

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL



FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA

RESOLUCIÓN N° 00492 DEL 30 OCT 2020

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

**EL ENCARGADO DE LAS FUNCIONES DEL DESPACHO DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DEL FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA, EN USO DE SUS
FACULTADES LEGALES Y ESTATUTARIAS, EN ESPECIAL LOS ARTÍCULOS 11 Y 12
DE LA LEY 80 DE 1993, EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1150 DE 2007, EL ARTÍCULO
86 DE LA LEY 1474 DE 2011, ACUERDO 012 DE 2013 Y**

C O N S I D E R A N D O

Que el día 17 de diciembre de 2019, el Fondo Rotatorio de la Policía profiere **Aceptación de Oferta de Prestación de Servicios N° 262-6-2019**, cuyo objeto consistió en: **“servicio renovación licenciamiento antivirus para el fondo rotatorio de la policía”**, por un valor total de treinta y siete millones ochenta y cuatro mil seiscientos treinta y cinco pesos moneda corriente (COP\$37.084.635,00) y un plazo de ejecución hasta el 27 de diciembre de 2019.

Que el contratista ACCESAR S.A.S. constituyó a favor del Fondo Rotatorio de la Policía, garantía única N° BQ 100025989 expedida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., en la cual se amparó el cumplimiento del contrato por un valor de ONCE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (COP\$11'125.390,50), con una vigencia desde el 17 de diciembre de 2019 hasta el 27 de junio de 2020.

Que mediante comunicación radicada en el Fondo Rotatorio de la Policía con el consecutivo N° 20192200075523 de fecha 31 de diciembre de 2019, el supervisor del contrato informa un presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, en lo que respecta al no cumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas sin las cuales, se imposibilita el recibo a satisfacción del objeto contratado dentro del plazo dispuesto para ello, esto es, el 27 de diciembre de 2019.

Que en aplicación del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y artículo 86 de la ley 1474 de 2011, se adelantó una actuación administrativa especial en materia contractual, en aras de verificar la ocurrencia de los hechos que dieron origen al incumplimiento informado por el supervisor, siendo así como, luego de escuchados los descargos de las partes y practicadas las pruebas decretadas, la entidad encontró argumentos suficientes para declarar el incumplimiento total de las obligaciones y, en consecuencia, declaró el incumplimiento e impuso sanción *–cláusula penal–*, mediante Resolución N° 00294 del 15 de julio de 2020, la cual fue notificada por medios electrónicos a través de los correos electrónicos autorizados por las partes, el cual fue recibido por el contratista y su garante el día 16 de julio de 2020, como se evidencia en el *certificado de comunicación electrónica – Email certificado 472*.

Lo anterior conforme a lo señalado en el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 491 del 28 de marzo de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de*

82

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

Emergencia Económica, Social y Ecológica expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho y, en concordancia con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Mediante correos electrónicos de fecha 31 de julio de 2020 tanto contratista como garante interpusieron y sustentaron por escrito el respectivo recurso de reposición en contra del aludido acto administrativo. En tal sentido, *a fortiori*, la Entidad procede a tomar una decisión y así resolver los recursos interpuestos por las partes.

CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD

Procede el Encargado de las Funciones del Despacho de la Dirección General del Fondo Rotatorio de la Policía, a resolver los recursos de reposición interpuestos, tanto por el apoderado del contratista Accesar S.A.S. abogado Cesar Augusto Castillo Caballero, como por la apoderada de la compañía aseguradora Seguros Mundial S.A., abogada Alexandra Patricia Torres Herrera, en contra del acto administrativo que declaró el incumplimiento total e hizo exigible la cláusula penal al contratista, por la materialización del incumplimiento del contrato manifestado así en la resolución recurrida.

1. PRELIMINARES

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 74 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” y artículo 77 de la Ley 80 de 1993, esta Dirección es competente para conocer del recurso de reposición interpuesto por el apoderado del contratista y su garante.

De acuerdo con la ley y la doctrina existente, el recurso de reposición constituye un instrumento legal mediante el cual la parte interesada tiene la oportunidad de ejercer el derecho de controvertir una decisión, para que la administración – previa su evaluación – resuelva sobre ella, modificándola de forma parcial, revocándola o dejándola como está (negando el recurso de reposición)¹. En dicho sentido, la finalidad esencial del recurso de reposición no es otra distinta que, al quien tomó una decisión administrativa, se le dé la oportunidad para que enmiende o corrija un error, o los posibles errores que se hayan podido presentar en el acto administrativo por él expedido en ejercicio de sus funciones.

Que el Título II, Capítulo Sexto de la Ley 1437 de 2011, alude a los recursos contra los actos administrativos, y en su artículo 74, establece:

“Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. (...)”

En armonía con lo anterior, los artículos 74, 76 y 77 *ídem*, en concomitancia con el artículo 318 y subsiguientes del Código General del Proceso, establecen como requisito necesario para su viabilidad que: se motive, esto es, que se le exponga al funcionario las razones concretas de su inconformidad, por cuanto es evidente que si el funcionario competente de resolverlo no tiene esta base, le será difícil, por no decir imposible, entrar a resolver.

La sustentación es fundamental, ya que decanta la competencia del fallador, postura conforme a la cual en desarrollo de los principios de congruencia, así como también el principio dispositivo, el ámbito competencial de la administración en sede de reposición se ve delimitado o condicionado a los puntos de discordancia señalados por los reclamantes frente al acto administrativo proferido, salvo ciertas excepciones permitidas. Según la “*reformatio in peius*”, el funcionario tiene prohibido fallar sobre puntos no expuestos en el

¹LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (2009) Instituciones del derecho procesal civil colombiano. Dupré Editores. Bogotá, Colombia

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

recurso, es decir, que debe limitarse a considerar los puntos objeto de discrepancia. No sustentar o fundamentar el recurso de reposición, es causal de rechazo del mismo, razón por la cual este despacho procederá a evaluar en su conjunto los argumentos expuestos como se describen a continuación.

2. ARGUMENTOS DEL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S.

El Despacho procede a pronunciarse frente a los argumentos esgrimidos por parte del Abogado Cesar Augusto Castillo apoderado del contratista Accesar S.A.S., no sin antes resaltar lo dicho por el H. Consejo de Estado² en relación a los *defectos fácticos* en las decisiones, así:

*“El defecto fáctico se configura cuando la decisión adoptada por el juez carece de los elementos probatorios adecuados para soportarla. El defecto fáctico puede configurarse por acción o por omisión... La Corte Constitucional también ha dicho que en el defecto fáctico se pueden identificar dos dimensiones: **una negativa y otra positiva**. La primera hace alusión a las **omisiones del juez en la valoración de pruebas que pueden resultar determinantes para establecer la veracidad de los hechos narrados**. La segunda corresponde a una **dimensión positiva** que se presenta **cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes** de lo resuelto en la providencia cuestionada **que no ha debido admitir ni valorar** porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución. También se ha dicho que una decisión puede ser inválida cuando se demuestra que el juez valoró indebidamente las pruebas del proceso. En ese caso se configuraría un defecto fáctico, por indebida valoración probatoria.”*

- i) En relación a la incongruencia entre a citación inicial frente a la sanción que se pretendía imponer y la resolución de sanción , así como a los artículos primero, tercero, sexto, noveno, décimo, décimo primero y décimo tercero por defecto fáctico**

Por un lado, el apoderado del contratista manifiesta que en la resolución recurrida se atribuyó a Accesar S.A.S. el incumplimiento de los ítems 6, 16, 19 y 20 del Anexo N° 1, especificaciones técnicas que equivalen a cuatro (4) de veinticinco (25) especificaciones técnicas, y que, en folio 18 se expresa textualmente que Accesar S.A.S. incumplió con todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Anexo Técnico N° 1, texto que procede a transcribir y del cual se extrae: **“Que dentro de las obligaciones del contratista no solo se encontraba la entrega de las 315 licencias de antivirus sino también su instalación y/o configuración que permitiera su correcto funcionamiento así como el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Anexo Técnico N° 1 “especificaciones técnicas”.**

También expone el apoderado del contratista, lo siguiente:

“...en ningún momento mi cliente incumplió con las obligaciones contractuales dentro del plazo fijado para ello, ya que como se evidencia en el correo electrónico de fecha 3 Enero 2020, en donde el supervisor del contrato, Capitán Wilson Fernando García Vélez afirma textualmente:

1. las licencias ya se encuentran instaladas, sin embargo, ésta supervisión no las ha recibido a satisfacción, toda vez que al revisar las especificaciones técnicas en conjunto con el ingeniero que enviaron de parte de KASPERSKY, no se pudo evidenciar el cumplimiento total de las especificaciones técnicas.

