la decisión que remató la vía gubernativa contra las Resoluciones impugnadas en el proceso ocurrió el 19 de noviembre de 2007, al tiempo que del expediente se desprende que la demanda fue presentada el 12 de marzo de 2008, es decir claramente antes del vencimiento del término exigido en la ley.

Por lo demás, el Consejo de Estado, autoridad judicial que en desarrollo de los principios de debido proceso y acceso a la jurisdicción, habilitó a la parte demandante para interponer la respectiva convocatoria arbitral, tuvo precisamente como fecha para efectos de presentación de la demanda y el conteo de término de caducidad de la acción, el día 12 de marzo de 2008.

De todo lo anterior se infiere que la demanda fue propuesta oportunamente, dentro del plazo legal fijado ante la jurisdicción entonces competente para conocer del litigio, y, en consecuencia, no es válido afirmar que cuando la acción se interpuso, se hallaba caducada.

Así las cosas, el Tribunal despachará adversamente a la convocada la excepción de caducidad propuesta.

1.2. Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal

Para sustentar su argumento de la excepción de falta de competencia, expresa el Señor Apoderado de la accionada que los árbitros nombrados para resolver conflicto suscitado en materia contractual entre el Estado y los particulares, no eran competentes para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Al efecto, transcribe la parte resolutive de la sentencia C-1436 del año 2000 de la Corte Constitucional, en cuanto a la efectividad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido de que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados en entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse

sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Al respecto, observa el Tribunal que con base en jurisprudencia superada, y olvido del auto que ordenó remitir las actuaciones cursadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, la parte demandada propuso la excepción de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de la materia objeto del proceso.

Ignoró la parte excepcionante que el Consejo de Estado tiene consolidada desde hace varios años una clara línea jurisprudencial que reconoce la competencia de la justicia arbitral para examinar la legalidad de los actos administrativos que no comporten el ejercicio de las potestades extraordinarias enunciadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, si bien durante muchos años dicha Corporación consideró que la legalidad de los actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no era susceptible de ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, y que la Sección Tercera sostuvo que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo era la única competente para anular los actos administrativos contractuales, es claro que a partir del año 2008, se comenzó a perfilar una nueva interpretación, para señalar que sólo se hallaba excluido de la justicia arbitral el control de la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades exorbitantes enunciadas en el referido artículo 14.

Así, en sentencia del 27 de marzo de 2008 (exp. 36.644), se afirmó que el control de legalidad de los actos administrativos contractuales que no fueran expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales, no se hallaba excluido de la competencia arbitral. Señaló la referida providencia:

“los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14 (en vigencia del Decreto - ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral, verbigracia, los que imponen multas, ”... los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados

del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual...."10, entre otros".³⁰

Pero es en particular desde la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 10 de junio de 2009, expediente 36.252, en la que dicha Corporación hizo explícito el cambio de criterio en la materia.

En la parte conclusiva de la sentencia se señala en efecto lo siguiente:

"A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes- bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos".

Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros)."³¹

³⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera 27 de marzo de 2008 (exp. 36.644). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera del 10 de junio de 2009, expediente 36.252. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

A partir de entonces, éste es el criterio que se ha reiterado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como se recuerda, por ejemplo, en la sentencia de la Subsección B de la referida Sección del 8 de noviembre de 2012, expediente 36709, en la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 18 de abril de 2013, expediente: 17859, o en la sentencia del 31 de octubre de 2016 de la Subsección C de la misma Sección, donde se hace el siguiente recuento:

“3. Competencia de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

Ya en anteriores oportunidades se ha señalado que los particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia carecen de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las denominadas potestades excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, la de interpretación unilateral; la de modificación unilateral; la de terminación unilateral; la de sometimiento a las leyes nacionales; la de caducidad administrativa; y la de reversión.

Así lo precisó no sólo la Corte Constitucional en sentencia C- 1436 de 2000 (38)³² sino también la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de Sala Plena del 18 de abril de 2013, expediente: 17859, en la que expuso lo siguiente:

“(…) la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009 (39)³³, se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000 (40)³⁴, mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra

³² (38) “(…) cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³³ (39) Expediente 36252.

³⁴ (40) M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, “en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna”³⁵

Es claro entonces que la jurisdicción contencioso administrativa, en esa perspectiva, tiene establecido que la declaración de incumplimiento del contrato, la imposición de multas, o la medida tendiente a hacer efectivas las garantías otorgadas para amparar el cumplimiento de los contratos estatales, no constituyen ejercicio de potestades excepcionales u exorbitantes, del tipo de las mencionadas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; por consiguiente el control judicial de esas decisiones puede ser del conocimiento de la jurisdicción arbitral. (vid. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de junio de 2009, exp. 36.252.)

Justamente, en armonía con esa orientación, la Sección Tercera, Sub Sección A, del Consejo de Estado, en el memorado auto de 14 de marzo de 2016, dispuso la nulidad de lo actuado ante el Tribunal de Primera Instancia en el caso litigado y previó la remisión de los autos al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá., para que, si las partes lo decidían, integraran el Tribunal de Arbitramento que conociera del proceso en el cual se debatiría la legalidad o ilegalidad de las medidas contenidas en las Resoluciones 000591 de 23 de agosto de 2007 y 00883 del 2 de noviembre de 2017, proferidas por el Instituto demandado y las pretensiones indemnizatorias deprecadas por la accionante.

Lo expuesto hace que en el presente caso no quepa el más mínimo asomo de duda acerca de la habilitación del Tribunal para conocer del asunto sometido a su examen, lo que comprende la competencia para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos atacados por la

³⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. Sentencia del 31 de octubre de 2016. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Idéntico razonamiento se desprende del análisis la sentencia de la misma subsección del 23 de abril de 2018 expediente 60181 M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, en la que fueron declarados infundados los recursos de anulación propuestos contra un laudo que anuló las resoluciones proferidas por la entidad pública convocante del Tribunal de Arbitramento analizado en dicho asunto.

convocante, así como sobre las consecuencias indemnizatorias eventuales derivadas de su emisión y cumplimiento.

El Tribunal, por tanto, despachará adversamente a la convocada la excepción propuesta.

1.3. Excepción de Indebida Acumulación de Acciones:

Al introducir este medio exceptivo, le entidad pública convocada hace énfasis en que si bien la actora promueve la nulidad de los actos que decidieron sobre la ocurrencia de unos siniestros, con el consecuente restablecimiento del derecho, bajo el mismo texto de la demanda se incluye en el capítulo de Daños y Perjuicios, un subtítulo denominado acción de repetición bajo el cual se pide declarar la responsabilidad del director y demás funcionarios del Instituto, acción que en su sentir solo puede adelantarse previo proceso disciplinario. De esta situación estima que *“Dado que la justicia es eminentemente rogada, solicito ... se tenga por cierta y probada una indebida acumulación de acciones y, declarar la prosperidad de esta excepción”*.

En respuesta a esta excepción la actora indica que en el texto de la reforma a la demanda, que es el único al cual debía referirse la convocada, se omitió el citado capítulo de daños y perjuicios.

Al respecto el Tribunal constata que, en efecto, dentro del texto de la reforma de la demanda el acápite al que alude la convocada no fue incluido por la convocante, por lo que, por sustracción de materia, ninguna consideración adicional debe hacerse y la excepción planteada no está llamada a prosperar

1.4. Excepción de Falta de Demostración del Perjuicio:

Menciona la convocada que la accionante pretende un pago, sin siquiera acreditar que objetivamente ha desembolsado el valor requerido. A la par con esto, se opone a la exigencia de perjuicios extrapatrimoniales frente a los que afirma no se acredita prueba.

Frente a este medio exceptivo, el Tribunal constata que obran en el expediente los acuerdos de pago número SIN.7059 y SIN.7059 (2)-2016, junto con los pagarés y tablas de amortización correspondientes, cuya pertinencia y alcance para demostrar los perjuicios alegados se examinarán en este laudo más adelante, por corresponder a una pretensión consecuencial a la nulidad deprecada.

2. Cargos de nulidad

Desestimadas las excepciones como se ha explicado, el Tribunal se ocupará del estudio de los cargos de nulidad aducidos en la demanda, así como las razones de la defensa, para lo cual discurrirá en su análisis a partir de la síntesis de los elementos expuestos en la demanda y su contestación, para pasar a pronunciarse sobre cada uno de los cargos formulados.

2.1. Primer Cargo: Falta de Jurisdicción y competencia

Este cargo apunta principalmente a atacar las Resoluciones 591 y 883 de 2007, i) por cuanto la entidad Contratante, supuestamente, no podía declarar directamente la ocurrencia del siniestro, toda vez que en el contrato 011-2006-DG, no actuaba en uso de facultades excepcionales y, por ello, debía adecuar su actuar estrictamente a los procedimientos establecidos en el contrato de seguro, cuyas clausulados son completos para regular esta materia; y, ii) el ataque se dirige igualmente a demostrar que el uso de las potestades sancionatorias de la administración solo se pueden ejercer durante el término o plazo de ejecución del contrato y que vencido éste, las entidades pierden la competencia para ejercer dichas funciones, la cual, en voces del demandante corresponden de manera exclusiva al juez del contrato, lo que para él implica que además de las falta de competencia, se configuro la falta de jurisdicción pues la entidad administrativa contratante ha invadido funciones propias de la jurisdicción.

i) **Falta de Competencia para declarar la ocurrencia del Siniestro**

En este acápite el Tribunal examinara si es competencia de las entidades estatales contratantes, declarar la ocurrencia de un siniestro que este comprendido dentro de uno de los amparos de una Garantía Única de Cumplimiento, o si, por el contrario, deben sujetarse en todo a las previsiones propias del Código de Comercio y el clausulado respectivo.

Empieza el Tribunal por reiterar que el contrato en estudio no es de aquellos que incluyen de manera expresa o tácita, las denominadas cláusulas excepcionales, listadas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993³⁶.

³⁶ ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los

El caso que nos ocupa, contrato de compraventa, no está comprendido dentro del listado de materias que el artículo 14 de la ley 80 de 1993 incluye como de aquellos en los que la administración debe pactar las cláusulas excepciones, ni que se presume su existencia. Así las cosas, es claro que estamos ante un contrato en el cual la entidad contratante interviene como un contratante con una posición contractual equivalentes a las del contratista, y no con la majestad que otorgan las cláusulas de excepción.

Parecería entonces, prima facie, que el demandante pudiera tener la razón en su ataque, pues ello implicaría que se debía dar cumplimiento al artículo 1077 del Código de Comercio y al clausulado de la póliza de manera pura y simple.

No obstante, existe reiterada jurisprudencia encaminada a establecer que las Entidades Estatales, si pueden, mediante acto administrativo debidamente motivado, decretar la ocurrencia del siniestro, brindar la oportunidad para controvertirlo y si es ratificado, proceder al cobro del mismo por cuanto se habría convertido en un título ejecutivo.

Efectivamente, la Sentencia del 14 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. MP Dr. Alier Hernández Enríquez, señala, al respecto:

documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. (subrayado fuera de texto)

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o TECNOLÓGICA, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

“Así, puede considerarse que la Administración sí tiene una facultad especial consagrada en la ley, de declarar ocurrido el riesgo amparado en virtud de las garantías que en su favor se hayan otorgado, facultad que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual y que, por esa razón, constituye una auténtica prerrogativa del poder público, que no es más que un privilegio de que goza la administración³⁷.

Esta misma sentencia, cuando aborda la manera en que deben interpretarse los numerales 4 y 5 del artículo 68 de la ley 80 de 1993, afirma:

“Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.

Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado -sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación.”

En igual sentido se pronuncia la sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Abril 22 de 2009. Expediente 14.667. C.P. Miryam Guerrero de Escobar, donde adicionalmente menciona que en estos casos la administración esta exonerada de seguir los pasos de los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, a efectos de declarar la ocurrencia de un siniestro:

“La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato, mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están

sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual.

“En relación con las prerrogativas que posee la Administración frente a las garantías contractuales, también resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que en materia de contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador³⁸, toda vez que tal reclamación se supe a través de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Administración unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantía sin la aquiescencia del asegurador, decisión que puede ser impugnada por éste y también por el contratista, administrativa y judicialmente.”.

Así las cosas, resulta claro para el Tribunal que la Contratante si tenía la competencia para expedir la resolución que declaraba el Siniestro, y los afectados la posibilidad de controvertirlos en vía gubernativa y arbitral, todo lo cual ocurrió.

A lo anterior, habría que agregar que las dos resoluciones enjuiciadas fueron suscritas por el representante legal de la entidad, quien tiene las facultades legales para hacerlo.

Por lo anterior, no son de recibo las afirmaciones de la demandante en el sentido que en este caso no se podían afectar las pólizas por acto administrativo, y que esto solo lo podía hacerlo el juez del contrato. Por todo lo anterior se despachará negativamente el cargo de falta de competencia impetrado por el demandante.

ii) Falta de Jurisdicción de la Contratante para decretar la ocurrencia del siniestro

El demandante reprocha que además de la falta de competencia, existe una invasión de la jurisdicción de los jueces por parte de la entidad contratante, pues a su entender, no podía declarar la ocurrencia del siniestro ya que el plazo contractual estaba vencido.

Para dilucidar el reclamo, se debe dejar claro cuál era la vigencia del amparo contenido en la Garantía Única. Tiene entonces el Tribunal que remitirse al material probatorio obrante en el

expediente, y se encuentra que el texto del certificado GU031384, establece que la vigencia de la cobertura se extendía hasta el 25 de julio de 2007 para los amparos de Cumplimiento de Contrato y de Anticipo, y hasta el 25 de septiembre de 2008 por el amparo de Calidad de los Suministros. Posteriormente en el certificado GU035511 del 28 de febrero de 2007, que extendió el amparo de suministros de la póliza original, lo hizo hasta el 16 de febrero de 2009. Adicionalmente en el texto de los certificados se lee que “ *La vigencia para el amparo de calidad del suministro es de (2) dos años a partir de la fecha de recepción a satisfacción de los bienes*”

Considerando que la Resolución 00591 de 2007 se expidió el 23 de agosto de ese mismo año, y la 000883 el 2 de noviembre del mismo 2007, es claro que el siniestro se declaró en vigencia de la póliza, y por lo tanto la administración lo hizo en desarrollo de sus facultades contractuales.

El demandante confunde el término de duración del contrato con el plazo que tiene la entidad contratante para declarar el siniestro. Ciertamente es, que una vez vencido el plazo contractual la entidad contratante no puede imponer multas o activar la cláusula penal, pero en el caso en concreto estamos ante un evento que en la mayoría de los casos y dependiendo del amparo contratado puede acaecer mucho tiempo después de vencido el plazo del contrato.

Así las cosas, la entidad contratante obró dentro de sus competencias, y dentro del plazo que la ley y el contrato de seguro le permitían, por lo que no invadió tareas de la jurisdicción del juez natural del contrato.

Por lo anterior, el Tribunal considera que el ataque de falta de jurisdicción no está llamado a prosperar.

2.2. Segundo Cargo: Violación de lo dispuesto en el contrato de seguro (garantía única de cumplimiento)

El demandante, en este cargo, ataca las Resoluciones 591 y 883 de 2007, argumentando que: i) la póliza afectada, de manera expresa, regulaba la forma como debía declararse el siniestro y que eran las previsiones del artículo 1077 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y, en especial, con las cláusulas contractuales; y, ii) la declaratoria de siniestro fue extemporánea y por lo tanto había vencido el amparo de cumplimiento. Para desatar este cargo, el Tribunal estima lo que sigue.

i) Procedimiento para declarar el siniestro

Como se dilucido al momento de negar los cargos de falta de jurisdicción y competencia, la Jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, ha definido que las entidades estatales tienen la prerrogativa de expedir actos administrativos motivados para declarar la ocurrencia del siniestro, y de esa forma, a voces del artículo 68 del Código Contenciones Administrativo, formar un título ejecutivo que le haga posible exigir el pago de los riesgos amparados.

Por ende, considerando que la administración en el caso estudiado declaró el siniestro mediante sendos actos administrativos expedidos dentro de su competencia, y contentivos de motivos y argumentos que se analizan más adelante en este Laudo, resulta evidente que la contratante utilizó las herramientas que la ley y la jurisprudencia le otorgan.