2. El ingeniero enviado de parte de KASPERSKY conoce cuales son las especificaciones técnicas posiblemente incumplidas, sin embargo, las relaciono así:

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

- ITEM 6. Las especificaciones técnicas, así:

6.	Debe realizar el registro y control en la salida o pérdida de información por medio de unidades externas, lectoras de tarjetas flash, memorias USB.
----	---

- ITEM 16. Las especificaciones técnicas, así:

16.	Permitir la distribución Masiva de cualquier tipo de Archivo, Documento, Páginas web, Multimedia, PDF, Videos, etc.
-----	---

- ITEM 19. Las especificaciones técnicas, así:

19.	Debe permitir generación de estadísticas de Uso de Internet (Sitios, Horas, Días) por usuario y área.
-----	---

- ITEM 20. Las especificaciones técnicas, así:

20.	Debe permitir el control de Acceso a Carpetas Locales o Remotas no autorizadas.
-----	---

Bajo este presupuesto entiende la defensa que la Administración y la Supervisión del FORPO, desde el primer momento acepta y da constancia que dichas licencias fueron instaladas, de esta forma se da cumplimiento al objeto contractual...”

Así mismo añade: “el juzgador no solamente no valoró los elementos de prueba que ha entregado el contratista, ACCESAR S.A.S., respecto a la renovación, entrega y soporte de la herramienta, suministros de nuevas actualizaciones del software, lo cual podemos sustentar que efectivamente se ejecutó con la simple expedición de la licencia por parte del fabricante (...) Está entregado soporte y el derecho de actualización a las 315 licencias de **Kaspersky Endpoint Security Suite Advance durante 24 meses, contados a partir del 23 de Diciembre de 2019. Licencia que estará vigente hasta el 24 de Diciembre de 2021, es decir, durante 2 años.**”

Parece que el apoderado del contratista omite dar lectura completa a lo expuesto por parte del Capitán Wilson García, en el correo electrónico que antecede, dado que si bien manifiesta la instalación de la herramienta, también indica: “Las licencias ya se encuentran instaladas, sin embargo, **ésta supervisión no las ha recibido a satisfacción**, toda vez que al revisar las especificaciones técnicas en conjunto con el ingeniero que enviaron de parte de kaspersky, **no se pudo evidenciar el cumplimiento total de las especificaciones técnicas**”. Por lo tanto, este Despacho no comprende por qué la mera instalación supone para el apoderado del contratista un cumplimiento efectivo de sus obligaciones contractuales, dado que, el cumplimiento no se encontraba supeditado única y exclusivamente a la instalación sino a su **correcta configuración** que permitiera a la entidad hacer uso de la herramienta **en observancia de las condiciones técnicas exigidas en el contrato de Aceptación de Oferta de Prestación de Servicios N° 262-6-2019 y dentro del plazo de ejecución dispuesto para ello.**

El apoderado también manifiesta: “De la respuesta dada por el perito podemos concluir que el producto ofertado y entregado por ACCESAR S.A.S. cumple con el 100% de las especificaciones técnicas requeridas y que para demostrarlo SOLO se debía realizar el proceso de implementación”.

Frente al cumplimiento del contrato alegado por el apoderado de Accesar S.A.S., este Despacho no entiende tales argumentos y discrepa con estas afirmaciones dado que en desarrollo de la actuación administrativa se logró establecer el no cumplimiento del Anexo N° 1, **el cual debía acatarse en su integridad** por parte del contratista. En ese orden de ideas, es falso que dentro del procedimiento adelantado se haya comprobado el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de Accesar S.A.S., por el contrario se logró probar, a través de la prueba pericial, que efectivamente la herramienta (antivirus) instalada por Accesar S.A.S. en los equipos del Fondo Rotatorio de la Policía, no cumplía

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

con todos y cada uno de los ítems consignados en el Anexo N° 1 – *especificaciones técnicas* conforme lo exigía el Contrato de Aceptación de Oferta de Prestación de Servicios N° 262-6-2019. Precisamente este incumplimiento fundamentó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionatorio y derivó en su correspondiente sanción. Por lo anterior, no se evidencia un defecto fáctico en la decisión, toda vez que **el incumplimiento endilgado al contratista fue debidamente probado a través de las pruebas decretadas, practicadas y debidamente controvertidas.**

Ahora bien, el apoderado expone que el contratista realizó la entrega e instalación pero no la configuración dado que el FORPO ordenó suspender el servicio debido al no cumplimiento de los ítems 6, 16, 19 y 20 de las Especificaciones Técnicas. Este Despacho procede a recordarle al apoderado del contratista que la correspondiente entrega, instalación y configuración de la herramienta (antivirus) debía quedar lista y en perfecto funcionamiento para la entidad contratante el día 27 de diciembre de 2019, fecha establecida para el cumplimiento del objeto contractual. Por lo tanto, **el correo de fecha 3 de enero de 2020 que enuncia a lo largo de sus argumentos, se remitió por fuera del plazo de ejecución y por lo tanto no supone una suspensión sino una comunicación de presunto incumplimiento.**

El apoderado del contratista agrega: *"a) el responsable de la Supervisión del Contrato en su correo de fecha 3 de enero de 2020 afirma que después de revisar las especificaciones técnicas (...) estas no cumplen con lo requerido por el FORPO, por lo cual no se puede culminar la configuración de estas cuatro (4) especificaciones. Sin embargo, en el texto "situación que nada tiene que ver con el software suministrado por el contratista sino con la incorrecta configuración de la herramienta que imposibilitó finalmente su recibo a satisfacción", claramente se observa la contradicción al aceptar que el software cumple completamente con las especificaciones técnicas y reitera que la configuración de la herramienta no se llevó a cabo por el concepto de no evidenciar el cumplimiento de las mismas (...) b) No hubo una incorrecta configuración de la herramienta como lo manifiesta el juzgador, pues, de habernos permitido culminar con la configuración este hubiese sido un hecho superado en su totalidad (...)"*

Se indica que, de conformidad con lo establecido y probado a través de la prueba pericial practicada, la herramienta kaspersky (antivirus) tenía la capacidad de cumplir con las condiciones técnicas exigidas en el contrato, tratándose de una incorrecta configuración, en tal sentido lo explicó el perito así : ***"PREGUNTADO: Teniendo en cuenta la experiencia y el criterio profesional y de la prueba practicada sobre la herramienta kaspersky, ¿Esta estaba correctamente desplegada o implementada en los equipos del FORPO? CONTESTADO: Está desplegado, no está adecuadamente configurado, hace falta muchísimos ajustes que permitan que el producto se adapte a las necesidades puntuales del FORPO, razón por la cual consideramos que es importante realizar esta capacitación para que pueda haber una adaptabilidad de la plataforma conforme a las expectativas de la Entidad."*** De igual manera se insiste que la entrega, instalación **y configuración de las 315 licencias de antivirus debían realizarse dentro del plazo de ejecución, esto es, hasta el día 27 de diciembre de 2019 y no después,** Por tales razones no prospera el Defecto fáctico deprecado por el apoderado del contratista.

ii) Al segundo defecto fáctico:

El apoderado del contratista arguye que los oficios radicados N° 20192200061291 y 20192200061341 ambos de fecha 31 de diciembre de 2019, mediante los cuales la supervisión del contrato comunicó al contratista y a su garante el presunto incumplimiento contractual no fue remitido al correo electrónico de Accesar S.A.S. ni se allegó prueba de envío y sólo hasta el 17 de enero de 2020 la empresa pudo percatarse de la situación jurídica en la que se encontraba.