El Tribunal por lo tanto no considera que el cargo este llamado a prosperar.

ii) La declaratoria del Siniestro fue extemporánea

El Tribunal recuerda el análisis que hizo en el cargo de falta de jurisdicción, en el sentido que la administración al momento de expedir las resoluciones cuestionadas la cobertura de la Garantía Única estaba vigente.

En efecto. En el texto del certificado GU031384, se aprecia que la vigencia de la cobertura se extendía hasta el 25 de julio de 2007 para los amparos de Cumplimiento de Contrato y de Anticipo, y hasta el 25 de septiembre de 2008 por el amparo de Calidad de los Suministros. Posteriormente, en el certificado GU035511 del 28 de febrero de 2007, que extendió el amparo de suministros de la póliza original, lo hizo hasta el 16 de febrero de 2009. Adicionalmente, en el texto de los certificados se lee que “ *La vigencia para el amparo de calidad del suministro es de (2) dos años a partir de la fecha de recepción a satisfacción de los bienes*”.

Lo anterior, es prueba suficiente que la contratante, activó los amparos de la póliza y sus certificados en vigencia de la misma.

Por otra parte, la jurisprudencia ha sostenido que la administración tiene plazo de dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro para declararlo, pues ese es el término de prescripción ordinaria. Efectivamente, la Sentencia del 9 de julio de 2014, Sala de lo contencioso administrativo consejo de Estado MP Hernán Andrade Rincón, sobre el particular menciona:

“la Sala reitera la postura según la cual el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro debe ser expedido por la Administración Pública a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la que ésta tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente deberá acaecer durante la vigencia del seguro”

Así las cosas, tenemos que la noticia de siniestro al Asegurador en el caso que nos ocupa, se dio el 16 de julio de 2007 mediante oficio DG-360-2007 y la Resolución que afecta la garantía se profirió el día 23 de agosto de 2007 y su confirmación el día 2 de noviembre de 2007, por lo tanto, es claro que este requisito de oportunidad fue satisfecho por la administración

Sin profundizar en mayores elucubraciones sobre la vigencia de la garantía, dado que los actos administrativos que declararon el siniestro cobraron firmeza en el año 2007, es claro para el Tribunal que en el proceso obra Garantía expedida de manera legal, por una compañía de seguros habilitada para el efecto, debidamente aprobada por la entidad Contratante y por, sobre todo, vigente al momento en el que se declaró la ocurrencia del siniestro.

Por todo lo anterior, no puede prosperar el segundo cargo incoado.

2.3. Tercer cargo: desviación de poder y falsa motivación de los actos acusados.

El demandante funda su cargo, en que: i) el demandado cumplió satisfactoriamente las prestaciones del objeto de la compraventa; ii) cumplimiento de otras obligaciones contractuales; iii) los amparos de cumplimiento del contrato y de calidad y correcto funcionamiento del suministro son excluyentes. Agrega un cuarto motivo de inconformidad, pues deja en claro que (iv) no encuentra justificado el valor del siniestro, ni su fuente ni su razonabilidad, acusando los actos de violar el artículo 1077 del Código de Comercio por cuanto la entidad no demostró la cuantía de la pérdida.

Para despachar el presente cargo, procederá el Tribunal a analizar las cuestiones planteadas así:

- Cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato de compraventa.
- Cumplimiento de otras obligaciones contractuales.
- Amparo de cumplimiento de contrato y calidad y correcto funcionamiento son excluyentes.
- Deber de probar y cuantificar los perjuicios patrimoniales.

2.3.1. Cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato de compraventa

La prestación contratada de conformidad con la cláusula primera del contrato 011-2006-DG, era la adquisición de un ICP Masas con Ablación Laser con las características de que trata el cuadro de descripción, cantidad, valor unitario, y valor total del objeto señalado.

Es decir que, para evaluar el cumplimiento o no del contrato debe acudirse a los documentos que obran dentro del expediente para determinar, si el Contratista entregó al Contratante el bien adquirido.

Es así como el Tribunal encuentra una serie de documentos que prueban que el Contratista si entregó el objeto de la compraventa. En efecto, obra en el expediente el acta No. 038-07 Almacén de fecha 19 de febrero, el acta de entrega del 30 de marzo de 2007 y el acta 20071005 de octubre 5 de 2007, que dan prueba que el bien objeto de la compraventa si fue entregado al Instituto y que este estuvo en operación desde el 30 de marzo de 2007.

El Tribunal hará suyo el planteamiento hecho por el representante de Ministerio Publico, quien al alegar de conclusión manifiesta: *“Importa resaltar aquí la característica referida con la ejecución instantánea del contrato de compraventa, que la distingue del contrato de suministro, y en esa medida considera esta Agencia del Ministerio Público que le asiste la razón a la parte demandante al afirmar que el objeto principal del contrato se cumplió a las 5:00 de la tarde del día 30 de marzo de 2007, cuando el funcionario del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forense, ERNESTO DIAZ ROCHA certifico lo siguiente:*

“ACTA DE ENTREGA DEL ICP-MS Y ABLACION LASER INSTALADO Y FUNCIONANDO DE ACUERDO AL CONTRATO 011-2006-DG

Siendo las 5:00 pm del 30 de marzo de 2007, reunidos en el Laboratorio de Residuos de Disparo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se llevó a cabo la prueba final de instalación del Sistema de Ablación Laser e IPC-MS instalando el accesorio de inyección dual, que hacía falta para usar el Ablación Laser sin reconfiguración del Instrumento.

Las pruebas efectuadas resultaron positivas por lo que considero que el Sistema cumple ahora con las condiciones estipuladas en el contrato 011-2006-DG.

Quedan pendientes los compromisos aceptados por el contratista en el oficio TEK-C-354-07 de marzo 30 de 2007”

A la anterior acta se debe agregar la conclusión del acta 20071005 del 5 de octubre de 2007 según la cual:

“Conclusión: EL instrumento funciona correctamente dentro de especificaciones de fábrica, las condiciones de ambientales y de operación se mantuvieron estable así: El vacío 4.0 x 10-07, el plasma no se apagó, temperatura final 23C +/-1 C, aire acondicionado en 22 C, recirculador 20 C. El usuario recibe a entera satisfacción del Instrumento.”

Con el propósito de corroborar la completa funcionalidad del equipo, y la concordancia del proceso de entrega del equipo con el clausulado del contrato, el Tribunal trae la respuesta No. 4 dentro del peritazgo técnico rendido por el Ing. Químico Mauricio Martínez el día 9 de diciembre de 2011 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según la cual:

“Corresponden las especificaciones técnicas del equipo instalado a las consignadas en la oferta? No cabe duda que las especificaciones del instrumento que se entregó al instituto por parte del contratista es el mismo que se ofertó y que de paso corresponde al indicado en el contrato No. 011-2006-DG.”

Por lo anterior, el Tribunal considera que la entidad Contratante al expedir la resolución 000883 de 2007, ya contaba con el equipo adquirido en pleno funcionamiento. Ello, implicará entonces que el Tribunal considere que existió una falsa motivación del acto acusado en cuanto al amparo de cumplimiento.

2.3.2. Cumplimiento de otras obligaciones contractuales

El Tribunal se ocupará, a reglón seguido, de estudiar el tema relacionado con el cumplimiento alegado por el actor de las demás obligaciones contractuales que el INMLCF dice fueron asumidas por el contratista, diferentes a las de la entrega de los equipos comprometidos en venta.

En la prueba pericial que se practicó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se establece que el equipo funcionó del 6 de marzo al 26 de marzo del 2007, cuando presentó una falla que se solucionó completamente el 23 de abril siguiente; a partir de esa fecha se afirma que se utilizó el equipo hasta el mes de junio, cuando volvieron a presentarse algunas fallas que determinaron la readecuación de las instalaciones donde funcionaba para ajustar de mejor manera las condiciones ambientales del sitio asignado.

Dentro de esa pericial se establece que el equipo estuvo fuera de servicio en los meses posteriores a junio de 2007, hasta el 30 de septiembre del mismo año 2007 y que a partir del 1º de octubre se realizaron ajustes al equipo durante quince días para ponerlo de nuevo en marcha; desde entonces funcionó hasta el 4 de diciembre, cuando se presentaron problemas de sensibilidad, solucionados el 24 de diciembre del mismo año. (Cuad. pr. No. 3 folio 00009.)

El equipo quedó entonces bajo observación del personal técnico de la convocante y funcionó dentro los parámetros técnicos hasta marzo de 2008, cuando fue necesario solicitar el cambio del detector por uno nuevo quedando fuera de servicio, y el cambio se efectuó entre el 26 de marzo y el mes de abril de 2008.

En la prueba pericial que se comenta, está que el 16 de mayo de 2008, por ocurrir daño de la antorcha del equipo, se hizo necesario parar su funcionamiento hasta reemplazarlo el 27 de mayo, y que en adelante funcionó, se le hizo mantenimiento preventivo y ajustes sobre el mismo, y presentó problemas que lo dejaron fuera de servicio cuando ya no se encontraba en garantía.

Ante pregunta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca acerca de cuáles fueron los factores que influyeron en el desempeño del equipo, contestó que según la información con cada una de las circunstancias que afectó el desempeño del equipo, se relacionaban con las condiciones ambientales del laboratorio, pues según se pudo establecer por parte de los técnicos de THERMO SCIENTIFIC CORPORATION, junto con el soporte técnico de INNOVATEK, la refrigeración del lugar no era suficiente para mantener dentro los rangos establecidos, la temperatura del cuarto, pero que no se encontró documento alguno que explicara con claridad los hechos como las razones de dichos eventos, tanto por parte del contratista, como del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Afirma el experto que, al intentar reconstruir lo sucedido, se podría deducir que, pese a haberse instalado inicialmente los sistemas de refrigeración, acorde con las especificaciones de fábrica, estos no fueron suficientemente efectivos, puesto que se presentaron con la conjunción de varios efectos que, en combinación, promovieron el mal funcionamiento del equipo, entre ellos el gran ventanal que tenía el laboratorio donde funcionaba, que estaba direccionado hacia los cerros orientales de la ciudad, por el cual en las horas de la mañana se generaban temperaturas más altas de las estimadas inicialmente, en razón a que los rayos del sol en incidían en forma directa- en el sistema ICP-MS.

Concluyó el perito sus apreciaciones, diciendo que cualquiera que fuera la razón del problema, éste se solucionó al modificar las condiciones del laboratorio para facilitar la remoción de calor del mismo.

Prosiguió en su experticia el perito, destacando que otra falla importante que se había presentado estaba relacionada con el detector de masas, componente vital del equipo, el cual había tenido que ser reemplazado por lo menos en dos ocasiones por parte del contratista, de manera que se cumpliera la garantía pactada. Sostuvo también, que el equipo entregado era el mismo ofertado.

En todo caso, de la absolución de las cuestiones propuestas al experto, este formula consideraciones que relativizan los distintos aspectos y situaciones examinadas, como la ubicación y manejo del equipo, de lo cual deducía que no era posible determinar la causa real y precisa del mal funcionamiento de aquel.

En tal contexto probatorio, y aquel que ha sido analizado a propósito de los demás cargos de la demanda, el Tribunal considera que no quedó probado en autos, por medio de la prueba técnico-pericial, que el equipo, de una parte, no fuera el mismo que constituyó el objeto del contrato y, de otra, que la causa del mal funcionamiento temporal pudiera atribuírsele con certeza e indubitablemente al vendedor, dadas las circunstancias en que ocurrieron las fallas del sistema, como la de que funcionó incluso antes del 30 de marzo de 2007, cuando se entregó, estaba funcionando correctamente, según lo escribiera el Interventor quien suscribió el Acta de Entrega, sin que el Tribunal puede considerar plausible admitir la alegación del funcionario en el sentido de que el predicado contenido en ese documento, no se refería al equipo completo, afirmación hecha posteriormente para desvirtuar el contenido del Acta de entrega del 30 de marzo de 2007.

El texto del Acta de 30 de marzo de 2007, que el Coordinador del Grupo de Evidencia Traza suscribió, es suficientemente claro y preciso, y no da pábulo a la pretendida precisión que sostiene el señor DIAZ ROCHA, cuya prevención respecto del contratista era ostensible en autos y afecta la verosimilitud de su dicho.

Ciertamente en el Acta referida se hace mención de pendientes, pendientes que se indicaron en el oficio 354 de la misma fecha, pero que, a juicio del Tribunal, no correspondían a compromisos o deberes contractuales del contratista, de quien se aceptó la entrega de los bienes objeto del contrato en la referida ocasión, lo que no hace verosímil afirmar que en la

misma oportunidad se comprometió contractualmente a entregar otros adicionales, como los elementos necesarios para la realización de las pruebas forenses.

Las actas de visitas y asistencia del contratista para poner en debida forma de funcionamiento el equipo, de fechas 2 de octubre y siguientes, con la participación del técnico AURELIAN BISCARDI, permiten deducir que hubo asistencia del vendedor en desarrollo de la garantía otorgada y colaboración para el mantenimiento y puesta en marcha del equipo, cuando fue necesario; los autos dan prueba, con documento suscrito por la Química y usuaria del aparato CONSTANZA MOYA JIMENEZ, que el empleado OSWALDO BELTRAN, asignado por el vendedor como encargado de la asistencia técnica del equipo ICP-MS, con ablación laser, estuvo atento para conocer la marcha y funcionamiento del mismo y concurrió, cuando se requirió su asistencia, a efecto de realizar los arreglos y puesta en marcha del aparato. (Vid., cuad. 2, Acta de 03 20 07, fl. 0000484 y ss.)

A folio 0000190, del cuad. de pruebas No. 3, aparece escrito en el que la usuaria citada le informa al Interventor el comportamiento del servicio de análisis de Residuos de Disparo en los años 2006 y 2007, le indica que en el año 2006 se analizaron 1076 casos, en tiempo de respuesta promedio de 50 días; que en el mes de diciembre se empezaron los trabajos de adecuación por parte del contratista para instalar el equipo nuevo y que en ese lapso no se pudo trabajar en Residuos de Disparo.

Precisa también que los casos de junio se analizaron cuando el equipo estaba instalado con el chiller, en el laboratorio de toxicología, y sólo se pudo trabajar aquellos con requerimiento urgente de la autoridad.

Que a partir del mes de junio el equipo estuvo fuera de servicio hasta el mes de octubre, cuando se logró poner en funcionamiento hasta la fecha de hoy, se refiere a la fecha de comunicación dirigida a la oficina jurídica.

Agrega en esa comunicación del folio 190 del cuaderno número 3, que, en lo que iba corrido del año 2007, se habían analizado 674 casos de los cuales 256 (38%), se analizaron con el IICP viejo, y 268 (40%), en el mes de octubre, después de que finalmente el equipo funcionó de manera continua.

La afirmación de la funcionaria indica que el equipo se utilizó en la mayoría de los casos examinados por la Entidad y deja sin explicación la no utilización en todos los eventos.