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

Procede este Despacho a realizar las siguientes precisiones: i) Como obra en las pruebas documentales incorporadas al proceso, esto es, *actas y correos*, se evidencia un cruce de correos electrónicos de fecha tres (03) de enero de 2020 entre el capitán Wilson Fernando García Vélez, funcionario del Forpo y el señor Alexander Méndez, funcionario de Accesar S.A.S., en los cuales se informa un presunto incumplimiento de las condiciones técnicas contenidas en el contrato. Correo electrónico que el mismo apoderado enuncia en su *tercer defecto fáctico*, del cual se corrobora el contratista tuvo conocimiento. ii) Que mediante oficios N° 20201300001831 y N° 20201300001861 ambos de fecha 20 de enero de 2020, el Fondo Rotatorio de la Policía citó al contratista y a su garante al trámite administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, exponiendo los hechos que constituyeron el incumplimiento y originaron la actuación, así como las cláusulas presuntamente violentadas y las respectivas consecuencias para el contratista de llegarse a comprobar el aludido incumplimiento.

Por lo anterior, no es de recibo lo alegado por el apoderado del contratista, toda vez que Accesar S.A.S., previo al inicio de la presente actuación administrativa tuvo pleno conocimiento del incumplimiento atribuido a este, informado a través del correo electrónico y del documento de citación antes mencionado y, conforme a ello, procedió a presentar sus respectivos descargos dentro de la audiencia pública adelantada el día 24 de enero de 2020. Lo anterior evidencia el actuar garantista de la administración, que procuró en todo momento el ejercicio del derecho de defensa y contradicción que le asistía al contratista, permitiéndole presentar sus argumentos de defensa y las pruebas que pretendía hacer valer, buscando con ello que la sanción no resultara sorpresiva.

iii) Al cuarto, octavo y décimo segundo defecto fáctico

El apoderado arguye que el Despacho no tuvo en cuenta el descargo realizado por parte del contratista el cual fue reiterado por la apoderada de la compañía mundial de seguros S.A., específicamente en lo siguiente: *“y frente al contrato a la evaluación del contrato afianzado. Lo segundo, determinar que la no instalación de las licencias no obedeció a la voluntad del contratista, de ACCESAR, sino a unas órdenes o requerimientos de la institución”*. Ante estos argumentos cabe precisar que tales aseveraciones corresponden a simples apreciaciones que no se lograron probar dentro del procedimiento administrativo sancionatorio. Como se indicó dentro del acto administrativo recurrido, no existen correos electrónicos u oficios emanados por la supervisión del contrato o por el Director General del FORPO en los cuales conste una supuesta suspensión en la ejecución del contrato, a *contrario sensu*, sí se logró probar que al día 27 de diciembre de 2019 no se encontraban instaladas y correctamente configuradas las 315 licencias antivirus en los equipos del Fondo Rotatorio de la policía y que, las comunicaciones electrónicas de fecha 03 de enero de 2020 se realizaron por fuera del plazo de ejecución, siendo estas, comunicaciones de incumplimiento.

iv) Al quinto y séptimo defecto fáctico

Afirma el apoderado del contratista que no hubo una correcta valoración de la prueba pericial frente al dictamen rendido por el perito, ya que el juzgador asumió que la instalación se ejecutó de manera incorrecta, al encontrar instalada en un equipo una versión anterior a la última liberada por el fabricante. Así mismo manifiesta que el Despacho no ordenó una inspección física que le permitiera concluir con los suficientes elementos de juicio y sólo se tomó el concepto del perito.

De igual forma expone: *“...para esta defensa es normal que se encontraran versiones anteriores instaladas en algunos equipos y refuerza nuestra posición el hecho que precisamente kaspersky security suite no se instaló por parte de ACCESAR S.A.S. desde cero (...) y una de las tareas a ejecutar precisamente era hacer la renovación...”*

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

Dado que la firma Accesar S.A.S. efectivamente realizó la instalación del antivirus Kaspersky en los equipos del Fondo Rotatorio de la Policía, la prueba pericial fue practicada sobre el software suministrado e instalado por el contratista. Esto quedó sumamente claro en el interrogatorio realizado al perito en audiencia, así (se extrae): **“PREGUNTADO:** En lo que concierne a la práctica de la prueba, ¿Cuál versión de la herramienta Karspersky se encontraba instalada en el equipo de la Entidad al momento de practicar el peritaje? **CONTESTADO:** En el momento de la actividad realizada se encontró como componente de administración la versión más reciente correspondiente (...) a la versión 11.0.0.1131 esa es la versión del componente de gestión de la Protección centralizada y, como tal la versión instalada corresponde a la versión: Karspersky Endpoint Security, versión de numeración 11.1.1.126, esa fue la versión que se encontró en el equipo a partir del cual se realizó la documentación de los hallazgos registrados en el documento enviado. **PREGUNTADO:** O sea, ¿Hay una versión 11.0.0.1131? **CONTESTADO:** de administración central y hay una versión de protección local, es decir, en cada equipo, por lo menos en lo que corresponde al equipo desde donde se realizó toda la actividad de documentación de hallazgos, corresponde a la versión 11.1.1.126. (...) **PREGUNTADO:** ¿Previo a la práctica de la prueba, esto es, la confirmación del cumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, respecto de los ítems N° 6, 16, 19 y 20 previamente leído, se instaló una versión distinta de la herramienta Karspersky o al que estaba instalado inicialmente por parte del contratista para cada uno de los ítems? **CONTESTADO:** Estaba instalada una versión que no cumple con el ítem (...) que corresponde al ítem 19, salvo por ese detalle la versión que está actualmente instalada cumple con los demás ítems solicitados...”

El Despacho procede a realizar las siguientes aclaraciones: i) La prueba pericial fue practicada por el señor Victor Chisava, Gerente de Preventa para la Región Norte de Latinoamérica marca Kaspersky (fabricante), el cual fue **designado por el mismo contratista** Accesar S.A.S. dados sus conocimientos técnicos y experticia en el software (antivirus) suministrado, ii) Que el Dictamen pericial fue debidamente trasladado y controvertido por las partes en audiencia pública, en la cual se procedió al interrogatorio del perito **con el fin de conocer y determinar si realmente el antivirus instalado por parte del contratista cumplía con todas y cada una de las especificaciones técnicas establecidas**. Así las cosas, no puede el apoderado del contratista apuntar en esta instancia procesal que el peritazgo se realizó sobre un software no instalado por Accesar S.A.S., es más, sus preguntas al perito ni siquiera se encaminaron a demostrar tales afirmaciones. Así las cosas y con base en el interrogatorio del perito, quedó claro para la Entidad que el antivirus instalado por el contratista no cumplía con todas las condiciones técnicas exigidas y por lo tanto, se hacía totalmente innecesario e inútil el decreto y práctica de otro medio de prueba como la inspección.

Lo anterior fundamentado en que la prueba pericial fue objeto de **contradicción** y como lo ha expuesto la H. Corte Constitucional en Sentencia T-274/12: **“La prueba pericial tendrá valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción”**. Que por su parte el artículo 236 del C.G.P establece en su inciso segundo: **“...Salvo disposición en contrario, solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba...”**

v) A las razones de violación respecto a los defectos fácticos de la resolución N° 00294 del 15 de julio de 2020.

El apoderado del contratista asegura que hay un cumplimiento de todos los ítems del anexo primero del contrato el cual, según él, fue demostrado dentro del proceso. De igual forma manifiesta que dentro de la valoración efectuada por el juzgador, no se expusieron en forma alguna la regla de la experiencia utilizada para valorar el argumento mediante el cual se

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

sanciona a la entidad contratada y se declara el incumplimiento total. Esta omisión del argumento hace que el ejercicio del derecho de defensa de su poderdante sea ineficaz, siendo la percepción subjetiva del juzgador, la regla por medio de la cual se determina el ejercicio jurisdiccional del poder estatal. Agrega que el juzgador no tuvo en cuenta la respuesta del perito frente al cumplimiento del ítem 19, la cual transcribe a continuación:

“(…) PREGUNTADO: ¿Respecto del ítem 19, que me permito leer: “Debe permitir generación de estadísticas de Uso de Internet (Sitios, Horas, Días) por usuario y área.”? CONTESTADO: Correcto, en concordancia con los hallazgos de la actividad realizada tras la pasada audiencia, la versión actualmente instalada no cumple con lo solicitado, razón por la cual tuvimos que solicitar o bueno, recomendar, no solicitar sino recomendar, al personal presente durante la actividad, que se utilice, esto no supone un costo adicional para la Entidad, la versión más reciente, que sí cumple con lo solicitado. La versión más reciente es la, permítanme les documento la información exacta, la versión que sí cumple con ese ítem a la cual la Entidad Fondo Rotatorio de la Policía puede tener acceso a ese producto, es la 11.2.0.2254, versión que está disponible en idioma español y que no supone, cuya descarga, uso y mantenimiento no supone ningún costo adicional para el Fondo Rotatorio de la Policía.”

Añade que existe una violación de los derechos y de las pruebas practicadas por cuanto no se puede asumir que una licencia que no se encuentre actualizada en algún equipo o en el equipo revisado, fue instalada por Accesar S.A.S., toda vez que el Forpo ya contaba con el antivirus kaspersky instalado en sus equipos y una de las tareas por parte del contratista consistía en actualizar la versión que se encontraba instalada en ese momento, por lo anterior no se puede acusar a Accesar S.A.S. de instalar versiones antiguas pues el FORPO no permitió la finalización de las actividades para lograr la implementación correcta del antivirus.

Manifiesta además que se realiza una transcripción parcial del cuestionario al perito, no se hace un estudio minucioso de las fuentes probatorias, olvidándose de la etapa de asunción probatoria. Esto lleva al juzgador a desarrollar una interpretación errada, pues termina induciendo al perito a una respuesta donde manifiesta que no se ha ejecutado la instalación de la última versión en los equipos, cuando en el documento de descargos se exponen las situaciones de tiempo, modo y lugar. Bajo este entendido el apoderado considera que existe un defecto fáctico que de haberse evitado llevaría al juzgador a tomar una decisión distinta.

Plantea que la entidad no estableció de forma concreta en qué consistió el incumplimiento, violando el derecho de defensa, ya que para su correcto ejercicio se necesitaba la realización de una imputación clara y precisa, así como la valoración de los descargos y el acervo probatorio. De igual forma expone (se extrae): *“se observa la realización de una actuación claramente débil probatoriamente y cumplida fuera del marco legal, la cual se vislumbra el día 27 de diciembre de 2019, donde se notifica la instrucción de suspender el proceso, notificación que oficialmente se realizó hasta el 17 de enero de 2020, mediante correo electrónico enviado por el Capitán Wilson...”*

El apoderado insiste en insinuar que la prueba pericial no se practicó en la versión instalada por el contratista Accesar S.A.S., al respecto el Despacho precisa: i) Que la supervisión del contrato mediante correo electrónico de fecha 03 de enero de 2020 expone: **“Las licencias ya se encuentran instaladas**, sin embargo, ésta supervisión no las ha recibido a satisfacción, toda vez que al revisar las especificaciones técnicas en conjunto con el ingeniero que enviaron de parte de kaspersky, no se pudo evidenciar el cumplimiento total de las especificaciones técnicas”, y que, el contratista por su parte argumentó en sus descargos lo siguiente: **“que el día 26/12/2019, se inicia el proceso de instalación de las licencias...”**; lo anterior prueba que dicho antivirus sí había sido instalado por parte del contratista pero que, por errores en su configuración, tal y como se demostró con la prueba pericial practicada, el mismo no dio cumplimiento efectivo a lo establecido en el contrato y en su Anexo técnico; ii) Que tal situación no se manifestó por el contratista dentro de la

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

etapa procesal respectiva, esto es, previo a la práctica de la prueba pericial, tampoco dentro del término otorgado para el traslado del dictamen ni dentro del interrogatorio realizado al perito.

Es cierto que conforme al objeto contractual el contratista debía realizar la *renovación* del antivirus, sin embargo, tal renovación debía surtirse con la instalación y configuración del software de manera que el mismo cumpliera con todas las especificaciones técnicas exigidas dentro del plazo de ejecución pactado, esto es, **al 27 de diciembre de 2019**. A través de la prueba pericial practicada dentro de la actuación administrativa sancionatoria se logró probar que el software instalado al 27 de diciembre de 2019 por parte de Accesar S.A.S., no cumplía con todas las condiciones técnicas exigidas en el anexo No. 1 del contrato. Por consiguiente, los argumentos expuestos por el apoderado del contratista carecen de sustento probatorio y obedecen a meras exculpaciones pues **a la fecha le ha sido imposible desvirtuar el incumplimiento atribuido a su poderdante y que fundamentó la apertura del presente trámite administrativo sancionatorio.**

Es claro que al contratista no solo le correspondía alegar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales **sino que además debía probarlo**, esto en atención a la carga probatoria que recae sobre las partes, así lo indica el artículo 167 del Código General del Proceso que reza: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. Por lo anterior, le incumbía al contratista Accesar S.A.S. probar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o acreditar un eximente de responsabilidad que le permitiera desvirtuar el incumplimiento imputado por la entidad contratante.

Se le rememora al abogado que él mismo asistió al interrogatorio del perito y que, conforme a lo dispuesto en el artículo 228 del código General del Proceso, podía aportar otro dictamen pericial o controvertir esta prueba en audiencia interrogando al perito. De igual forma, el artículo antes enunciado, establece: “*se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá **solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada.** Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen*”. Así las cosas, no puede el apoderado del contratista alegar en esta instancia procesal hechos y/o situaciones que pudo controvertir dentro de la etapa probatoria, esto es, previa, durante y posteriormente a la práctica de la prueba pericial.

Ahora bien, en lo que respecta a la *sana crítica* y a la correcta valoración de las pruebas por parte del juzgador, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SC9193-2017, estableció:

“Por otra parte, la valoración individual y en conjunto del contenido de las pruebas, y la elaboración de las conclusiones sobre los hechos probados corresponden —en sentido estricto— a la fase de apreciación material de las pruebas (art. 187 C.P.C.), es decir al desentrañamiento, develación o interpretación de su significado; o, lo que es lo mismo, a lo que la prueba dice respecto de su objeto, o a su correspondencia con los hechos, que es lo que determina la calidad de la prueba y el contenido de verdad de la decisión judicial.