Del folio 0000 299 al 0000315, obran los reportes concernientes al funcionamiento del equipo, esto es desde el 9 de marzo de 2007. Entre ellos se encuentra el informe de que el 26 de marzo de 2007 se hizo la instalación e instrucción del manejo del equipo por el por el ing. Sean Forrest. (fl. 0000304.) A folio 0000 306 se establece que el 23 de abril de 2007 produjo la visita el experto ing. Aurelian Biscardi, quien verificó el funcionamiento del equipo. En el reporte y visible al folio indicado antes se establece que se recibió instrucción del ing. Leonardo di Carpio para realizar ajustes en la resolución, calibración de las masas, mejoras en el lavado y toma de muestras y que fue necesario sacar el recirculador, para mantener la temperatura estable del X SERIES. A partir de abril de 2008 (fls. 0000335 a 0000342), existen reportes concernientes a las fallas del equipo. En el mismo cuaderno folio 0000343, se da cuenta de la visita hecha por la ingeniera Ana Rita CRISTANCHO de THERMOFISHER, quien imparte instrucciones al personal de usuarios; se verifica nueva visita de la misma experta para de funcionamiento del equipo. A folios 345, 346, 355, obran constancia de estar al equipo fuera de servicio. A folios 0000352 y 00003565, se encuentran constancia de que el equipo funcionaba correctamente. Igualmente, en el folio 0000378 obra una comunicación del Grupo de Evidencia Traza dirigida al Director Regional de Bogotá, del 29 de marzo de 2007, en la cual el Coordinador del Grupo trasa la evolución de cumplimiento del contrato a partir del 30 de marzo, última prórroga concedida al contratista. En ella se lee que del 20 al 23 de marzo de 2007 se revisaron algunos aspectos del suministro eléctrico; que no se avanzó en la instalación del equipo, debido a que el experto en el tema no estaría en el país sino hasta el 26 de marzo. En ese oficio el Coordinador del Grupo Díaz Rocha, sostiene que del 26 al 28 de marzo se hizo la instalación del sistema de ablación láser CETAC ASX-W13 por parte del Sr. Sean Forrest de la firma CETAI y manifiesta que puede atestiguar que el referido sr. Forrest conocía el sistema ASX-313 y que hizo la instalación el día lunes, habiendo impartido el martes la instrucción sobre el manejo del sobre el manejo del software del sistema ablación láser, sin involucrar el ICPM-MS. Luego el Interventor afirma en el oficio que se menciona que cuando se empezó la práctica con el sistema completo, fue evidente el poco o nulo conocimiento del señor Forrest acerca del ICPM-MS., y que luego hubo dificultades para conectar los dos sistemas. Se agrega en el escrito que de hecho se evidenciaba que el sistema no cumplía con lo ofrecido en la página 081 de la oferta presentada, como valores agregados, refiriéndose a la oferta de la contratista. Agregó, además, que en horas de la tarde del mismo día (23 de marzo) se continuó el entrenamiento, pero aparecieron algunos problemas porque la antorcha del ICP-MS se apagaba cuando se prendía el sistema de ablación láser, problema que se resolvió el 28 de marzo, instalando un suministro de helio, tal como lo recomendaba el Sr. Forrest y estaba en el manual del instrumento.

En el escrito del Interventor afirmó también que no sobraba anotar que el suministro de helio se instaló en forma improvisada, debido a quien había sido instalado previamente por el

contratista. Se quejó también, como ya se ha reseñado, del calor excesivo que obligaba repetidamente a salir del laboratorio. Obra en el expediente, folio 0000381 del cuaderno No.3, comunicación del 25 de mayo de 2007, dirigido por el contratista a la contratante para solicitar autorización de realizar la reubicación del sistema de enfriamiento, (chiller), del equipo instalado en el Laboratorio de Evidencia Traza. En él, afirma INNOVATEK., Limitada., que por razones de estabilidad térmica requeridos por el espectrómetro mencionado no era posible su instalación en la parte interna del laboratorio y por razones de comodidad, tanto desde el punto de vista de ruido y calor en el sitio que actualmente ocupaba, se hacía necesaria la instalación en un lugar que no causará esos inconvenientes. Advirtió que todos los gastos generados para la instalación serían asumidos por la contratista, y pedía le informara en el lugar donde se podría instalar el equipo.

En comunicación del 28 de Mayo de 2007, suscrita por el Dr. Ernesto Díaz Rocha, éste insiste en la ocurrencia de las deficiencias en el cumplimiento del contrato por parte de INNOVATEK., Ltda., ya que luego de la visita que hiciera el Sr. Leonardo del Carpio los días 23 y 24 de abril quedaron varios puntos claros que señalaba que el equipo estaba mal instalado en cuanto a condiciones de temperatura; que los estándares que fueron entregados con el equipo no correspondían a los ofrecidos, que el equipo presentaba problemas de calibración de masas.

Concluyó el Coordinador – interventor-, su acusación, sosteniendo que no se había cumplido con los ofrecimientos que INNOVATEK., Ltda., había hecho el 30 de marzo de 2007; sostuvo, también, su descontento porque veía que el personal que atendió la instalación y el entrenamiento no tenía la experiencia, ni el conocimiento de los equipos entregados, sin dar razón de su afirmación y sin que aparezca en el expediente prueba de que el Interventor sí era ducho y conocedor de los equipos y la forma de su instalación; tampoco preciso porque consideraba, inicialmente, que el señor Forrest era experto y conocedor en el manejo de los equipos y enseguida afirmaba lo contrario; esas circunstancias llevan al Tribunal a no tener por debidamente demostrada la imputación hecha por el señor Interventor.

A raíz de las inquietudes formuladas por el Interventor, en el mes de mayo de 2007 se suscitó una reunión de los funcionarios Directivos del Instituto para tratar la problemática indicada, sin la presencia del contratista. Las quejas formuladas por el interventor (vid. Fl. 0000 384), dieron lugar a que se convocará una nueva reunión para estudiarlas, celebrada el 4 de junio de 2007, en la cual previamente se hizo un resumen de la temática existente en relación con el contrato 011 de 2006 por la directora de la Oficina Jurídica, con asistencia del representante legal de la convocante. Intervino el Coordinador del Contrato para manifestar al contratista

los aspectos contenidos en el oficio 48—2007-LETR-RB del 28 de mayo en el que concluyó, que: (i) El equipo no estaba funcionando en óptimas condiciones; (ii) Las condiciones locativas no eran las adecuadas para el funcionamiento del mismo; y, (iii) La solución temporal para la instalación del equipo de enfriamiento estaba causando ruido, temperatura y ambiente en general Laboratorio de toxicología, por cuanto el chiller se instaló en el sitio de entrada del mismo Laboratorio; Preciso, además, que los estándares entregados por el contratista no eran los indicados porque estaban demasiado diluidos y prácticamente ya no eran útiles, según afirmación expresada, dijo el interventor, por el Sr. Del Carpio. En el acta se dejó constancia de que el contratista manifestó estar esperando la autorización para la reubicación del chiller.

En el acta que se viene mencionando del mes de junio de 2007, se dejó constancia de que el Secretario General del Instituto había manifestado que había suficiente razón para iniciar los trámites necesarios y hacer efectiva la póliza de cumplimiento, teniendo en cuenta que:

- 1.- El ICP-MS no se había podido calibrar diariamente;
2. Que tal como estaba funcionando era un riesgo para el Instituto, aun cuando cumplía las expectativas técnicas;(resalta el Tribunal.)
- 3.- Que al contratista se le había comunicado ampliamente las dificultades presentadas con el equipo;
- 4.- Que le había otorgado todos los plazos que había considerado prudentes para solución definitiva pero el contratista no los había cumplido;
- 5.- Con los incumplimientos presentados con el funcionamiento del equipo se generaba un riesgo para el perito que debía sustentar un informe pericial.

El Secretario General indicó que, si el contratista lo consideraba, podía hacer una propuesta al Instituto para solucionar los inconvenientes, la cual se analizaría, sin perjuicio de dar inicio a los trámites tendientes a hacer efectiva la garantía del contrato.

El 14 de junio de 2007 (fl 0000389) el representante legal de INNOVATEK., Limitada., se dirigió al Secretario General del Instituto para expresar su inconformidad con el trato recibido y la advertencia intimidante de la Oficina Jurídica recibida por la empresa, y él mismo como persona natural, maltrato verbal de que había sido objeto en varias ocasiones por personal de la demandada, así como la sorpresa que le había causado el hecho de haber sido convocado a una reunión sin informarle el objeto de la misma. Expresó el representante legal de la convocante su rechazo a los cargos que se le habían formulado, haber cumplido en forma debida con el contrato y estar dispuesto a revisar las obras de reubicación del equipo que fueran necesarias.

Como se desprende la anterior síntesis de los hechos mencionados, el Tribunal encuentra que el equipo funcionaba, con algunas fallas, que fueron atendidas y superadas por la vendedora y que, según las palabras del señor Secretario General de la Entidad, cumplía las expectativas técnicas.

El 10 de junio de 2007 (cuad. prueba. 3, fl 0000397), se encuentra un informe redactado por la Sra. Química María Constanza Moya Jiménez dirigida al Sr. Días Rocha para informarle aspectos relacionados con el funcionamiento del equipo. En dicha comunicación se lee que después de la visita del Sr. Leonardo del Carpio, el 25 de abril de 2007:

- 1.- Se realizó un *performer report*, pasando las especificaciones, se calibró el método de residuos de disparo y se leyeron tres casos urgentes.
- 2.- A partir de esa fecha, el espectrómetro se utilizó para analizar casos urgentes, y como no era adecuado encender el equipo por uno o dos casos urgentes, se analizaron lotes de diez casos.
- 3.- Los resultados fueron confiables de acuerdo a los parámetros de calidad que se tienen en cada caso de muestras: blanco de reactivos (ácido nítrico 2% antes y después de cada caso), control de calidad de concentración conocida con cada lote de casos forenses, frotis de persona antes de disparar y después de disparar.

En el mismo texto expresó la usuaria que dentro del programa de aseguramiento de calidad de los análisis de laboratorio se encontraba la verificación del desempeño del equipo que se debía realizar en forma periódica. En el caso del espectrómetro (en la *performer report*), esta verificación fue imposible realizarla diariamente debido a que no contaba con la solución de sintonización, requerimiento que realizó la informadora en varias veces a INNOVATEK, en forma verbal.

Comunicó también la Sra. Moya Jiménez que se realizaban los casos forenses debido a que por los resultados obtenidos se mantenía las condiciones de sintonización del día 25 de abril.

Lo anterior constituye, según el Tribunal, una comprobación más de que el equipo estaba funcionando.

Indicó que en las ocasiones en que el gerente de la contratista le preguntaba en forma verbal de cómo iba el trabajo con el espectrómetro, ella le contestaba que únicamente se estaba usando para casos urgentes, ya que al encender el chiller afectaba el trabajo del grupo de toxicología,

y dijo también haberle manifestado reiteradamente la necesidad de reubicarlo, como también que era urgente contar con las soluciones de sintonización.

La anterior afirmación de la dependiente del Interventor indica que el equipo funcionaba y que sus fallas podrían derivarse del efecto de chiller.

Igualmente, (fl. 0000398iibid), sostuvo haberle informado al representante de la convocante que los resultados obtenidos eran confiables desde el punto de vista analítico. De ninguna manera, dijo, le manifesté que estuviera trabajando en forma continua; que ICP-MS, nunca había estado trabajando en plena productividad, como se afirmaba en el párrafo 3 del oficio TEK-C-614007, del 14 de junio de 2007.

Sostuvo en él se informe al Coordinador del Grupo de Laboratorio Traza, e Interventor, que en condiciones normales el número de casos promedio analizado en el IICP-AES, (viejo), era de 300 por mes, mientras que con el nuevo equipo el promedio mensual era de 50 casos por mes, por lo que no se podía considerar que el equipo estuviera en plena productividad.

Para el Tribunal esas manifestaciones de la usuaria directa del equipo, en su expresión literal mencionada, no dan un margen de credibilidad a la imputación de que éste no funcionaba correctamente, como lo hizo el Interventor a lo largo del ejercicio de sus funciones.

También dio a conocer la Química MOYA JIMENEZ que en la primera semana de junio el Sr. Omer Bello, empleado de INNOVATEK., la había contactado telefónicamente para preguntar por el espectrómetro, a lo cual ella le comentó la necesidad urgente de los estándares de sintonización, y de las mangueras para muestras, que ya se estaban agotando.

Recordó que ante una nueva solicitud de las autoridades para tres casos urgentes, el día 14 de junio, se realizó la calibración del ensayo, no obteniendo resultados confiables, con desviaciones standard relativa mayor de 5%.

Ante esta situación y sin contar con las soluciones de sintonización, manifestó a usuaria, se realizó la limpieza de la parte de la vidriería y de los conos; luego se realizó de nuevo la calibración del método, sin obtener resultados confiables, por lo cual no se analizaron los casos urgentes comunicando en forma escrita la autoridad solicitante.

Por la falta de confiabilidad de los resultados, a partir del 14 de junio, asumió la informante, que las condiciones del espectrómetro ya no eran las mismas del último *performer* realizado;

por lo tanto, que era de imperiosa necesidad llevar a cabo lo siguiente: en primer lugar el *performer report* y si éste no pasaba, la calibración de masas, estos procedimientos no los pudo llevar a cabo por la falta de las soluciones de sintonización (solución A y F).

Es de destacar el hecho señalado por la Dra. Moya, de que hasta el momento se tenían pendientes 484 casos y era muy frecuentes las solicitudes urgentes por parte de la autoridad.

En el Fl. 00003999 cuad. de pruebas 3, aparece el oficio fechado el 4 de junio de 2007 dirigido al Director Regional de Bogotá del INMLCFCF, y suscrito por el responsable de la Interventoría del contrato, quien tenía el cargo de Coordinador del Grupo de Evidencia Traza. El escrito consigna los que, en su opinión, eran los puntos que había incumplido el contratista INNOVATEK Ltda.

Indica que el contratista ofreció realizar la obra de carácter civil para la apropiada instalación, puesta en funcionamiento y capacitación en el sistema ICP-Masas con ablación láser. Consideró que el compromiso no se había cumplido pues el sistema recirculador de aguas está provisionalmente instalado fuera del laboratorio de Química, causando numerosos problemas a los compañeros de Toxicología.

En este punto precisa el Tribunal que, en primer lugar, desde mayo de 2007 el contratista había solicitado autorización y definición al Instituto sobre el sitio donde debía instalarse el equipo, lo que sólo se definió el 27 de julio de 2007, y que hubo problemas con las instalaciones del acueducto, según se expresa en los autos.

Agrega que en la propuesta se ofreció que la instalación de la UPS se haría de acuerdo con las normas establecidas por el Instituto; esto no se había cumplido a pesar del compromiso contenido en el oficio TEK 354, del 30 de marzo de 2007, habiendo prometido instalar la UPS en la última semana de abril, lo que tampoco había cumplido.

Debe recordar el Tribunal el carácter de *adicionales voluntarios* los mencionados en el oficio citado por la usuaria del sistema.

Agregó el Interventor que, según la cláusula cuarta del contrato, los equipos deberían ser entregados instalados y funcionando de acuerdo con los protocolos del fabricante en el laboratorio de Química Forense de la Regional Bogotá y en este momento las condiciones de instalaciones no cumplían las especificaciones ya que el sistema de recirculación de agua tuvo que ser sacado del laboratorio pues estaba afectando el desempeño del ICP-MS., además de

que causarían incomodidad al personal que trabaja en el laboratorio por el calor y el ruido generados.(fl. 400)

Expresó el Sr. Díaz Rocha, en este escrito, que *“... no puedo considerar entregado a satisfacción el equipo de aquí no se ha cumplido con los compromisos estipulados en el oficio TEK-C-354-07, en especial la entrega de los estándares, a los que se comprometió el contratista para las dos primeras semanas de Mayo de este año, plazo que tampoco había cumplido. Tampoco cumplió con la entrega de las mangueras en la tercera semana de abril de este año estipulado en el mismo oficio.”*

Concluye afirmando que deja claro que se le recibió inicialmente el equipo al contratista, a pesar de que no cumplía todos los requisitos porque en su momento consideró que eran aspectos subsanables, que podían ser objeto de un compromiso, siempre y cuando estos compromisos de cumplieron a cabalidad. Esto no se cumplió y por eso afirma que el equipo no se entregó a satisfacción. Le manifiesta al Director Regional de Bogotá el Sr. Díaz Rocha que cree que en este caso debe aplicarse la cláusula décima séptima del contrato 011 -2006- 06-OG que establece el ejercicio los derechos del Instituto.

Las anteriores aseveraciones del Coordinador del contrato indican que no era procedente imputar incumplimiento de sus obligaciones al contratista, como lo hizo la Entidad, por el hecho de no haber entregado en las fechas previstas, bienes o elementos voluntariamente ofrecidos por él, y sin tener presente que eran las condiciones del ambiente de trabajo y los elementos distintos del equipo entregado, los que, en parte, ocasionaban las deficiencias que la Administración sostuvo que existían.

En el folio 0000403, del Cuad. De pr. 3), de fecha 19 de junio de 2007, dirigido a la Dra. Soledad Montaña, jefe de la Oficina Jurídica, el Sr. Díaz Rocha insiste en sus quejas respecto del incumplimiento del contratista. Sostuvo en su queja el Interventor, que el contratista afirmaba que los compromisos adquiridos en su comunicación TEK-345-07-, eran de carácter absolutamente voluntario, y agrega que, sin embargo, estos compromisos fueron estipulados además en el acta de entrega, del 30 de marzo, porque él le exigió, como condición para afirmar dicha acta, y que de ninguna manera se podía considerar una concesión del contratista.