Este es, finalmente, el momento en que la ley impone al juzgador la obligación de valorar razonadamente las pruebas “de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

La valoración de las pruebas, en suma, se da en dos momentos procesales, a saber:

*i) al hacer el juez el juicio de admisibilidad de los medios de prueba mediante la verificación de los requisitos extrínsecos de licitud y legalidad (**decreto, incorporación y práctica**), y el juicio de relevancia a través de la comprobación de los requisitos intrínsecos (**conducencia, pertinencia notoria y utilidad manifiesta**);*

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

en cuyo caso las pautas de valoración formal están dadas de antemano por la ley y el sentenciador se limita a su aplicación, pues si llegare a separarse del mandato legal incurriría en violación del debido proceso.

ii) al apreciar la prueba en su materialidad, mediante la asignación del valor que cada una de ellas posee según su contenido de verdad, y al estimarlas en conjunto y contexto según las reglas de la ‘sana crítica’. En este caso la valoración no está dada de manera a priori por la ley, sino que se determina a partir de la justificación (externa e interna) o motivación razonada que el juez hace de las decisiones que toma sobre los hechos con base en su recto raciocinio, experiencia, habilidades perceptivas e interpretativas, y preconcepciones hermenéuticas que le permiten contar con un trasfondo de referencia o contexto que imprime sentido a los datos arrojados por los medios de prueba.

(...)

Hoy en día la sana crítica constituye el parámetro de valoración racional de todas las pruebas (arts. 187 C.P.C. y 176 C.G.P.) y alude a las reglas de la lógica (formal y no formal); las máximas de la experiencia; las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados; y los procedimientos, protocolos guías y reglas admitidos por los distintos ámbitos profesionales o técnicos, a las que está sujeta la actividad probatoria de los jueces y sus respectivas conclusiones sobre los hechos que interesan al proceso.

(...)

*La sana crítica no es ni puede ser medio de prueba, pues su función radica en servir de marco de referencia (hermenéutico) para la valoración razonada de las pruebas, es decir que contribuye a la conformación del contexto de significado que **permite al juez interpretar la información contenida en los medios de prueba legal y oportunamente allegados al proceso.** Por ello no se producen, practican, valoran o controvierten como se hace con los medios de prueba; aunque **las partes tienen la posibilidad de aportar todos los elementos de prueba legalmente admisibles para aclararlas, explicarlas, ampliarlas o limitar su aplicación.***

Que la prueba pericial, conforme lo establece el artículo 226 del C.G.P., es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. De igual manera en su artículo 232 ibídem señala: “El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso. Conforme a lo anterior, y, en vista de que el perito fue designado directamente por el contratista dada su experticia y conocimientos técnicos sobre el software Kaspersky suministrado por Accesar S.A.S., este Despacho procedió muy juiciosamente a la valoración de todas las pruebas (acervo probatorio), conformado por pruebas documentales, correos electrónicos y comunicaciones entre la entidad y el contratista, así como la **prueba pericial practicada y controvertida por las partes.** Dicho análisis dio como resultado la declaración del siniestro y del incumplimiento total del contrato de Aceptación de Oferta de Prestación de Servicios N° 262-6-2019.

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho desestimaré todos los argumentos presentados por el apoderado del contratista, los cuales se instituyen en la sustentación de los reparos en contra de la resolución N° 00294 del 15 de julio de 2020, por la cual se sancionó a la firma Accesar S.A.S. Así mismo, negará todas las peticiones formuladas por el contratista, dado que lo manifestado por el mismo dentro del recurso de reposición **carece de todo sustento probatorio** y, finalmente, como se indicó en párrafos precedentes, no logró desvirtuar el incumplimiento imputado por parte de esta Entidad, el cual, sí fue demostrado dentro de este proceso administrativo sancionatorio a través del acervo probatorio recaudado.

En atención a la solicitud de “decretar a través de Acto administrativo el cumplimiento y entrega a satisfacción de todas las obligaciones a cumplir por parte del contratista...” se aclara que este Despacho no posee competencia para efectuar el recibo del objeto

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

contractual sino que, corresponde a una facultad de la supervisión del contrato quien, previo al recibo, deberá corroborar el cumplimiento de todas las condiciones técnicas y obligaciones contractuales a cargo del contratista.

vi) A la solicitud de pruebas de oficio y auto de mejor proveer en proceso administrativo

El apoderado del contratista solicita en esta instancia procesal, el decreto de las siguientes pruebas de oficio, argumentando lo siguiente:

*“...Hacemos uso de esta solicitud de prueba, como aquellas solicitudes de prueba posibles que de ser proferidas previamente, a dictar sentencia y que tiene como **finalidad estricta** y focalizada al **esclarecimiento de puntos oscuros o dudosos de la contienda**, el cual hace parte del gran continente de las llamadas **pruebas de oficio** (...) Ley 1437 del 2011, Artículo 213. PRUEBAS DE OFICIO...”*

Bajo este sustento, el apoderado del contratista solicita que el despacho decrete de oficio, las siguientes pruebas:

“...declaración jurada al señor: YESID ALEXANDER MENDEZ RINCON (...) porque fue la persona encargada por parte de ACCESAR S.A.S. como gerente del Proyecto, por ende, el encargado de realizar todas las actividades para garantizar el éxito del proyecto (...) era el interlocutor comercial.

DIEGO ALEJANDRO DIAZ, (...) persona que se encontraba a cargo del sistema por parte del FORPO, eso según correo enviado por el Mayor Ricardo Períñan Suárez el 20 de Diciembre de 2019.

EMILCE HERNANDEZ S, (...) persona encargada del despliegue de la solución en el FORPO.

YENNY LISETH MURCIA DIAZ (...) fue la persona que se reunió con el Mayor Ricardo Períñan en el FORPO el 30 de Diciembre de 2020”.

Continúa el apoderado del contratista, aportando las siguientes pruebas documentales:

“PRUEBAS DOCUMENTALES.

*Como quiera que en la presente actuación administrativa quedo [sic] demostrado que la suspensión fue de manera unilateral por parte del FORPO, como prueba de ello nos permitimos aportar los siguientes documentos que evidencian que la suspensión de la instalación de la solución no obedeció a la voluntad de ACCESAR S.A.S., **me permito aportar los siguientes documentos:***

1. Imágenes de chat del whatsapp donde se evidencia la permanente comunicación entre ACCESAR S.A.S. en cabeza de Alexander Méndez y Diego Díaz y comunicación entre Alexander Méndez y Emilce Hernández.

2. Correos electrónicos que no se encuentran actualmente relacionados en las pruebas como parte del proceso.

*3. Informe de implementación de Kaspersky donde se demuestra el hecho superado y con evidencias técnicas y científicas que detallan el estado de las licencias antes de reiniciar las actividades y todas las tareas ejecutadas durante las dos primeras sesiones. **Una vez tengamos el informe final se lo haremos llegar para que forme parte integral de las pruebas** de esta actuación administrativa.*

4. Oficiar a la empresa Kaspersky que allegue grabación de 16 horas de grabación de las sesiones de implementación, donde se evidencia lo expresado en el ítem anterior y contiene todo el detalle del proceso de implementación.

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

**FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA NEGATIVA AL DECRETO Y PRÁCTICA DE
PRUEBAS EN ESTA INSTANCIA PROCESAL**

Que el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, no regula aspectos relativos a la procedencia del decreto y práctica de pruebas en la etapa requerida para resolver el recurso de reposición, así las cosas, y, encontrándonos frente a una solicitud de pruebas en la presentación de tal recurso por parte del apoderado del contratista, nos remitimos al artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como norma supletoria, el cual enuncia de manera taxativa las circunstancias que permiten la solicitud y decreto de pruebas en segunda instancia, tal y como se expone a continuación (se extrae):

“...1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.

2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta...”

Este artículo también dispone: *“Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código (...)Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.”*

En atención a las solicitud de decreto de pruebas de oficio en virtud de lo dispuesto en el artículo 213 del CPACA, que reza: *“En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad”*, este Despacho aclara que no existe duda o incertidumbre frente al hecho constitutivo de incumplimiento contractual atribuido al contratista, el cual, como se ha reiterado en este escrito, fue debidamente probado a través de las pruebas decretadas, practicadas y controvertidas por las partes. Así las cosas, esta Entidad no procederá en esta instancia procesal a decretar pruebas de oficio pues considera que **no existen puntos oscuros o difusos que ameriten su decreto.**

En lo que concierne a las documentales aportadas en los numerales 1 y 2 (chats y correos electrónicos), las mismas no podrán ser admitidas ni incorporadas dentro de la actuación administrativa dado que estas no cumplen con lo preceptuado en el artículo 212 del CPACA, que indica: *“Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deben solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados”*, ni tampoco se encuentran inmersas dentro de lo dispuesto en los numerales 1,2,3,4 y 5 del mismo artículo. Lo anterior, en razón a que se evidencia que estas pruebas eran conocidas por el contratista y bien **pudo aportarlas en su momento (etapa probatoria)** con el fin de ser tenidas en cuenta y valoradas junto con las demás decretadas y practicadas. Otros correos aportados conciernen a hechos posteriores pero que no se encuentran útiles, pertinentes ni conducentes para la Litis.

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

No se observa dentro del sustento presentado por el apoderado, la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor que imposibilitara aportar tales pruebas dentro de la etapa procesal dispuesta para ello. Es claro entonces que tales pruebas pudieron solicitarse y/o aportarse por el contratista en el transcurso de la actuación administrativa sancionatoria, si las estimaba como necesarias y útiles para soportar sus argumentos de defensa, dado que las mismas eran conocidas por este desde el inicio del presente proceso. Por lo tanto, al no cumplir los requisitos exigidos por la norma anteriormente señalada para el decreto y practica de tales pruebas, este despacho procede a desestimarlas negando su decreto.

En relación al numeral 3, documento denominado “Informe de implementación de Kaspersky”, se evidencia por parte de esta Entidad, lo siguiente: i) Que en dicho documento Kaspersky describe la implementación de la herramienta a partir del 22 de mayo de 2020, **fecha posterior al plazo contractual**; ii) Que dicho informe no demuestra por lo tanto que se haya superado el incumplimiento, dado que, en últimas es la supervisión quien debe avalar el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo del contratista Accesar S.A.S., y, así la supervisión a la fecha proceda al recibo del objeto contractual, tampoco estaríamos frente a una superación de los hechos que dieron origen a la presente actuación sino a un *cumplimiento tardío* de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, señalado así en el artículo 1613 del Código Civil. Por estas razones, el Despacho no incorporará este documento ni realizará análisis del mismo, toda vez que, no corresponde a una prueba útil, pertinente y conducente.

En relación al numeral 4. “Oficiar a la empresa Kaspersky que allegue grabación de 16 horas de grabación de las sesiones de implementación”, se le indica al apoderado que, conforme a lo señalado en el inciso 2 del artículo 173 del Código General del Proceso, **el juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite**, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente. Así las cosas, dado que la prueba no se aportó por la parte interesada ni tampoco se acreditó la situación indicada en el artículo anterior, este Despacho no acatará la solicitud presentada.

Que esta entidad garantizó en todo momento el derecho de defensa y contradicción que le asisten a las partes dentro del trámite administrativo sancionatorio en materia contractual adelantado, permitiéndoles al contratista y a su garante la presentación de descargos así como el aporte y solicitud de pruebas las cuales fueron debidamente decretadas y practicadas por este Despacho. Todas estas pruebas fueron debidamente controvertidas por las partes.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia T-733 de 2013 explica, sobre la carga de la prueba, lo siguiente: “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. **Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias.** Puede afirmarse que la carga de la prueba es la **obligación de ‘probar’**, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”. (Negrilla fuera de texto)

De igual forma la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia N° SC9193-2017, sobre los requisitos extrínsecos e intrínsecos de la prueba, señaló:

*“...El primer momento dice relación a la valoración de los requisitos formales o legales de la prueba. Estos requisitos son extrínsecos cuando corresponden al cumplimiento de las normas jurídicas que regulan la **licitud del medio de prueba**,*

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

las oportunidades procesales y las demás ritualidades que deben cumplir las partes para su petición, ordenación, aducción y práctica (legalidad). A su vez, los requisitos intrínsecos atañen a la correspondencia que debe haber entre la información aportada por el medio de prueba y los hechos que constituyen el thema probandum. Estos requisitos son la conducencia, la pertinencia notoria y la utilidad manifiesta. (Art. 178 del C.P.C. y 168 del C.G.P.)

(...)

Los requisitos legales que deben cumplir los medios de prueba –tanto extrínsecos (decreto, incorporación y práctica) como intrínsecos (conducencia, pertinencia notoria y utilidad manifiesta) – sirven al juez para elaborar el juicio formal de admisibilidad y relevancia de la prueba, y su quebranto genera lo que la ley denomina “error de derecho por violación de una norma probatoria” (art. 368-1)...”
(Negrilla fuera de texto)

3. ARGUMENTOS DE LA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

El Despacho procede a pronunciarse frente a los argumentos expuestos por parte de la Abogada Alexandra Patricia Torres apoderada de la compañía Mundial de Seguros s.a., en los siguientes términos:

- i) Frente a la ilegalidad de la actuación e imposibilidad de declarar el incumplimiento y/o la ocurrencia del siniestro por violación al derecho de defensa y contradicción**

La apoderada del asegurador arguye en su escrito:

“En la práctica no se permite al contratista y a la aseguradora COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. el ejercicio correcto de su derecho de oposición y de defensa. Esto genera la nulidad absoluta de la actuación que se adelanta, tal como se ha pronunciado la Corte Constitucional sobre las garantías que buscan asegurar el orden y el debido proceso a los administrados.

(...)

En la sentencia C-980 de 2010, la Sala Plena de esta Corporación señaló, entre otras garantías al debido proceso administrativo que debían incluirse para asegurar la defensa de los administrados, las siguientes:

“Los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”.

(...)

como ha quedado expuesto, viola los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa, tanto de mi representada COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., como del contratista aunando esfuerzos para cumplir con los plazos establecidos Y que a la fecha de inicio de la actuación administrativa Sólo había uno de los productos que falta por entregar Qué es el estudio de los diseños Eléctricos La entrega de estos productos se retrasó porque se le entregó a la UAESP lo cual se establece como un hecho de un tercero ya que el contratista no puede apresurar a la unidad administrativa especial.

(...)

La resolución impugnada modifica viola el derecho de defensa y el debido proceso, por cuanto modifica los elementos que dieron lugar a la audiencia que se adelanta y pretende sancionar por conductas que no se encontraban descritas en la citación a la audiencia, no tasa las sanciones en la citación y pretende imponer mayores sanciones en la resolución que se impugna y en general constituye una violación flagrante al debido proceso y al derecho de defensa.

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

Así, una vez analizadas las normas que fijan los derechos fundamentales y determinan la necesidad de adelantar un procedimiento administrativo que garantice el derecho fundamental al debido proceso, al derecho de defensa y a la tasación de la indemnización que se pretende.