Resalta el Tribunal la impropiedad de la afirmación del Interventor pues ella no se corresponde con la realidad contractual y jurídica, según lo ha expresado el Tribunal, y muestra, además, la indebida presión del Interventor sobre el contratista consistente en exigirle el compromiso de la entrega de los elementos adicionales, so pena de no suscribir el acta mencionada, del 30 de marzo de 2007.

En su escrito, el Interventor interpretó jurídicamente el contrato, para deducir que la cláusula sexta numeral nueve del mismo era muy claro cuando afirmaba que el proveedor debía suministrar los insumos suficientes para realizar las pruebas de instalación y capacitación y que durante los procedimientos se usaron consumibles que venían con el instrumento y no fueron aportados por el contratista, por lo que si era contractual su compromiso en este sentido; olvidó que los insumos fueron entregados, según la relación de los mismos, en Acta del 30 de marzo de 2007.

Advirtió que en la propuesta, pág. 270, se especificó cuáles eran las soluciones de validación incluidas con cada instrumento, y en ninguna parte se dice que fuera a voluntad del contratista la entrega de dichos estándares. Consideró el Sr. Díaz Rocha que debía recalcar que la concentración de los estándares entregados inicialmente era una concentración diferente (más diluidos) que los estándares de validación del instrumento y es por eso por lo que las fechas de expiración eran tan cortas, que de ese hecho sólo se percataron cuando el Sr. Leonardo del Carpio se le manifestó a la Sra. Constanza Moya.

De ahí se confirma, considera el Tribunal, lo sostenido por INNOVATEK., LTDA, en cuanto al hecho de que la entrega de esos estándares se hubiera llevado hasta julio de 2007, para procurar aprovechar su hasta la fecha más tardía posible, con relación a la prevista en los primeramente entregados. Se opuso el Interventor a aceptar el carácter voluntario del suministro de tales insumos adicionales y manifestó que estaban estipulados en el contrato, cláusula sexta numeral 9. Indicó que en el contrato está estipulado que el objeto era un sistema que estaba compuesto por consumibles necesarios para el análisis de 3.000 muestras, olvidando que de ellas se hizo entrega según la relación del Acta de recibo e instalación de los bienes objeto del contrato.

El Interventor también rechazó el dicho del Sr. Hislén Hernández en cuanto afirmaba que las mangueras, ya habían sido entregadas, y se encontraban en el laboratorio, porque lo que había hecho era una entrega parcial donde faltaban mangueras para la introducción de la muestra; que el mismo Sr. Hernández reconocía que estas mangueras eran de carácter consumible y reiteró que en la cláusula primera del contrato se previó la obligación del contratista para suministrar los consumibles necesarios para el análisis de 3000 muestras.

En nota adicional, visible a folio 0000406 del cuad.de pruebas 3, de fecha 22 de junio de 2007, el Coordinador de los Laboratorio de Evidencia Traza, recomendó a la Oficina Jurídica, que se

aplicara la cláusula de cumplimiento del contrato de cuyo control y vigilancia había sido encargado por el Director Regional de Bogotá.

En el fol. 0000149 cuad. pr. 3, obra el Oficio del señor DIAZ ROCHA al Director Regional Bogotá, en el que informa que el contratista avisó el 25 de junio de 2007 que estaba a la espera del pronunciamiento de la Oficina de Arquitectura, para proceder a la instalación del CHILLER y de la UPS del sistema ICP.MS. Expresa el señor DIAZ ROCHA que *“Sobra decir que esta situación impide prestar el servicio de análisis de residuos de disparo... Le pido comedidamente sus buenos oficios para que el trámite ante la Oficina de Arquitectura sea más ágil...”*

En el folio Fl. 0000412, figura comunicación de INNOVATEK dirigido al arquitecto Luis Ernesto Ramírez, en el que le informa la necesidad de reubicar el sistema de enfriamiento de agua dentro del Laboratorio, por lo cual le solicita su autorización para llevar a cabo los trabajos y da explicaciones sobre aspectos técnicos, dimensiones recubrimientos de poliuretano, etc. Le indica un mueble que se encontraba dentro del laboratorio, que debía ser removido para colocar otro de similares condiciones construido en drywall con recubrimiento interno de poliuretano, para permitir el aislamiento termo-acústico. (Fl. 0000415.) La Unidad de Arquitectura autoriza la reubicación solicitada por la contratista, y señala parámetros para hacerla. (Oficio del 29 de julio de 2007.)

En el fl. 0000423 es legible el Informe del 27-07-07 de CONSTANZA MOYA JIMENEZ dirigido al señor DIAZ ROCHA sobre actividades realizadas por INNOVATEK desde el 18 de julio de 2007.

También obra en autos el Oficio del 27 de julio de 2007, (cuad. pr.4. Fl. 0000426) del Sr. DIAZ ROCHA al Director Regional de Bogotá, que expresa, en resumen, que el contratista, hasta la fecha, no ha podido entregar el equipo instalado correctamente y funcionando, contrariando lo expresado por el señor Secretario General de Entidad, como ya se dejó anotado atrás. Hislen Hernández representante de la contratista, (Fl. 0000427.) replica al Jefe de la Oficina Jurídica sus afirmaciones contenidas en carta anterior sobre el tema de la reunión, en oficio de agosto 1º de 2007, y sobre los comentarios del Sr. DIAZ ROCHA dijo que quedaron explicados en oficio TEK -C-614-07.

En el Oficio de 03 08 07, TEK-C-857-07, agosto 1º. (cuad. pr.3, fl. 0000429'31), HISLEN HERNANDEZ devuelve sin firmar Acta No.02-2008 relacionada con la reunión del 12 de junio de 2007. y en él manifiesta las razones de su conducta y su desacuerdo con las manifestaciones

expresadas por señor DIAZ ROCHA. Rechazó la afirmación de que Leonardo del Carpio hubiera expresado que los estándares entregados no eran los indicados y eran inútiles.

En el folio 00000451 aparece el Oficio de Director Regional Bogotá a HISLEN HERNANDEZ, No. 540.2007-DRBO, de fecha 28 08 07, a INNOVATEK., en el que manifiesta que no se ha logrado la estabilización y sintonización del equipo, y que ha presentado dificultades para entrar en funcionamiento, como lo estableciera el ing. Leonardo del Carpio quien determinó la inadecuada instalación, motivo por el cual se hicieron necesarias todas las adecuaciones locativas.

En este oficio se manifiesta que en la respuesta del oficio por parte de INNOVATEK., Ltda., no se hacía ninguna referencia los estándares de sintonización solicitados de 10 ppm, razón para la suministrar la solución Tune A y 10 ppm, para la solución F., que debían ser entregados y que fueron también objeto de la comunicación previa.

En este punto del recuento probatorio, el Tribunal toma en cuenta la afirmación de la vista fiscal, en cuanto que considera que si el contrato era de ejecución instantánea, que se cumplía con la entrega de la cosa adquirida, no quedaba duda de que los actos administrativos contractuales demandados adolecían del vicio de falsa motivación, en lo que se refería a la garantía de cumplimiento, pues se le interpretó erradamente como de suministro; el hecho de que el contratista hubiera aceptado, en el oficio 354 de 2007, entregar elementos adicionales con posterioridad a la entrega en el Laboratorio de Evidencia Traza, no podía llevar a una mutación de la naturaleza jurídica del contrato, como parecía entenderlo el Instituto.

No hallando demostrado el Tribunal que las fallas que presentó el equipo durante el primer año de su funcionamiento fueron causadas por el vendedor; que el equipo ICP-MS con ablación láser fue entregado en la fecha prevista y en estado de funcionamiento; que en el mes de octubre de 2007 (actas del 1º. al 6 de ese mes), se cumplió por el vendedor el ajuste para el adecuado funcionamiento del equipo, en cumplimiento de sus obligaciones de garantía; que para adecuar la marcha del equipo se trajeron expertos extranjeros que dieron instrucciones y entrenamiento para el manejo del objeto del contrato, a los funcionarios del INMLCFCF, y resolvieron algunos problemas que se habían presentado, no podía hacerse efectiva la garantía otorgada por el contratista, y haberse obrado en ese sentido por parte de la contratante con la expedición de las resoluciones acusadas No. 000561 de 23 de agosto de 2007 y su confirmatoria la No. 00883 de 14 de noviembre de ese mismo año, quedaron afectadas de falsa motivación.

2.3.3. Amparos de cumplimiento de contrato y calidad y correcto funcionamiento son excluyentes

Empieza el Tribunal este análisis, revisando los amparos exigidos por el contrato de compraventa y los amparos efectivamente contratados.

En los certificados de la Garantía de manera textual se lee: AMPAROS: i) Cumplimiento del Contrato, ii) Anticipo y iii) Calidad de Suministros. Por su parte, en el clausulado de la Póliza aportado se incluyen las definiciones de los distintos amparos y en particular los de cumplimiento, anticipo, calidad de los elementos suministrados y el amparo de correcto funcionamiento de los equipos. Aquí el Tribunal se detiene pues a todas luces queda evidente que los amparos de calidad y de correcto funcionamiento son dos amparos diferentes, que debían contratarse de manera independiente y expresa. Efectivamente el clausulado de la póliza los define en dos apartes distintos:

1.7 AMPARO DE CALIDAD DE LOS ELEMENTOS SUMINISTRADOS. El amparo de calidad de los elementos suministrados cubre a las entidades estatales contratantes frente a los perjuicios imputables al contratista derivados de la deficiente calidad de los elementos o bienes suministrados por el contratista, de acuerdo con las especificaciones técnicas del contrato

1.9 AMPARO DE CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS. El amparo de correcto funcionamiento de los equipos cubre a las entidades estatales contratantes frente a los perjuicios imputables al contratista, derivados de las deficiencias técnicas en el funcionamiento de los equipos suministrados o instalados por el contratista, de conformidad con las especificaciones técnicas del contrato y de acuerdo con el servicio para el cual fueron adquiridos.

Así las cosas, es claro para el Tribunal que la póliza aportada dentro del proceso contractual no se ajustó de manera integral a las previsiones de la cláusula 7 del contrato 0011-2006-DG, pues ésta, de manera inequívoca exigía 4 coberturas: 1º. Cumplimiento; 2º. Calidad de los Bienes. 3º. Correcto Funcionamiento; y 4º Buen Manejo e Inversión del Anticipo. Es cierto que el texto de la cláusula 7 menciona en el numeral 2: “Calidad de los Bienes y Correcto Funcionamiento”, pero esto no quiere decir que se trata de un solo amparo, sino que son dos diferentes, pues así existan similitudes entre estos amparos que pueden prestarse a confusión, es claro que dentro del clausulado de la póliza GU019852, si se tratan como dos amparos distintos.

Esta falencia, acompaña toda la controversia, pues a lo largo de la misma, la Contratante hace remisión indistinta a problemas de funcionamiento con problemas de calidad, y/o de cumplimiento, sin reparar en que se trata de amparos distintos.

La aseguradora Confianza al momento de presentar recurso contra la decisión 591, hizo evidente esta situación al manifestar: *“Falta de Cobertura:Confianza no otorgo el amparo de correcto funcionamiento de los equipos... **De esta manera, no existe cobertura para pretender una indemnización por el correcto funcionamiento del equipo ICP-MS**”*

No obstante lo anterior, el Instituto, en la Resolución 000883 de 2007, desestima la falta de cobertura alegada, manifestando que el Asegurador debió haber incluido este amparo pues a éste se le expuso el contrato y debió amparar este riesgo máxime si estaba frente a la compraventa de un equipo de alta tecnología que supondría tendría momentos críticos en el proceso de instalación y posterior funcionamiento. Es decir, el Instituto afirma que la Compañía de Seguros debió asegurar el riesgo de correcto funcionamiento pues así lo indicaba el contrato, lo cual es cierto, pero olvida, que la póliza y sus certificados fueron aprobados por el propio Instituto y era a éste a quien correspondía verificar que la póliza otorgada cubriera realmente todos los riesgos enunciados en el contrato.

Efectivamente en el texto de las resoluciones acusadas se leen apartes donde la entidad Contratante evoca causales propias del funcionamiento de los equipos.

*“Que el instituto ha enfrentado graves perjuicios en el servicio forense, por no estar instalado correctamente, ni estar funcionando del equipo, en las condiciones pactadas en el contrato...”
Resolución 591 de 2007*

“...Los motivos aducidos por el Instituto en la resolución 0000591 del 23 de agosto de 2007, existieron, existen y además, fueron comunicados en su oportunidad por el funcionario encargado del control y vigilancia técnico del contrato, así como por la usuaria directa del equipo, comunicados que fueron en su mayoría verbal y/o telefónica, en razón a como bien señala el recurrente de Innovatek Ltda., se trata de un equipo de alta tecnología, lo que significa que la entidad no podría dar lugar a una espera de una formalidad escrita, para buscar y/o solucionar problemas relacionados con el no funcionamiento del mismo...” Resolución 000883 de 2007.

“Que al respecto a la falta de cobertura aludida por el recurrente, tenemos que el Contratista presento ante la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.; copia del contrato No. 011-2006-DG y solicito la expedición de una garantía única con los amparos que trata la cláusula séptima del

contrato No. 011-2006-DG así: 1) Cumplimiento. 2) calidad de los bienes y correcto funcionamiento. 3) Buena manejo del anticipo... en efecto, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A- CONFIANZA, expidió la póliza NO. 01GU019852 el 27 de septiembre de 2006, con los siguientes amparos que se leen en la caratula: CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO... ANTICIPO... CALIDAD DE LOS SUMINISTROS. Además se observa la nota: NOTA: LA VIGENCIA PARA EL AMPARO DE CALIDAD DEL SUMINISTRO ES DE DOS (2) AÑOS A PARTIR DE LA FECHA DE RECEPCION A SATISFACCION DE LOS BIENES, así las cosas dada la naturaleza del contrato que nos ocupa, es decir, de compraventa de un equipo de alta tecnología ICP-MS con ablacion laser, el seguro de cumplimiento tomado a favor del instituto, ampara las mismas obligaciones y prestaciones del respectivo contrato y por tratarse de un bien no hay lugar a interpretación diferente a que el amparo se debe tomar para conforme al ramo de seguros así los dispone es el de AMPARO DE CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS derivado de la deficiencia técnica en el funcionamiento del equipo suministrado o instalado por el contratista de conformidad con las especificaciones técnicas del contrato y de la oferta”

Que teniendo en cuenta lo anterior, solo podría hacerse exigible dicho amparo a partir de la fecha en que se produce el recibo del equipo por parte de la entidad, para lo cual necesariamente el contratista debía efectuar varias actividades como la instalación, puesta en marcha y el funcionamiento acorde con los protocolos del equipo, lo que en efecto pretendió llevar a cabo, pero que por circunstancias ajenas al Instituto solo fue posible lograrlas hasta el 5 de octubre de 2007, respalda dicho argumento la nota que aparece en la caratula de la póliza expedida por la Compañía Aseguradora “NOTA: LA VIGENCIA PARA EL AMPARO (...) ES DE DOS (2) AÑOS A PARTIR DE LA FECHA DE RECPECION A SATISFACCION DE LOS BIENS”, por lo tanto para el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, no es de recibo la tesis referida por el Apoderado de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.; CONFIANZA S.A., para pretender la exclusión de dicho amparo olvidando que se trata de un contrato de compraventa de un equipo que requiere del amparo de correcto funcionamiento” Resolución 000883 de 2007.

En síntesis, si bien entiende el Tribunal que las coberturas de (i) calidad de los equipos y (ii) correcto funcionamiento tiene en muchos casos una frontera bastante difícil de definir, sin duda para el derecho de seguros se trata de dos amparos claramente identificables que deben contratarse e invocarse de manera diferenciada. En los acápites transcritos se aprecia que la entidad Contratante actúa como si el amparo de Correcto Funcionamiento estuviese operando, e incluso llega a afirmar que el amparo de cumplimiento también cubre todas las obligaciones del contrato, dejando entrever que ello incluye el funcionamiento, y remata afirmando que dada la naturaleza del caso en concreto el amparo que se activa es el de AMPARO DE CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS, el cual como esta visto, no se contrató.

En cuanto a si es o no excluyente el amparo de cumplimiento con el de calidad de los bienes, eso depende de las causas que generen el siniestro, verbigracia, si hubo multas por incumplimiento del contratista, es posible que se active el de cumplimiento para garantizar el pago de las multas y adicionalmente el de mala calidad, si se dan los supuestos de este amparo. No obstante, en el caso en estudio, dado que la contratante no acudió a la figura contractual de las multas, habrá de atenerse a lo dispuesto en este acápite, según el cual, el contratista si cumplió con el objeto contractual, y por lo tanto la administración no debió declarar este siniestro.

Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que existió falsa motivación de las resoluciones acusadas, pues, por un lado, acudió a un amparo no otorgado por la Aseguradora Confianza S.A. y, por otro, el contratista había cumplido con las prestaciones establecidas en el contrato 011-2006-DG, tal como se ha verificado.

2.3.4. Deber del asegurado de demostrar la cuantía del daño patrimonial

Es pacifico para la ley y la jurisprudencia, que la garantía es una forma de seguro de daños, el cual es de naturaleza netamente indemnizatoria, es decir se instituyen para pagar por perjuicios patrimoniales ciertos y definitivos, tal y como lo consagra el artículo 1088 del Código de Comercio.

***ARTÍCULO 1088. CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO.** Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.*

Por lo anterior, una vez sea presentado un siniestro o se cree estar enfrente de éste, corresponde al asegurado determinar la cuantía de la pérdida. Efectivamente los artículos 1077 y 1089 del Código de Comercio, disponen:

***ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA.** Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

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

ARTÍCULO 1089. LIMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN. *Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario.*

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.

En relación con el carácter estrictamente indemnizatorio del contrato de seguro, la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 22 de julio de 1999, expediente 5065 se ha referido de la siguiente manera:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato.” (subrayado fuera de texto)

Teniendo absoluta claridad sobre el carácter estrictamente indemnizatorio del seguro, y la total prohibición para que sea fuente de enriquecimiento, el Tribunal entra a enfatizar que es de la esencia de un acto administrativo que declare la ocurrencia de un siniestro probar la existencia de: i) un perjuicio, real y definitivo, y no supuesto o presunto, y ii) su monto o cuantía exacta, debidamente acreditada en el proceso.

Efectivamente la Sentencia sc2017-2018, MP. Luis Armando Tolosa, de junio 12 de 2018, sobre estos aspectos de manera expresa manifiesta:

“El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...)”³⁹.

³⁹ Ídem.

*Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no basta afirmarlo, puesto que **es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario** (...)” (se destaca)⁴⁰.*

*En otras palabras, al margen de dejar establecida la autoría y existencia de un hecho injusto, el menoscabo que sufre una persona con ocasión del mismo, **sólo podrá ser resarcible siempre y cuando demuestre su certidumbre**, “porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo”⁴¹. También debe ser directo, esto es, que el quebranto irrogado se haya originado “con ocasión exclusiva del [suceso arbitrario]”⁴².*

.....

La anterior supone, de un lado, el deber jurídico de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo; y de otro, la limitación de no excederse en tal reconocimiento pecuniario, porque la indemnización no constituye fuente de enriquecimiento.

*No obstante, **la obligación de reparación integral del daño exige, como presupuesto habilitante, la demostración de los perjuicios, por cuanto los mismos no se aprecian inequívocos per sé.*** (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, ha sido contundente en manifestar que no se puede presumir la existencia de un perjuicio, así existan hechos o interpretaciones que desde una perspectiva general parezcan serlo. Efectivamente, la Corte Suprema mediante Sentencia de 19 de junio de 1925 (G.J. T. XXXII, pág. 374)., expresa:

“(...) la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso; [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)”⁴³.

El Consejo de Estado, por su parte, ha sido prolijo, e igualmente enfático en la necesidad de que las entidades administrativas que tengan pólizas de seguro en su beneficio, al momento

⁴⁰ CSJ SC 10297 de 2014.

⁴¹ CSJ SC G.J. T. LX, pág. 61.

⁴² CSJ SC sentencia de 29 de julio de 1920 (G.J. T. XXVIII, pág. 139 y s.s).

de declarar el siniestro, prueben la cuantía del perjuicio que pretenden cobrar a la aseguradora, por ejemplo, en la sentencia de 22 de abril de 2009 –exp. 14.667- indicó esta vez, con ocasión del siniestro del amparo de “calidad y correcto funcionamiento de los equipos”, que:

“Significa entonces que la Administración no obstante haber sido despojada de la potestad de adelantar, en contra de sus contratistas, el cobro ejecutivo mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva -puesto que el artículo 75 citado lo atribuyó al juez de lo Contencioso Administrativo, mediante el proceso ejecutivo-, sí conservó la competencia para expedir los actos administrativos mediante los cuales se hacía efectiva la garantía como consecuencia de la declaratoria del siniestro, con el fin de conformar el título ejecutivo...:

(...)

“La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato, mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual.

(...)

“Al respecto, conviene precisar el contenido y alcance del artículo 1077 del C. de Co. mediante el cual se regula lo pertinente a la carga de la prueba que corresponde tanto al asegurado como al asegurador, dicho precepto consagra lo siguiente:

(...)

“Del anterior texto normativo se infiere que en todo tipo de seguros, incluido el de cumplimiento, cuando el asegurado quiera hacer efectiva la garantía deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y de ser necesario también deberá demostrar la cuantía de la pérdida.

“Lo anterior, por cuanto no siempre el beneficiario del seguro requiere demostrar la cuantía del daño, como cuando se reclama un seguro de vida, evento en el cual basta demostrar el hecho de la muerte, puesto que la suma asegurada se considera, dada la índole de esta clase de seguro, como el monto definitivo, único e indiscutible a cargo del asegurador⁴⁴.

*“En otros casos y específicamente tratándose de los seguros de daño y por ende en los seguros de cumplimiento, en cuanto éstos constituyen una especie de aquellos, **es indispensable no solo demostrar la ocurrencia del siniestro sino determinar la cuantía del perjuicio ocasionado en el patrimonio del acreedor, elemento que es de su esencia para proceder a la indemnización**, puesto que como quedó establecido, en los seguros de daño, no basta que haya ocurrido el siniestro sino que éste debe necesariamente haber causado un perjuicio al patrimonio, puesto que si no es así no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización.*

“La disposición a que se ha hecho referencia, está orientada hacia el régimen común de los seguros regulados por el Código de Comercio, que rige las relaciones entre particulares y por ello determina que el asegurado deba acreditar ante la entidad aseguradora, la ocurrencia del siniestro y el monto del perjuicio, por lo cual la carga de demostrarlos está en sus manos, pero teniendo presente que, en todo caso, es el asegurador quien determina si reconoce o no la existencia del siniestro y el monto del perjuicio, para lo cual emplea ajustadores y personal calificado que evalúan la reclamación que hace el asegurado (art. 1080 C. Co).

“La situación se torna diferente en tratándose de garantías de cumplimiento constituidas en favor de entidades públicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, así que el citado artículo 1077 no es de aplicación estricta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, tal como quedó ampliamente expuesto en el acápite anterior, sino que la entidad pública asegurada a términos del artículo 68, numerales 4º) y 5º) del C.C.A., tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, ya que de lo contrario no surge la obligación a cargo de la aseguradora, pues como ya se anotó, para que ello ocurra,

según lo dispone el artículo 1077 del C. de Co, deberá establecerse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, en tratándose de seguros de daños.

“Cabe agregar que el artículo 68 del C.C.A., define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, es decir que reúnen las características de ser claras, expresas y exigibles, entre las cuales se encuentran las que se derivan de las garantías que otorgan los contratistas en favor de las entidades públicas, una vez que mediante acto administrativo se declare la existencia de la obligación, declaratoria que necesariamente debe versar sobre el monto de la obligación, pues de lo contrario no podría conformarse el título ejecutivo con las características que debe revestir la obligación que presta mérito ejecutivo.

“Es decir que la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial.

“Arribar a una conclusión contraria, en lo que concierne a la determinación de la cuantía del siniestro en el acto administrativo que declara su ocurrencia, conduciría a hacer nugatoria y carente de efectos la facultad de la entidad contratante para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la obligación, pues ante la supuesta indeterminación de la cuantía del daño causado, no podría hacer efectiva dicha garantía.

“Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte,

al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.

“Con esta lógica resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional.” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

La jurisprudencia del Consejo de Estado deja en claro que la determinación de la cuantía, mediante pruebas pertinentes, es de la esencia del acto administrativo que declara el siniestro y, adicionalmente, afirma que ese deber de tener una motivación suficiente, es parte del debido proceso, necesario en toda actuación de las entidades públicas.

“Esta Corporación ha considerado que la declaratoria de siniestro para hacer efectivas las garantías del contrato estatal, en estricto sentido no se enmarca dentro de un procedimiento sancionatorio sino comporta el trámite de reclamación a seguir ante la aseguradora para obtener la indemnización, por lo que no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo, en la medida en que el contenido y la motivación del acto es el que permite a la aseguradora o al contratista ejercer su derecho de defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción. No obstante, si bien no se exige una actuación administrativa previa para la declaratoria de siniestro, acorde con el alcance que la Corte Constitucional ha dado al debido proceso, el apremio a la entidad va dirigido a que la motivación del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro responda a cada uno de los presupuestos establecidos en la ley frente al riesgo asegurable, con sustento en los elementos de prueba que dentro de la actuación se incorporen salvaguardando el derecho de defensa y contradicción.

Al respecto esta Corporación ha precisado que en tratándose de garantías de cumplimiento en favor de entidades estatales para avalar la observancia de las obligaciones contraídas por el contratista, la entidad estatal no puede “al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas

*imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.*⁴⁵

Todo lo anterior, lleva a la conclusión que la falta de prueba del daño y su cuantía, derivan en la nulidad del acto por falta de motivación, como lo señala expresamente la sentencia del CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, del veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015), con radicación número: 44001-23-31-000-2010-00031-01(48892, así:

“De manera que, de conformidad con la Ley y el precedente jurisprudencial si bien las entidades públicas cuentan con la facultad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza en el marco de un contrato estatal, también es su deber cuantificar el valor del mismo, además señalar claramente los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro. Es por esto, que, si el acto administrativo no cumple con los requisitos antes señalados, está viciado de nulidad por falta de motivación que puede afectar la totalidad del acto o particularmente alguna de sus disposiciones”. (subrayas fuera de texto)

Así las cosas, como bien lo menciona el Consejo de Estado, es de la esencia del acto que declare el siniestro, la prueba de este y de su cuantía, sin lo cual un acto administrativo estaría viciado de nulidad pues no contiene los elementos vitales para producir los efectos que pretende.

Estas conclusiones, se aprecian una vez más en la sentencia de junio 23 de 2010, del Consejo de Estado, sección tercera, sala de lo contencioso administrativo, consejero ponente Dr. ENRIQUE GIL BOTERO, al exponer:

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02407-01(35057

(...)

*la Sala reiterará la tesis consolidada hasta ahora, en el sentido de que las entidades públicas pueden declarar el siniestro de las pólizas de seguros constituidas a su favor. Incluso pueden -mejor sería decir que deben-, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista. De allí que, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la decisión del tribunal, porque en su criterio la cuantía del daño sólo podrá determinarse en un proceso judicial, cuando es claro – como lo ha sostenido la Sala- que para hacer efectiva la póliza **debe entenderse incluida la facultad de la administración de determinar el monto del daño, previo debido proceso, y con soporte en pruebas del hecho.***

*De no ser así, carecería de sentido práctico y jurídico sostener que se puede declarar el siniestro, pero que no es posible indicar el monto que se debe pagar al beneficiario. **Por razones obvias esta decisión incluye: i) la determinación del amparo o amparos siniestrados –cuando son varios los que cubre la póliza-, ii) las personas a cuyo cargo queda la deuda –aseguradora y/o contratista- y iii) el monto del daño, que no podrá exceder del valor asegurado en la póliza, cuando se le pretende cobrar a la compañía.***

En estos términos, perfectamente el perjuicio puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad estatal no podrá ordenar el pago del límite del amparo, como quiera que su perjuicio no alcanzó esa cuantía. Y en el evento de que exceda el valor asegurado, no podrá perseguir de la compañía de seguros más de lo que esta aseguró, quedando exclusivamente por cuenta del contratista la suma que exceda lo cubierto con la póliza.”

El análisis legal y jurisprudencial referida en este acápite, deja en claro que, en los seguros de daños, el valor asegurado nunca puede presumirse como idéntico a la cuantía del perjuicio, pues como se estableció, el perjuicio ni su cuantía se pueden presumir, por una parte, y por otra, es de la esencia de la declaratoria de un siniestro por parte de las entidades públicas aseguradas probar fehacientemente la existencia de un perjuicio y su monto.

Al enfrentar esta imperiosa necesidad de probar y cuantificar los perjuicios patrimoniales a ser indemnizados, con el contenido de los actos acusados, el Tribunal encuentra que tanto la resolución 591 del 23 de agosto 2007 como la 883 de noviembre 2 de 2007, no existen soportes (facturas, contratos, gastos, comprobantes de pago a cargo de la Contratante) que permitan de manera razonable inferir que existieron daños patrimoniales en contra del Contratante y mucho menos que permitan determinar su cuantía.

Advierte el Tribunal, eso sí, que reposan en el expediente pruebas que apuntan a que con ocasión del irregular funcionamiento del equipo adquirido, se dejaron de prestar servicios misionales de la entidad contratante, los cuales son mencionados y cuantificados en número de solicitudes de servicios, pero nunca traducidos a pérdidas patrimoniales.

En síntesis, lo que encuentra el Tribunal es que no existen, documentos que prueben que el mal funcionamiento del equipo le trajo a la Contratante daños patrimoniales ciertos y concretos.

Al leer los textos de las resoluciones atacadas, se aprecia que en la primera de ellas se acude a solicitar el valor amparado en los riesgos de Cumplimiento y Calidad del Suministro, tal y como están establecidas en la póliza, es decir, sin desplegar una labor de cuantificación seria, estricta y profesional. La entidad Contratante, se limita a declarar el siniestro y solicitar como valor de indemnización, el total del valor asegurado en la póliza.

Posteriormente, al resolver los recursos interpuestos, la Resolución 883, hace un escueto recuento de los casos forenses que no pudo procesar el equipo adquirido o que presentaron mora en la entrega de los mismos, lo que llevo a que no se cumpliera con el servicio forense de manera normal y eficaz, para concluir que hacia una rebaja del monto con que se afectaba el amparo de calidad, toda vez que a ese momento el equipo se encontraba en pleno funcionamiento.

Nuevamente, en este caso observa el Tribunal que no obra en la Resolución 883 prueba alguna del perjuicio económico que se tradujo para la contratante el no cumplimiento del servicio forense de manera normal y eficaz. Lo que si prueba la Resolución 883, es que el riesgo de cumplimiento no se había dado, pues el bien objeto del contrato ya se encontraba en pleno funcionamiento al momento de expedirse.

Por lo anterior, es claro que la administración no cumplió con el deber de demostrar los perjuicios patrimoniales que le causo el mal funcionamiento del equipo adquirido ni su cuantía, como estaba obligado a la luz de los artículos 1077 y 1089 del Código de Comercio, y la jurisprudencia trascrita anteriormente la cual, si bien autoriza a la entidad estatal contratante a declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo motivado, también es cierto que exige que pruebe la existencia de un perjuicio patrimonial cierto y su cuantía, labor que no desarrollo la entidad, actitud que va en contravía de la naturaleza indemnizatoria del seguro.

Lo que sí está probado en el expediente, es que con fecha 30 de marzo de 2007, el Jefe declaró de manera inequívoca, que el bien adquirido había sido entregado a satisfacción, y que el 5 de octubre de 2007 (acta 20071005), se había logrado el pleno funcionamiento del equipo. Lo anterior equivale a que el amparo de cumplimiento no podía haberse ejecutado pues de acuerdo con la naturaleza propia de los contratos de compraventa, el cumplimiento del contrato 011-2006-DG se había dado y no era dable a la entidad exigir el valor asegurado, máxime cuando en la Resolución 883 reconoce que antes de su expedición el equipo estaba en pleno funcionamiento.