La apoderada de Mundial de Seguros S.A., expone una violación al debido proceso pero no precisa qué hechos concretos configuraron tal vulneración. De lo anterior cabe precisar que, como se puede apreciar dentro del expediente de este proceso administrativo sancionatorio, este Despacho otorgó tanto a contratista como al garante la oportunidad de presentar sus descargos, de solicitar y aportar las pruebas que estimaban convenientes para reforzar sus alegatos de defensa y, así mismo, les permitió conocer a tiempo y controvertir las pruebas decretadas y practicadas, en procura del derecho de defensa y contradicción. Lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en las normas relacionadas por la apoderada del asegurador, entre ellas lo señalado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 que reza: “...*Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...*”

Que esta Entidad procedió a la aplicación de la sanción – *cláusula penal* pactada por las partes, como una cuantificación anticipada de perjuicios. La **cláusula penal** es una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley le permite a las partes, que al margen de sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con estas finalidades, las que se conocen como cláusulas penales. Es así como en el Contrato de Aceptación de Oferta de Prestación de Servicios N° 262-6-2019 se estableció: “*De conformidad con lo previsto en los artículos 1592 y 1599 del Código Civil Colombiano, en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del presente contrato, EL CONTRATISTA pagará al Fondo Rotatorio de la Policía, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato, cuando se trate de incumplimiento total del contrato*”. Esto fundamenta la sanción impuesta por la entidad, la cual, no requiere una cuantificación del daño propiamente sino la aplicación de la *cláusula penal* pactada por las partes.

Es de resaltar un aparte del argumento expuesto por la apoderada, respecto de:

“...Y que a la fecha de inicio de la actuación administrativa Sólo había uno de los productos que falta por entregar Qué es el estudio de los diseños Eléctricos La entrega de estos productos se retrasó porque se le entregó a la UAESP lo cual se establece como un hecho de un tercero ya que el contratista no puede apresurar a la unidad administrativa especial.”

Esta entidad no entiende tal afirmación, toda vez que menciona a una entidad como la UAESP y una situación fáctica que es desconocida para el FORPO, razón por la cual imposibilita el pronunciamiento sobre esta afirmación.

- ii) Frente a la imposibilidad de hacer efectiva la garantía del amparo de cumplimiento otorgado por la compañía Mundial de Seguros S.A. por vencimiento del término de vigencia del amparo otorgado**

La apoderada de la compañía aseguradora expone, lo siguiente:

“El contrato de seguro contenido en la póliza BQ100025989 establece de conformidad con el artículo 1077 en concordancia con el artículo 1080 del Código de Comercio que la Entidad Estatal asegurada deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y acreditar la cuantía de la pérdida, mediante acto administrativo que declare el incumplimiento, disposiciones que se ajustan a lo normando por el 1072 del Código de Comercio que define el siniestro como “la realización del riesgo asegurado”

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

Con base en lo anterior, debe tenerse en cuenta que la exigibilidad del contrato de seguro se concreta al momento de suceder el siniestro, en el caso que nos ocupa la resolución que pretende declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del contratista y la ocurrencia del siniestro, se dicta fuera de la vigencia del contrato de seguro otorgado por la Compañía que represento.

De lo anterior, se tiene que no es posible hacer efectiva la póliza BQ100025989 vigente desde 17 de diciembre de 2019 hasta el 27 de junio de 2020, otorgada por Compañía Mundial de Seguros S.A. pues no se encontraba vigente al momento en que se expidió el acto administrativo que impone la sanción, esto es, el 15 de julio de 2020, precisando además que el mismo no se encuentra en firme por ser objeto del recurso de reposición que se presenta.”

De conformidad con el artículo 1081³ del código de comercio, la acción ordinaria derivada del contrato de seguro prescribirá en dos (2) años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

En relación a este tema el honorable Consejo de Estado⁴ ha manifestado:

“...PROBLEMA JURÍDICO

¿Dentro de que término debe dictarse el acto administrativo que declara el incumplimiento de la obligación asegurada y ordena hacer efectiva la póliza, en seguro de cumplimiento?

TESIS

El acto administrativo que declare el incumplimiento de la obligación asegurada y ordena hacer efectiva la póliza, en seguro de cumplimiento, debe dictarse dentro de los 2 años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo, de la existencia del riesgo asegurado.[...]

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

De conformidad con el artículo 68 No. 5 del Código Contencioso Administrativo cuando se constituye una garantía en favor de una entidad pública, es condición que se declare (sic) el acto administrativo que declare el incumplimiento, el cual ejecutoriado y junto con la póliza integran el título que presta mérito ejecutivo.

Ahora bien para establecer el término dentro del cual se debe dictar el acto administrativo por parte de la Administración, el Consejo de Estado ha indicado que en este aspecto las normas de Código de Comercio son de aplicación al seguro de cumplimiento, por lo cual debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, tal y como se infiere de las jurisprudencias que se citan a continuación.(subrayado fuera del texto original)

Debe tenerse en cuenta que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, que corresponde al período de duración del contrato de seguro, y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de la obligación de indemnizar mediante la acción del asegurado o beneficiario del seguro.

[...] en jurisprudencia del 30 de abril de 1991 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. R 087, hace un análisis de lo que ocurría antes del Decreto 01 de 1984 y lo que procede a partir de dicha norma en que se diferencia el término de prescripción de la obligación y el término de prescripción del derecho que emana del contrato de seguro, determinando que la prescripción del derecho se rige por el artículo 1081, en tanto que el término de prescripción de la acción ejecutiva está

³ ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

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

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

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia número 00239 de 2018.

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

regulada por el artículo 66 No. 3 del Código Contencioso Administrativo, lo anterior para aclarar el término dentro del cual la administración debe proferir el acto que declare el incumplimiento a efectos de constituir el título ejecutivo, concluyendo lo siguiente:

“[...] De manera que si el título ejecutivo no se conforma dentro de los 2 años señalados por la norma primeramente citada, (haciendo referencia al artículo 1081 del Código de Comercio) no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que la obligación y el derecho ya se encuentran prescritos [...]”.

Posteriormente, el Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de agosto de 1998, retornando lo indicado a su vez en sentencia del 14 de diciembre de 1992, M.P. Dr. Yesid Rojas Serrano, hace referencia nuevamente al momento en el cual debe expedirse el acto administrativo que se declare el incumplimiento de la obligación asegurada mediante seguro de cumplimiento manifestando lo siguiente:

*“[...] Es preciso dentro de una elemental lógica, que el beneficiario del seguro, en este caso la Administración, ante el conocimiento del siniestro, no solamente a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como lo previenen las condiciones generales estipuladas en el cuerpo de las pólizas, sino que debe dictar la resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado o, si no, **dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento, o razonablemente pudo tenerlo, de la existencia del riesgo asegurado**, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio [...]”.*

De conformidad con las jurisprudencias anteriormente transcritas se evidencia que el Consejo de Estado ha establecido mediante interpretación que el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento de una obligación garantizada a través de seguro de cumplimiento, debe expedirse dentro de la vigencia de la póliza o dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado; lo anterior con el fin de evitar que proceda la prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio. (Subrayado fuera del texto original)

Así las cosas, para que la entidad administrativa pueda hacer efectivo el amparo consagrado en la póliza de cumplimiento a favor de entidades públicas, deben concurrir dos presupuestos: i) Que el riesgo amparado en el contrato de seguro se produzca dentro de la vigencia del mismo y ii) que el acto administrativo que declara el incumplimiento y por consiguiente, el siniestro, sea proferido por la administración conforme al término consagrado en el artículo 1081 del código de comercio, esto es, **dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento, o razonablemente pudo tenerlo, de la existencia del riesgo asegurado**. Estos presupuestos se cumplen y por lo tanto, no proceden los argumentos expuestos por la apoderada de la compañía aseguradora y por ende, no se accederá a sus peticiones.

iii) Frente a la necesidad del requerimiento de pago, en primer orden al operador y por la totalidad de las obligaciones a su cargo y a la aplicación de la compensación.