En cuanto al amparo de calidad, que confunde la contratante con el amparo de correcto funcionamiento, tampoco podía activarse, pues el equipo fue entregado de acuerdo a sus características tal y como se había pedido en el contrato, y funcionó durante el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 5 de octubre de 2007, inicialmente con dificultades, pero lográndose en esta última fecha el pleno funcionamiento. Es decir, sí hubo un proceso de puesta a punto de un equipo complejo de alta tecnología, que implicó incluso la venida al país de técnicos de la fábrica para su calibración definitiva, circunstancias que hubiesen podido traducirse en remedios contractuales de apremio como las multas, que en el presente proceso no se activaron.

No obstante lo anterior, la complejidad del proceso de entrega no desvirtúa que el objeto del contrato se logró y que el equipo finalmente se puso en funcionamiento a total capacidad, pues incluso en la propia Resolución 883 de 2007 así lo afirma la contratante y, adicionalmente, dentro del proceso judicial que la sociedad POLCO S.A., promovió contra la Contratante atacando el proceso licitatorio que dio origen al contrato 011-2006-DG, esta manifestó que el equipo contratado había sido entregado de acuerdo a los requerimientos técnicos del contrato y que era un equipo en funcionamiento, incluso afirmando que la primera lectura de casos forenses se dio el 13 de marzo de 2007

En síntesis, en el presente caso, la entidad Contratante, tuvo el equipo adquirido en sus manos desde el 19 de febrero de 2007, aceptó la entrega a satisfacción el 30 de marzo de 2007, se logró su pleno funcionamiento el 5 de octubre de 2007, y a pesar de ello hizo efectivos los amparos de cumplimiento y calidad del suministro, sin que hiciera esfuerzo alguno para probar los supuestos perjuicios patrimoniales que el mal funcionamiento de los equipos aparentemente le ocasiono. Con el agravante, que el amparo de correcto funcionamiento no fue cubierto por el Asegurador.

La complejidad en el proceso de entrega, los inconvenientes que tuvo la entidad contratante para el cumplimiento de sus labores misionales, hubieran podido activar remedios contractuales como las multas, pues son instrumentos que sirven para apremiar el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales, todo lo cual la entidad contratante no hizo.

Por todo lo anterior, es claro para el Tribunal que la entidad contratante: i) No probó la existencia de un perjuicio económico cierto y definitivo, ii) No acreditó la cuantía del perjuicio que reclamaba, iii) No existieron los supuestos fácticos para activar el siniestro de cumplimiento, y iv) Está claro que no podía invocar causales propias de una garantía de correcto funcionamiento.

Así las cosas, los actos administrativos analizados adolecen de falsa motivación, y así lo declarara el tribunal

2.4. Cuarto Cargo: Violación del debido proceso y el derecho de defensa.

Teniendo como punto de partida el artículo 29 de la carta política, la actora acusa a los actos acusados de haber desconocido la garantía del debido proceso y derecho de defensa del contratista. Para ello hace énfasis en que la declaratoria del siniestro de incumplimiento no fue antecedido de un pliego de cargos “... con los motivos concretos del incumplimiento de sus prestaciones, sin solicitarle explicaciones y sin que mi representada hubiera podido defenderse de las afirmaciones efectuadas por el INMLCF, todo lo cual llevó a la vulneración palmaria de los principios y derechos citados”.

Frente a este cargo el Tribunal habrá de considerar, lo siguiente:

La posibilidad para la Administración de hacer efectivas las garantías otorgadas por el contratista, se enmarca, como cualquiera de sus actuaciones, dentro del debido proceso y el acto que así lo determine deberá respetar los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico so pena de nulidad⁴⁶.

⁴⁶ Conforme lo establecía el artículo 84 de Código Contencioso Administrativo y hoy el artículos137 de la Ley 1437 de 2011, se podrá demandar la nulidad de los Actos administrativos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las cuales debía fundarse; II) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; III) Cuando se expidan de forma irregular; IV) Cuando sean expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir,

Del examen de las decisiones del Consejo de Estado en la materia, se desprende que dicha Corporación ha planteado, como ya se ha explicado, un exigente parámetro de motivación de los actos mediante los cuales se declara un siniestro y se hacen efectivas las garantías.

Al respecto resulta pertinente recordar los siguientes apartes de la sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 44001-23-31-000-2010-00031-01(48892) en la que se hizo la siguiente síntesis:

“3) Deber de motivar el acto administrativo por medio del cual se declara la ocurrencia del siniestro.

Sobre el deber de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se declara la ocurrencia del siniestro en el marco de un contrato de seguros, ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, lo siguiente⁴⁷:

(...)

“La situación se torna diferente en tratándose de garantías de cumplimiento constituidas en favor de entidades públicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, así que el citado artículo 1077 no es de aplicación estricta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, tal como quedó ampliamente expuesto en el acápite anterior, sino que la entidad pública asegurada a términos del artículo 68, numerales 4º) y 5º) del C.C.A., tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, ya que de lo contrario no surge la obligación a cargo de la aseguradora, pues como ya se anotó, para que ello ocurra, según lo dispone el artículo 1077 del C. de Co, deberá establecerse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, en tratándose de seguros de daños.

“Cabe agregar que el artículo 68 del C.C.A., define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, es decir que reúnen las características de ser claras, expresas y exigibles, entre las cuales se encuentran las que se derivan de las garantías que otorgan los contratistas en favor de las entidades públicas, una vez que mediante acto administrativo se declare la existencia de la obligación, declaratoria que necesariamente

con violación al derecho al debido proceso; V) Cuando estén falsamente motivados; y VI) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de junio de 2010. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 16.494.

debe versar sobre el monto de la obligación, pues de lo contrario no podría conformarse el título ejecutivo con las características que debe revestir la obligación que presta mérito ejecutivo.

“Es decir que la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial.

“Arribar a una conclusión contraria, en lo que concierne a la determinación de la cuantía del siniestro en el acto administrativo que declara su ocurrencia, conduciría a hacer nugatoria y carente de efectos la facultad de la entidad contratante para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la obligación, pues ante la supuesta indeterminación de la cuantía del daño causado, no podría hacer efectiva dicha garantía.

“Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.

“Con esta lógica resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional.

En los anteriores términos, la Sala reiterará la tesis consolidada hasta ahora, en el sentido de que las entidades públicas pueden declarar el siniestro de las pólizas de seguros constituidas a su favor. Incluso pueden -mejor sería decir que deben-, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista. De allí que, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la decisión del tribunal, porque en su criterio la cuantía del

daño sólo podrá determinarse en un proceso judicial, cuando es claro –como lo ha sostenido la Sala- que para hacer efectiva la póliza debe entenderse incluida la facultad de la administración de determinar el monto del daño, previo debido proceso, y con soporte en pruebas del hecho”)

De manera que, de conformidad con la Ley y el precedente jurisprudencial, si bien las entidades públicas cuentan con la facultad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza en el marco de un contrato estatal, también es su deber cuantificar el valor del mismo, además señalar claramente los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro. Es por esto, que si el acto administrativo no cumple con los requisitos antes señalados, está viciado de nulidad por falta de motivación que puede afectar la totalidad del acto o particularmente alguna de sus disposiciones”⁴⁸. (subrayas fuera de texto).

Esta particular exigencia de motivación la ha tenido en cuenta el Consejo de Estado al hacer igualmente más apremiantes para la Administración los parámetros relativos al respeto en estos casos del derecho de defensa y contradicción que también materializan en este caso, las garantías de debido proceso en la expedición de los referidos actos administrativos mediante los cuales se hacen efectivas las garantías.

Sobre este punto pueden identificarse por lo menos dos posiciones adoptadas por la jurisprudencia: i) una que postula que si bien no se exige una actuación administrativa previa para la declaratoria de siniestro, si es indispensable que la motivación del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro responda a cada uno de los presupuestos establecidos en la ley frente al riesgo asegurable, con sustento en los elementos de prueba que dentro de la actuación se incorporen, salvaguardando así el derecho de defensa y contradicción⁴⁹; y ii)

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 44001-23-31-000-2010-00031-01(48892)

⁴⁹ En esta línea por ejemplo en sentencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02407-01(35057) se dijo: “Esta Corporación ha considerado que la declaratoria de siniestro para hacer efectivas las garantías del contrato estatal, en estricto sentido no se enmarca dentro de un procedimiento sancionatorio sino comporta el trámite de reclamación a seguir ante la aseguradora para obtener la indemnización, por lo que no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo, en la medida en que el contenido y la motivación del acto es el que permite a la aseguradora o al contratista ejercer su derecho de defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción. No obstante, si bien no se exige una actuación administrativa previa para la declaratoria de siniestro, acorde con el alcance que la Corte Constitucional ha dado al debido proceso, el apremio a la entidad va dirigido a que la motivación del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro responda a cada uno de los presupuestos establecidos en la ley frente al riesgo asegurable, con sustento en los elementos de prueba que dentro de la actuación se incorporen salvaguardando el derecho de defensa y contradicción. Al respecto esta Corporación ha precisado que en tratándose de garantías de cumplimiento en favor de entidades estatales para avalar la observancia de las obligaciones contraídas por el contratista, la entidad estatal no

otra que entiende que la garantía del derecho fundamental al debido proceso frente a la compañía aseguradora dentro del procedimiento de expedición de los actos administrativos mediante los cuales la administración declara la ocurrencia del siniestro, exige también que previamente a su declaratoria se le otorgue la oportunidad para que presente sus puntos de vista, allegue los elementos probatorios, que resulten necesarios y ejerza su derecho de defensa y por tanto no baste que la referida decisión se encuentre debidamente motivada y se haya notificado oportunamente⁵⁰.

puede “al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.”

⁵⁰ Posición que se ha planteado incluso respecto de hechos anteriores a la expedición de la Ley 1437 de 2011 que hizo énfasis claramente en las garantías del debido proceso. Ver por ejemplo la sentencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00892-01(48459) donde se dice: “Garantía del derecho fundamental al debido proceso en tratándose de actos administrativos por medio de los cuales se declara la existencia del siniestro.

Tal como lo ha reconocido la Sección Tercera de ésta Corporación el derecho al debido proceso no sólo debe regir toda actuación judicial sino también todas las actuaciones administrativas contractuales ya sean éstas de carácter sancionatorio o no, incluyéndose entonces dentro de ellas no sólo aquellas actuaciones o procedimientos desplegados por la administración para imponer multas o cláusulas penales en ejercicio de la actividad contractual, sino también aquellas tendientes a declarar la caducidad administrativa de un contrato estatal o a declarar la ocurrencia de un siniestro, entre otras (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367).

De ésta forma, se entiende que si bien en tratándose de contratos de seguro celebrados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista con ocasión de la celebración de un contrato estatal no le son aplicables las reglas previstas en el artículo 1053 del Código de Comercio, sí debe garantizarse el derecho al debido proceso dentro del procedimiento de expedición de los actos administrativos por medio de los cuales la administración declara la ocurrencia del siniestro u ordena la efectividad de las garantías constituidas a su favor.

Así las cosas, teniendo en cuenta que en materia de contratos de seguro que se celebran para garantizar contratos estatales es la compañía aseguradora la que debe acudir ante la administración a presentar su posición frente a los aspectos que involucran la declaratoria del siniestro, es frente a ésta que se debe garantizar el derecho al debido proceso.

Ahora bien, la garantía del derecho fundamental al debido proceso frente a la Compañía aseguradora dentro del procedimiento de expedición de los actos administrativos mediante los cuales la administración declara la ocurrencia del siniestro se concreta en que previamente a su declaratoria se le otorgue la oportunidad para que presente sus puntos de vista, allegue los elementos probatorios que necesarios y ejerza su derecho de defensa y es por ésta razón que no es suficiente que la referida decisión se encuentre debidamente motivada y se le haya notificado oportunamente”.

Ver en similar sentido: SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 15001-23-31-000-2006-01404-01(37002) donde se dice “[L]a Corporación ha explicado que para que un acto administrativo donde se declare la ocurrencia del siniestro mantenga su validez debe la administración respetar ciertas exigencias entre las que se destaca la observancia de un procedimiento donde se garantice el derecho de defensa al afectado previo a la expedición del acto (...) En este orden, dado que debe existir una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión que permita a los afectados ejercer el derecho de contradicción, la Corporación ha

Si bien como se ha visto existen dos posiciones jurisprudenciales, para el Tribunal lo que resulta claro es que, independientemente del énfasis que haya hecho la sección tercera del Consejo de Estado en sus diferentes sentencias, no cabe duda de que para que en estos casos se entienda respetado el debido proceso y no se configure la causal de nulidad por su desconocimiento, el acto que declare un siniestro y haga efectivas las garantías, debe tener una completa motivación y deben desarrollarse en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro, entre los cuales se encuentra, por supuesto, la cuantía de la pérdida o daño.

Así las cosas, si no se evidencia en el acto administrativo la explicación, soporte y valoración del perjuicio causado, así como los elementos probatorios que lo sustenten, se habrá incumplido con la carga de motivación suficiente exigida que se erige, según la jurisprudencia enunciada, en mecanismo de respeto del derecho de defensa y contradicción y el acto deberá ser declarado nulo, como ya se ha explicado.

Pero también deberá serlo por una razón adicional, si se comprueba que en la adopción del acto no se respetaron las garantías mínimas de audiencia y defensa, exigibles no solo a partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011, sino también a las actuaciones regidas por el Decreto 01 de 1984, como sucede en el presente caso.

Al respecto, el Consejo de Estado⁵¹ ha precisado lo siguiente:

dejado en claro que la sola notificación del acto administrativo no satisface la garantía al debido al proceso". CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 15001-23-31-000-2006-01404-01(37002)

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 15001-23-31-000-2006-01404-01(37002)

“Para estudiar si esta causal de anulación, contenida en el artículo 84 del CCA, se configura, la Sala deberá remitirse a las disposiciones que gobernaban el procedimiento administrativo que culminó con la firmeza del acto que declaró el siniestro y ordenó hacer efectiva la garantía.

A falta de procedimiento especial (que hoy día sí existe y es el contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011) que rigiera la adopción de las decisiones impugnadas, estas debían observar las reglas generales exigibles a toda actuación administrativa las cuales estaban contempladas en el decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.

Estas reglas se encuentran establecidas, específicamente en los artículos 14, 28, 34 y 35 del CCA que prescriben:

ART 14. *Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.*

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente.

ART. 28. *Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.*

En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.

ART. 34. *Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.*

ART. 35. *Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.*

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.

Conforme a las normas enunciadas, se tiene que, dentro de una actuación administrativa iniciada de oficio (art. 28), es deber de la administración comunicar la existencia de la misma a los particulares eventualmente afectados o interesados (arts. 14 y 28), de informarles sobre su objeto (art. 28), y de dar oportunidad para que estos expresen sus opiniones previo a la toma de la decisión (art. 35). Esto con base en las pruebas e informes disponibles (arts. 34 y 35).

Los anteriores son los elementos mínimos que debe respetar todo procedimiento administrativo con el fin de garantizar el derecho al debido proceso que, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, debe observarse en toda actuación administrativa.

Así, el Consejo de Estado, al analizar el contenido de las garantías mínimas dentro de una actuación administrativa a la luz de lo dispuesto en el decreto 01 de 1984 ha manifestado que el CCA “introdujo varios e importantes derechos que hacen parte del debido proceso, es el caso del derecho a que se comunique la iniciación de un procedimiento administrativo –arts. 14 y 28 CCA.-; el derecho a impugnar las decisiones administrativas, a través de la denominada vía gubernativa –arts. 23 y 49 y ss. CCA.-; el derecho a un procedimiento previo a la toma de una decisión, en la medida en que se proscibieron las decisiones de plano –art. 35 CCA.-; el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas –arts. 34 y 56 CCA.-; entre otras”⁵² (resaltado fuera de texto).

En este sentido, ha considerado que en la expedición de los administrativos contractuales, incluyendo aquellos diferentes a los que pretendan ejercicio de facultades sancionatorias o de potestades excepcionales, deben respetarse ciertas garantías mínimas, entre ellas, respetar el procedimiento legalmente establecido. Así, ha recalado:

Ahora, aunque la Sala reitera los criterios expuestos en la anterior cita, si bien no es una potestad sancionatoria e incluso no se trata de un poder exorbitante, ello no significa que en desarrollo de esta prerrogativa la administración encuentre un espacio para la arbitrariedad, en donde pudiese pretermitir el procedimiento legalmente establecido, pasar

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 16367.

*por alto los requisitos formales y sustanciales de formación de la voluntad plasmada en un acto administrativo, o vulnerar los derechos del contratista o de su garante*⁵³

También la Corporación ha explicado que para que un acto administrativo donde se declare la ocurrencia del siniestro mantenga su validez debe la administración respetar ciertas exigencias entre las que se destaca la observancia de un procedimiento donde se garantice el derecho de defensa al afectado previo a la expedición del acto. Así, ha establecido la jurisprudencia que:

(...)desde la perspectiva de la validez del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro revisten las exigencias (i) de una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión, en la cual se recaude el material probatorio que fundamente, desde el punto de vista fáctico, la determinación a proferir y que permita a quienes se puedan ver afectados con ella ejercer sus derechos al debido proceso, a la contradicción y a la defensa y (ii) de que efectivamente se haga acopio de los elementos demostrativos necesarios y suficientes para permitir que el acto administrativo se encuentre debidamente soportado en unos motivos o hechos determinantes cuya existencia se constató de manera previa al dictado de la decisión y que fueron debidamente valorados por la entidad estatal contratante."⁵⁴

En este orden, dado que debe existir una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión que permita a los afectados ejercer el derecho de contradicción, la Corporación ha dejado en claro que la sola notificación del acto administrativo no satisface la garantía al debido al proceso. Así, se ha señalado:

Sobre este derecho, la Sección Tercera estableció, en la sentencia del 23 de junio de 2010 – exp. 16.367-, al juzgar un caso donde se alegaba el mismo derecho que del material probatorio allegado al proceso se encontraba acreditado que FERROVÍAS le había impuesto al actor una sanción de plano, de aquellas que vulneraban el derecho a la defensa en la etapa de formación de la voluntad de la administración, puesto que previo a imponer la sanción respectiva no había adelantado el procedimiento respectivo, según las formas propias de cada juicio, al respecto señaló:

“Analizado el acervo probatorio, no se hallaron antecedentes que acrediten que la entidad pública –titular del ius puniendi- hubiera adelantado un procedimiento que satisfaga la garantía que tienen los contratistas-investigados a que se surtan las indagaciones según las

⁵³Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2016, exp. 29368

⁵⁴Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 25742.

formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a un espacio o momento reposado de reflexión, previo a la decisión sancionatoria. Incluso, hasta el CCA. exige este trámite preliminar –según lo dispone el artículo 4 numeral 4-, en virtud del cual: ‘Las actuaciones administrativas podrán iniciarse: (...) 4. Por las autoridades, oficiosamente’, norma que a continuación la desarrolla el artículo 28 CCA., que exige –precisamente- vincular al particular que pueda resaltar afectado con ello:

“Art. 28. DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

*“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.”
(Negrillas fuera de texto)*

“Esta norma remite a los artículos 14, 34 y 35, que exigen, en su orden: pedir y decretar pruebas en el procedimiento⁵⁵ y la necesidad de motivar la decisión⁵⁶.

“La Sala encuentra, en el caso concreto, que pese a que los artículos 14 y 28 CCA. exigen vincular tanto a las personas directamente afectadas con la actuación como a los terceros, FERROVÍAS no citó al contratista, salvo cuando adoptó la decisión –mediante la resolución No. 011 de 1993-, momento para el cual ya era tarde, en términos de garantizar un procedimiento previo que asegure el derecho a discutir los hechos que se imputan.

“El asunto es tan claro, que el art. 28 CCA. citado dispone que la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio exprese dos cosas: la existencia de la actuación y el objeto de la misma –en materia contractual se debe entender incluido el señalamiento de las normas o cláusulas contractuales que contemplan la falta y la sanción-. O sea que nada se puede hacer a espaldas de los vinculados con los hechos que se investigan.”

⁵⁵ “Art. 34. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado. ”

⁵⁶ Art. 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

“En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

“Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

“Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.”

En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse –de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración –art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan. En el caso concreto se adolece de todo esto, y por eso se anulará la decisión.

“Además, si las comunicaciones que la interventoría afirma le envió al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del art. 29 CP.; aún así se desconocería si le exhortó a que se defendiera en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema, y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado. De allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo un incumplimiento de las obligaciones contractuales

*“Este estadio del debido proceso lo superó hace varios años la Sección Tercera, y por eso hoy se considera –entre otros, auto de esta Sección de septiembre 24 de 1998. exp. 14.821- que ‘De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. **De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad** o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.’ (Negrillas fuera de texto)*

En sentencia reciente, por ejemplo, la Sala reiteró que la sola notificación del acto administrativo contractual no garantizaba el respeto a un debido procedimiento administrativo:

No ignora la Subsección que la defensa de la Lotería de Bogotá se ha basado en el supuesto respeto que se tuvo al debido proceso del contratista porque se le dio oportunidad de interponer los recursos de ley en la vía gubernativa, pero para la Sala esto no es suficiente para garantizar el debido proceso de Ponce de León, porque esa oportunidad es posterior a la imposición de la medida coercitiva de la administración⁵⁷.

⁵⁷ Sentencia del 25 de mayo de 2017. Exp. 35957.

Conforme a las pruebas arrimadas al proceso, observa la Sala que en la adopción del acto administrativo que declaró el siniestro y ordenó hacer efectiva la garantía de estabilidad de la obra no se cumplieron las condiciones exigidas en la ley ni en la jurisprudencia de la Corporación para que un acto administrativo se ajuste a derecho.

Lo anterior por cuanto no se respetaron por parte de la entidad demandada las garantías mínimas de cualquier actuación administrativa. Resulta claro que a la parte actora en le fue desconocido su derecho de audiencia y de defensa por cuanto no hay documento que acredite que la accionada le haya comunicado la decisión de adelantar un procedimiento administrativo tendiente a determinar la ocurrencia del siniestro. Tampoco aparece probado que las pruebas que sirvieron de base al INVIAS para tomar su decisión hayan sido trasladadas a la parte actora o al contratista y lógicamente, a falta de este traslado, se les impidió ejercer el derecho de contradicción frente a estas.”⁵⁸

Ahora bien, del examen del expediente y sus pruebas, se desprende que el Instituto demandado no adelantó actuación administrativa previa, tendiente a verificar la ocurrencia de los siniestros con la participación de la sociedad contratista y su garante, como tampoco ofreció las garantías mínimas de audiencia y contradicción a las que se ha hecho referencia. Visto lo anterior, el Tribunal encuentra razón en lo manifestado en la demanda, a propósito no solo de la falta de determinación del perjuicio, asunto sobre el que ya esta decisión se ha referido, con miras a definir una razón más para acceder a la nulidad deprecada, en este caso, por falta de motivación que se proyecta como vicio del acto que desconoció el debido proceso y derecho de defensa de la sociedad contratista, sino también por el incumplimiento de los elementos mínimos de respeto del derecho de defensa y contradicción, al no haberse dado oportunidad a la empresa convocante de pronunciarse previamente a la expedición del acto y de conocer los elementos de prueba, informes internos y demás comunicaciones que fueron esgrimidos como sustento de los actos que deberán anularse.

3. El Restablecimiento de derecho

Definido por el Tribunal que se encuentran acreditadas las bases fácticas y normativas para infirmar la presunción de legalidad de los actos acusados, procederá al estudio de las pretensiones relacionadas con el restablecimiento del derecho, paso obligado de cara al medio de control que se ha impetrado.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 15001-23-31-000-2006-01404-01(37002)

En el ordinal Tercero de sus pretensiones, la convocante solicitó que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones acusadas y, a título de restablecimiento del derecho, se condene al INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, INMLCF- a que devuelva a la parte Convocante las sumas de dinero que hubiere pagado y / o las que se haya comprometido a pagar por concepto de “cuantía de la pérdida”, según lo ordenado en el art.2º de dichos actos administrativos, con la debida actualización monetaria hasta la fecha de ejecutoria del fallo, más los intereses moratorios que se causen después de la mencionada fecha. Igualmente, solicitó que se condenara al Instituto demandado a indemnizar los demás perjuicios económicos y morales que resultaren probados en el proceso, y al pago de las costas y agencias en derecho, según el artículo 280 y demás disposiciones pertinentes del C.G.P.

Para estudiar este aspecto de la demanda, el Tribunal Considera:

La acción ejercida en este caso es una acción contractual. Así se desprende del marco jurídico dentro del cual se profirieron las decisiones contenidas en las Resoluciones 000591 de 23 de agosto de 2007, y su confirmatoria, la No. 000883 del 2 de noviembre de 2007, proferidas por el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.

Los actos acusados tuvieron un origen contractual, en cuanto, en ejercicio de poderes administrativos contractuales, ante la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contrato No. 011 de 25 de septiembre de 2006, cuyo objeto y elementos integrantes se han señalado en la parte anterior de este Laudo, profirió las decisiones mencionadas.

Ante la solución jurisprudencial actual, las decisiones proferidas en el curso de la ejecución de la actividad contractual del Estado y en relación con ésta, que no sean ejercicio de las facultades excepcionales establecidas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, pueden ser sometidas al conocimiento y juzgamiento del juez arbitral, sin que se haya establecido límites precisos a la función arbitral en la materia, como antes se explicó.

Establecida como se encuentran la ocurrencia del hecho de la emisión y ejecución de las medidas materia de ataque en vía judicial, la relación causal entre ellas y la producción del daño y el carácter ilegal de las medidas acusadas, el Tribunal se ocupa inmediatamente de precisar el alcance y contenido del daño con base en las pruebas que obran en autos y de los derechos de que resulte titular la accionante.

A este efecto debe rememorarse lo ya expresado sobre el carácter meramente indemnizatorio del seguro, y la condición de que no puede ser un medio de enriquecimiento, y el no poder exigirse a título alguno, como efecto de la ocurrencia del siniestro, el pago que exceda el monto de la suma asegurada y el daño efectivamente causado.

El régimen jurídico del seguro otorgado en favor de la administración pública está definido en las reglas generales del Código de Comercio en lo que a los seguros de daño se establece, y en las previsiones especiales que en materia de poderes de la administración establecen la ley, la jurisprudencia, y el propio contrato.

Así se infiere del texto del artículo 13 de la ley 80 de 1993, a cuyas voces los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

En dichos proveídos se dispuso (Resolución No. 000591 de 23 de agosto de 2007), *“Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de obligaciones aseguradas mediante la Garantía Única de Seguros de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales identificada ya y los certificados de modificación, también señalados, expedidos por la Compañía Aseguradora de Fianzas., S.A., CONFIANZA, en virtud de lo pactado en el contrato referido”*.

En la citada resolución, igualmente se dispuso a hacer efectiva la mencionada garantía, en sus amparos de cumplimiento del contrato por el 10% del valor de éste, y el de calidad del suministro, por el 50% del valor del mismo. Adicionalmente dispuso requerir al contratista por los vicios ocultos o defectos que pudieran aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos en el término que fijara la ley.

Recurrida por la actora y la aseguradora la resolución mencionada, el Instituto demandado la revocó parcialmente en cuanto al contenido de su artículo 2º, cuyo texto sustitutivo dispone hacer efectiva la póliza Única de Garantía en sus amparos de cumplimiento del contrato por el (7%), del valor total del contrato y calidad de suministro (entiéndase, dijo la providencia, Calidad y Correcto funcionamiento), por el veintinueve (29%) del valor del contrato, así como requerir al contratista por los vicios ocultos o defectos que pudieran aparecer en el período de garantía en el término que fijara la ley.

Se cifró la cuantía de la pérdida, según lo previsto en el artículo 1077 del C. de Co., en TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES VEINTIOCHO MIL PESOS (\$377.028.000) M/TE, incluidos los perjuicios derivados de su incorrecto funcionamiento.

El Tribunal ha verificado el examen de la legalidad de las decisiones acusadas atendiendo las razones que respecto de ella ha formulado la parte convocante y las de la defensa de dichas resoluciones por parte de la accionada, y ha concluido que adolecen de defectos sustantivos de ilegalidad que los hace anulables en sede jurisdiccional.

Procede, en consecuencia, examinar las pretensiones de condenas deprecadas a la luz de las disposiciones que regulan el régimen indemnizatorio o el de restablecimiento del derecho, los acuerdos celebrados por la convocante con la Aseguradora, según documentos que obran en autos, y a establecer la cuantía de las sumas que el Tribunal ha de reconocer a la accionante.

El artículo 90 de la Constitución Política, considerado la base de la responsabilidad estatal, prescribe que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

La base de la responsabilidad se funda así, en un actuar o un omitir de la autoridad pública, siempre y cuando el afectado sufra un daño y que éste tenga la connotación de antijurídico, y que le sea imputable, o sea, atribuible, a una autoridad pública.

Desde el enfoque constitucional, demostrada como ha quedado la ilegalidad de las medidas proferidas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, aparece establecido uno de los elementos en que se basa la responsabilidad estatal: el carácter contrario a derecho de la acción administrativa, o de la manifestación del querer estatal.

Dado que las medidas cuya nulidad se ha establecido provienen de la actuación administrativa del Estado, son actos administrativos (art. 24, numeral 7 de la ley 80 de 1993), y comprobado que adolecen de ilegalidad y que infirieron lesión o daño al patrimonio del contratista, se concretizan de ese modo los elementos exigidos para integrar la tríada de los elementos que configuran el concepto de la responsabilidad: hecho, relación causal y daño, de los cuales éste ocupa una posición central.

En efecto, para que proceda la reparación o restablecimiento del derecho por el daño o la lesión ocasionada, la jurisprudencia y la doctrina considera que es indispensable que el daño sea cierto, preciso, determinado, o determinable y cuantificado, o cuantificable, lo que excluye la indemnización o restablecimiento del derecho si no aparece probado en el proceso que el daño cuyo reconocimiento pretende el actor no reúne las mencionadas condiciones, por modo que cuando aparezca que el daño es incierto o eventual, no hay lugar a su reconocimiento.

En el sub examine aparece probado que la administración del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses adoptó medidas contrarias a derecho, que tuvieron como consecuencia la exigencia del pago del valor del siniestro a la Aseguradora, rembolsado ya en parte, según muestran los autos, por el tomador, a la sociedad CONFIANZA., S.A., lo que le legitimarse para actuar en este proceso.

Se trata pues, como antes se anotó, de una acción contractual, en la cual se demostró el incumplimiento de las obligaciones de la contratante, originada en la violación, mediante las

providencias impugnadas, de sus deberes legales y contractuales; los actos administrativos acusados en este proceso, los cuales no pueden considerarse ajenos a la fuente contractual en que se fundan y que, como tales, pueden ser objeto de las pretensiones formuladas por la actora, con la precisión, que se reitera, de tener origen en la infracción del contrato.

La ley civil, artículo 1604 del C. C., en materia de responsabilidad contractual dispone que el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor, de la leve en los contratos que se hacen para el beneficio recíproco de las partes y de la culpa levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio, todo en concordancia con las previsiones del artículo 63 ibidem.

Según las disposiciones del derecho privado, la conducta de la convocada encuadra en la culpa leve, aunque independientemente de la clase de culpa imputable a la demandada, a la luz del derecho administrativo, los actos que revelan el obrar culposo de la administración a través de decisiones unilaterales contra jus, generan su nulidad, con las consecuencias patrimoniales correspondientes a los efectos causados.

Así viene dispuesto desde la ley 167 de 1941, en la cual se previó que quien se considerara lesionado en un derecho suyo, establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, tendría derecho a solicitar, no sólo la nulidad del acto, sino el restablecimiento de su derecho (resaltado del Tribunal.)

En el actual Código Contencioso Administrativo viene dispuesto (art. 138), que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto y que se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.

A su turno, en el artículo 141 ibidem, se dispuso que cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Según es sabido, los perjuicios causados con ocasión de la ejecución de un contrato estatal o de otra naturaleza, por la acción u omisión de una parte, generan derecho a su indemnización, la cual que comprende el daño emergente y el lucro cesante, por el primero la ley entiende el perjuicio o pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su incumplimiento; por el segundo, la ganancia o pérdida que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento. (Arts. 1613 del C. C. y 822 del C.

de Co., en el cual se establece que los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos de las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicable a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

El artículo 830 del citado código prevé que quien abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En materia de derechos del asegurador, en el artículo 1096 del C. de Co., se dispone que el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra la persona responsable del siniestro, lo que indica que el asegurador sólo puede pretender recuperar hasta el monto de la suma efectivamente pagada por concepto del siniestro al asegurado y que no está habilitado para pagar suma mayor, ni a reclamar del asegurado o del tomador, el pago que exceda el monto del perjuicio derivado de la ocurrencia del riesgo. Entenderlo de otro modo, sería dar pábulo al enriquecimiento indebido del asegurador.

No se llama a discusión que las decisiones tomadas por parte de la administración, acusadas ante esta instancia, fueron emitidas por el Instituto de Medicina Legal; que ellas tuvieron influencia directa y causal en la producción del daño padecido por el contratista tomador del seguro, consistente en el pago que debió hacer a la Garante, su Aseguradora, según se indica enseguida, en virtud de contrato de seguro aprobado por la demandada.

Resulta probado que de la actuación de la Administración, se originó que la contratista de la compraventa se comprometiera a pagar a la Aseguradora Confianza el monto del siniestro, y que para ello las dos convinieron fórmulas de pago con quitas y determinación de las fechas de los pagos, por instalamentos periódicos, de las sumas que el tomador debía restituir a la Aseguradora por el monto cubierto por ésta al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.

También aparece establecido en el proceso que el tomador pagó a la Aseguradora CONFIANZA, parte de las sumas que ésta desembolsó a favor del Instituto demandado, para cubrir y honrar el amparo otorgado, según lo decidido en la Resolución 000883 del 2 de noviembre de 2007, ya citada.

De acuerdo con el documento que obra en copia a folio 1025., cuad. prue. No. 6, fechado el 14 de julio de 2016, la Aseguradora expresa que pagó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones aseguradas en la póliza 01GU019852, en la que figura como afianzado INNOVATEK., LTDA., de acuerdo con lo dispuesto en las resoluciones 000591 del 23 de agosto de 2007 y la resolución 000883 del 2

de noviembre de 2007 confirmatoria de la anterior, la suma de \$567.828.484 el, en dos contados. El primero del 19 de junio de 2008 por valor de \$159.569.600; el segundo, por la suma de \$408.258 884 del 25 de febrero de 2010. Este documento no fue desconocido, ni contraargüido de falso por las partes.

Seguidamente aparece, un documento de Acuerdo de Pago No. SIN 70 59 2)- 2016 suscrito el 3 de noviembre de 2016, por el representante legal de INNOVATEK., LTDA., en el cual ésta manifiesta no reconocer sino el pago de la suma de \$377.928.000, señalada en las resoluciones ya citadas, con exclusión de la cantidad de \$189.900.484, teniendo en cuenta que éste monto obedeció al pago de intereses moratorios, por el pago extemporáneo hecho por la Aseguradora.

Innovatek., Ltda. sólo reconoce en el Acuerdo la suma \$377.928.000, señalada en las resoluciones, reconocida por la contratista en la firma del acuerdo mencionado, suma de la cual ya se había pagado una cantidad de \$159.569.540, hasta agosto de 20013, según la demanda; estaría pendiente por cancelar la suma de \$218.358.460, suma por la cual se suscribía el acuerdo mencionado.

Acordaron entonces las partes que INNOVATEK., Ltda., pagaría 20 cuotas, cada una de \$10.000.000, y una cuota de \$18.358.460 el día cinco de cada mes, debiendo cancelar la primera cuota el día 5 de noviembre de 2016 y así sucesivamente hasta finiquitar la obligación.

Pactaron, igualmente, que los pagos se realizarían a través de consignación en la cuenta corriente No. 59 80 17 747, del banco de BBVA, Referencia 2: 830.0 34.4 62, consignación que se realizaría más tardar el día (6) de cada mes, y la remitiría la deudora al e-mail, o al fax que se indicó en el acuerdo, a más tardar el día seis (6), de cada mes.

La falta del reporte del pago y de la consignación acarrea, según el memorado Acuerdo de Pago, la no legalización del pago y, por consiguiente, el incumplimiento del acuerdo.

Se rememoró en el Acuerdo los antecedentes de la constitución del presente Tribunal de Arbitramento y se precisó que de resultar el laudo arbitral con decisión favorable para INNOVATEK., LTDA., y en éste se ordenara la devolución de los dineros cancelados por CONFIANZA., S. A., en calidad de garante de la sociedad convocante, por la aceptación de la póliza arriba mencionada en virtud de las citadas resoluciones, una vez Medicina Legal procediera con la devolución de lo pagado, se devolvería por parte de CONFIANZA, S. A., a INNOVATEK., Ltda., los dineros cancelados por la contratista hasta ese momento.

En el acuerdo se previó que, en caso de incumplimiento del mismo, la Compañía Aseguradora de fianzas haría exigible inmediatamente el pago total de la obligación mediante el ejercicio de las acciones ejecutivas correspondientes.

El representante legal de la Contratista suscribió un pagaré por el cual se comprometía a pagar la suma de DOSCIENTOS DIEZ Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS (\$218.358.460) en VIENTE (20) CUOTAS, cada una de DIEZ MILLONES DE PESOS, y Una cuota de DIEZ Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$18.358.460.) cuyas fechas de pago, monto y saldos sucesivos, se indicaron en el acuerdo.

Le primera fecha de pago se fijó para el 5 de noviembre de 2016 y la última, para el 5 de junio de 2017.

El documento pagaré fue suscrito por el Ing. HISLEN HERNAN RODRIGUEZ, y el reconocimiento del contenido y firma el 9 de noviembre de 2016 de noviembre de 2016 (fl. 1030, cuad,) y el reconocimiento del contenido y firma, el 9 de noviembre de 2006, ante el Notario 62 del Circuito de Bogotá.

Tal como reluce en el expediente, la firma Aseguradora no fue vinculada al proceso Arbitral, y en sus pretensiones la convocante deprecia que, como consecuencia de la anulación de las decisiones tomadas por la contratante, se le devolvieran las sumas de dinero que hubiere pagado, y /o las que se hubiera comprometido a pagar por concepto de “cuantía de la pérdida”, según lo ordenado en el artículo segundo de los actos administrativos acusados, sumas que pidió se devolvieran con la respectiva actualización monetaria.

En virtud de legitimación en cabeza de la contratista en los derechos y acciones derivada del pago que efectuó la Aseguradora a la Asegurada beneficiaria de la póliza de garantía de cumplimiento y buena calidad de los bienes objeto del contrato de compraventa 011 de 25 de septiembre de 2006, al tenor de los Acuerdos de Pago celebrados entre tomadora y Aseguradora en Agosto de 2008 y el 3 de noviembre de 2016, y el pagaré otorgado por aquella en favor de la misma compañía garante, todos citados anteriormente y que obran en autos, se habrá de ordenar en la parte Resolutiva de este Laudo, la devolución de las sumas que hubiere pagado INNOVATEK. LTDA., hasta el monto pagado a la aseguradora, pero no de las que se hubiera comprometido a pagar, en la medida en que no aparece la prueba de haberse efectuado el pago.

La convocante expresó que reconocía la suma que se ordenó pagar a la Aseguradora en la Resolución 000883 de 2 de noviembre de 2016 por concepto de la declaratoria de la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contrato y la efectivización de la garantía otorgada por

ella a la entidad pública contratante, beneficiaria del contrato de seguro de cumplimiento y buena calidad de los bienes objeto del contrato de compraventa No. 011 de 25 de septiembre de 2006, cuyo objeto fue la adquisición del equipo ICP-MS, con ablación láser, por parte del mencionado Instituto.

A efecto de constituir para la Aseguradora un título ejecutivo para el evento de que se incumpliera la promesa unilateral e incondicional de efectuar el pago de las cuotas para amortizar la totalidad de las sumas reconocidas por la Contratista INNOVATEK., LTDA, ésta expidió el pagaré que se ha mencionado y que obra en autos.

Dado que el pagaré es una orden incondicional de pagar una suma de dinero a favor del beneficiario, y no constituye medio de pago de las obligaciones, resultaba necesario, para el éxito de las pretensiones de la convocante, que ésta contratista y tomadora del seguro que amparaba las obligaciones nacidas del contrato 011 de 25 de septiembre de 2006, hubiera probado que había cumplido, por lo menos hasta la fecha de las alegaciones de bien probado, con el pago de los instalamentos pactados en el acuerdo de pago y señaladas en el pagaré que se ha mencionado, lo cual no se verificó dentro del proceso.

El monto que aparece pagado por la contratista y que la accionada convocada deberá devolver a INNOVATEK, dada la nulidad de los actos contentivos de las obligaciones de pago y a cargo de la Aseguradora y en virtud del acuerdo de pago a que se ha venido haciendo mención, asciende, según la pretensión de la demanda, y lo probado en autos, a la suma de \$159.569.540., actualizada a partir del 19 de junio de 2008, hasta la fecha del Laudo o la providencia que resuelva sobre una eventual solicitud de aclaraciones o complementaciones al mismo, utilizando la fórmula que ha utilizado la sección Tercera del Consejo de Estado:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es el que corresponde al valor que se reclama, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria del pago) por el índice final (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Debe precisarse que el pago de la suma indiciada en el Acuerdo de Pago no ha sido controvertido por la demandada, como tampoco el hecho de que la Aseguradora Confianza hubiera pagado, junto con intereses de mora, los valores a su cargo establecidos en la Resolución 000883 de 2 de noviembre de 2007

La pretensión de pago de perjuicios adicionales y los morales no hallaron comprobación en autos y deberán, en consecuencia, denegarse, debiéndose precisar que el pago de los honorarios de aquellos apoderados que acompañaron la causa ante la jurisdicción contenciosos administrativa no tienen la connotación de tales, y el justo reconocimiento a la labor de los apoderados en este proceso, será despachado por la vía de la definición de las condenas en costas y agencias en derecho, también solicitadas con la demanda.

4. Costas y Agencias

En la pretensión sexta de la demanda se solicitó *“Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES -INMLCF- al pago de costas y agencias en derecho, según lo prevé el art 280 y demás disposiciones del C.G.P.”*

Procede entonces al Tribunal a pronunciarse sobre las costas y agencias causadas con ocasión del presente proceso.

Debido a que el presente proceso que involucra a una entidad pública, por expresa disposición del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le resultan aplicables las normas generales consagradas en la legislación procesal civil, el Tribunal seguirá lo establecido en el Código General del Proceso.

En este particular, el Título I, Capítulo I, de la SECCIÓN SÉPTIMA del Código General del Proceso, regula el tema de las costas; y en este, el artículo 361 de esa codificación, determina la composición de las costas, mientras el artículo 365 regula lo relativo a la condena en costas, y el artículo 366 establece la metodología para su liquidación.

El artículo 365 del Código General del Proceso determina que se debe condenar en costas *“a la parte vencida en el proceso”* y que sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida que se demuestren.

Con base en lo anterior, siguiendo las reglas que se imponen para la adopción de una determinación en relación con la definición de la condena en costas, el Tribunal se remite de manera textual a las mismas, y en tal sentido pondera los siguientes elementos para su imposición final:

-
- a. Tal como se ha motivado y se procederá a definir en la parte resolutive, han prosperado las pretensiones del actor.
 - b. Obra en el plenario que la parte Convocante pagó la totalidad de los gastos y expensas de este arbitraje, asumiendo con ello una carga que su contraparte se obligó a atender aceptó suscribir una cláusula compromisoria bajo el contrato sobre el que ha girado esta controversia.
 - c. Ninguno de los medios exceptivos propuestos por la parte Convocada ha tenido prosperidad, sea para llevar a que se niegue alguna de las pretensiones de la demanda, o para variar las razones que se han tenido para aceptarlas.

Las consideraciones precedentes son suficientes para imponer una condena en costas a cargo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, bajo las siguientes premisas:

- a. La condena en costas comprenderá la totalidad de las expensas que la parte Convocante tuvo que asumir y pagar, según providencia que fijó los valores por concepto de gastos y honorarios del Tribunal.
- b. La condena en costas antes indicada, deberá comprender el valor de los intereses de mora que sobre esa suma debe pagar el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses desde el día siguiente a la fecha en que la Convocante hizo el pago de los honorarios y gastos a su cargo, esto es, desde el 18 de agosto del año 2017, y hasta la fecha en que se verifique el reembolso, liquidados a la tasa de mora más alta permitida por la ley, según determinación que al efecto señala el artículo 27 de la ley 1563 de 2012
- c. Se impondrá una condena en agencias en derecho, por el valor equivalente a aquél que el Tribunal estableció como valor para atender el pago de los honorarios de uno de los árbitros.
- d. El remante de la partida de gastos y honorarios entregada al Tribunal por el Convocante, será entregado a la Entidad Convocada.

Con fundamento en los anteriores parámetros, las siguientes son los valores que se deberán pagar por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses al Convocante:

-
- a. La suma de veinte millones doscientos siete mil setecientos veinticuatro pesos (\$20.207.724, 00), valor pagado por la Convocante para cubrir la parte de gastos que le correspondían del proceso.
- b. La suma de veinte millones doscientos siete mil setecientos veinticuatro pesos (\$20.207.724, 00), valor pagado por la Convocante para cubrir la parte de gastos que le correspondían a la Convocada en el proceso.
- c. Los intereses de mora liquidados a la más alta tasa permitida por la ley certificada por la superintendencia financiera, sobre la anterior suma de dinero, es decir, sobre la suma de veinte millones doscientos siete mil setecientos veinticuatro pesos (\$20.207.724, 00), liquidados desde el 18 de agosto del año 2017 hasta la fecha en que se produzca su pago.
- d. La suma de Nueve millones trece mil ciento ochenta y seis pesos ML (\$9'013.186, 00), por concepto de agencias en derecho

III. DECISION

El Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las controversias contractuales surgidas entre INNOVACIÓN TECNOLÓGICA LTDA – INNOVATEK LTDA CONTRA EL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y por la habilitación de las partes,

RESUELVE

PRIMERO. - Declarar no probadas las excepciones presentadas por la parte convocada a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. - Declarar la nulidad de las resoluciones Nos 0000591 del 23 de agosto y 000883 del 2 de noviembre de 2007, proferidas por el Director General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mediante las cuales se declaró la ocurrencia de un siniestro y se resolvió un recurso, respectivamente.

TERCERO. - Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a pagar a la sociedad INNOVATEK Ltda., la suma de ciento cincuenta y nueve millones quinientos sesenta y nueve mil quinientos cuarenta pesos (\$159.569.540, 00). Este valor deberá ser actualizado en la forma prevista bajo la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. - Deniéguense las demás pretensiones de la demanda

QUINTO. - Condenar a la parte Convocada, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al pago a favor de la parte Convocante, de la codena de costas y agencias en derecho, a que se refiere la parte motiva de esta sentencia, esto es, a las siguientes sumas de dinero:

1. La suma de veinte millones doscientos siete mil setecientos veinticuatro pesos (\$20.207.724, 00), valor pagado por la Convocante para cubrir la parte de gastos que le correspondían del proceso.
2. La suma de veinte millones doscientos siete mil setecientos veinticuatro pesos (\$20.207.724, 00), valor pagado por la Convocante para cubrir la parte de gastos que le correspondían a la Convocada en el proceso.
3. Los intereses de mora liquidados sobre la anterior suma de dinero, es decir, sobre la suma de veinte millones doscientos siete mil setecientos veinticuatro pesos (\$20.207.724, 00), liquidados desde el 18 de agosto del año 2017 hasta la fecha en que se produzca su pago.
4. La suma de Nueve millones trece mil ciento ochenta y seis pesos ML (\$9'013.186, 00), por concepto de agencias en derecho

SEXTO. - Las condenas dinerarias impuestas en los numerales anteriores se pagarán en la forma y tiempos a que se refiere el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEPTIMO. - Ordenar la expedición de copia auténtica de esta providencia con destino a cada una de las partes.

OCTAVO. - Disponer que en firme este laudo, o decidido el recurso de anulación, si llegare a presentarse, el expediente se entregue por parte del Secretario, para su archivo, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en Estrados,

HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE
Árbitro Presidente

IVÁN GUILLERMO LIZCANO ORTIZ
Árbitro

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Árbitro

JOSE-ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Secretario