La apoderada del asegurador arguye en su escrito:

“Las obligaciones contempladas en el contrato de aceptación de oferta de prestación de servicios No. 262 – 6 – 2019, están a cargo del contratista ACCESAR S.A.S. no a cargo de la aseguradora, la Compañía que represento otorga un contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de las obligaciones a cargo del citado contratista, pero es el contratista el directo obligado, no la aseguradora.

Así, estando la obligación principal a cargo del asegurado y a cargo de este las sanciones que se pretenda imponer por parte de la administración, se debe requerir

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

primero al contratista por la totalidad de las obligaciones a su cargo para que realice el pago, no se trata de dos obligaciones diferentes, se trata de una obligación a cargo del asegurado y en caso de que este no cumpla con la misma, la entidad estatal podrá requerir a la aseguradora, siempre dentro de los términos y condiciones del contrato de seguro contenido en la póliza BQ 100025989.

El Fondo Rotatorio de la Policía debe ordenar que las sumas que pretende imponer como sanción se apliquen a los valores resultantes a favor del contratista determinados a través de la liquidación del contrato no debe entregar suma alguna al contratista hasta tanto no aplique la totalidad de la obligación a cargo del contratista toda vez que la ley lo faculta para ordenar la compensación de las mismas y el contrato de seguro así lo contempla.”

Que el parágrafo del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 señala: “La cláusula penal y las multas así impuestas, **se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista**, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Que el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de noviembre de 2019, Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sustentó frente a la procedencia de la compensación, lo siguiente:

*“La compensación es un modo de extinción de las obligaciones recíprocas de las partes, que tiene por finalidad evitar un doble pago entre ellas y que se aplica en aquellos eventos en los cuales **dichas partes son “acreedora y deudora de la otra de cosas de género iguales y, por ello, fungibles o intercambiables entre sí”**. De la lectura de los artículos 1714 y siguientes del Código Civil, para que opere por disposición de la ley dicho modo de extinción de las obligaciones, es necesario que concurren los siguientes requisitos a saber: (i) Que se trate de obligaciones recíprocas entre dos personas, esto es que cada una de las partes debe ser deudora “personal y principal de la otra” según la exigencia establecida en el artículo 1716 ídem [sic]. (ii) Que el objeto de dichas obligaciones recíprocas sea dinero o cosas fungibles, esto es, que se trate de aquellas que pueden ser reemplazadas por otras de igual calidad y género, razón por la cual no es viable la compensación de obligaciones de dar cuerpos ciertos, toda vez que se trata de cosas determinadas que no pueden ser sustituidas por otras de su misma clase. Es por lo anterior que la doctrina ha considerado que “no son compensables entre sí las obligaciones de hacer propiamente dichas, o sea las que versan sobre la ejecución de un hecho, ni las de no hacer que tienen por objeto una abstención. Nuestro Código no da pie a controversias que aún subsisten...ya que el comentado ordinal 1° del art. 1715 se refiere a las cosas fungibles, circunscribiendo así el ámbito de la compensación a las obligaciones de dar o de entregar cosas de esta clase”. (iii) Que las obligaciones sean exigibles, esto es que su nacimiento o cumplimiento no se encuentren sometido a un plazo o a una condición, o que estándolo ya hayan ocurrido. (iv) Que las obligaciones sean líquidas, esto es que se encuentre determinado el monto al cual asciende cada una de ellas”.*

De lo anterior se puede concluir que es totalmente procedente aplicar la figura de la *compensación*, dado que, tanto Entidad como contratista son deudores y acreedores entre sí y la obligación es similar, pues corresponde a una obligación de pagar una determinada suma de dinero. Lo anterior permite a la administración cobrar del valor adeudado al contratista, la suma que corresponda a la sanción impuesta – *cláusula penal* – y proceder posteriormente, a pagar los saldos que resulten a favor de Accesar S.A.S. en virtud de lo dispuesto en la Aceptación de Oferta de Prestación de Servicios N° 262-6-2019. Así las cosas, es acertada la postura de la compañía aseguradora y esta Entidad procederá de conformidad.

- iv) Frente a la aplicación de las condiciones generales del contrato de seguro, al límite de las obligaciones a cargo del contratista y a la solicitud de terminación**

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

del presente proceso administrativo sancionatorio

Explica la apoderada en su escrito que el valor asegurado no es una suma que corresponda a una sanción previamente acordada y constituye el valor máximo de la obligación a cargo de la aseguradora, y que es necesario aplicar la proporcionalidad al valor que se pretenda cobrar como perjuicio frente al valor asegurado. Por otro lado solicita el archivo de la presente actuación con fundamento en el Art 86 de la ley 1474 de 2011 que ordena: “La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”.

En relación a la solicitud de archivo de la presente actuación, la misma no procede y se reitera por parte de este Despacho que, de conformidad con la Aceptación de Oferta de Prestación de Servicios N° 262-6-2019 y los Estudios Previos, el contratista no solo se encontraba obligado a instalar las 315 licencias sino que debía garantizar la correcta configuración de las mismas. Esto permitiría que la **herramienta Kaspersky quedara en perfecto funcionamiento y en cumplimiento de todas las especificaciones técnicas establecidas y exigidas por la Entidad a la fecha de su cumplimiento, esto es, al 27 de diciembre de 2019**. Esta omisión o mora en el cumplimiento de tales obligaciones suponen un perjuicio para el Fondo Rotatorio de la Policía, fundamentado en la pérdida de aproximadamente seis (6) meses de licenciamiento debido a que la misma fue otorgada a partir del 23 de diciembre del año 2019. Por ello, mal haría la Entidad pública en pasar por alto este incumplimiento. Así las cosas, el valor correspondiente a la cláusula penal se encuentra amparado dentro de la póliza de cumplimiento y dicha suma, no supera en ningún momento el valor asegurado.

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en Sentencia del 7 de octubre de 1976⁵, definió y caracterizó la cláusula penal pecuniaria como pasa a resaltarse:

“1. En lo atinente a la estimación de los perjuicios éstos pueden ser regulados por la ley, el juez, o la convención. La primera hipótesis ocurre cuando el ordenamiento mismo los avalúa, por ejemplo, respecto de las obligaciones de dinero (Art. 1617 del C.C., 883 y 884 del C.C.). La segunda tiene lugar cuando le corresponde al juzgador concretarlos con respaldo en los medios de convicción, bien porque la ley no los determina, ya porque no se acuerdan en la convención (Art. 1613 del C.C.). La tercera y última hipótesis se configura cuando las mismas partes contratantes lo fijan en el negocio jurídico. (Art. 1592 y s.s. del C.C.) (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

2. La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley “es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal” (Art. 1592 del C.C.). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o de caución, o de estimación anticipada de perjuicios.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De tal manera, la cláusula penal pactada por las partes en virtud de la relación contractual, equivale a una cuantificación anticipada de perjuicios, y en consecuencia, la entidad pública podrá hacer efectivo el amparo consagrado en la póliza de cumplimiento otorgada por el contratista, a favor del Fondo Rotatorio de la Policía.

Así las cosas, por lo recientemente expuesto, la presente decisión es fruto de una hermenéutica coherente con el devenir procesal, las pruebas y los hechos puntuales de incumplimiento. Se advierte que la misma fue proferida con observancia al principio de legalidad y a los derechos de defensa y contradicción. Basta observar que se respetó el procedimiento señalado en la Ley 1474 de 2011, se escuchó a las partes en audiencia, se

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencias del 7 de Octubre de 1976. Gaceta CLII – 441. Antología Jurisprudencial, Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006. 120 años Corte de Casación, Tomo I, Sala Civil, 1 ed. Bogotá D.C.: Sigma Editores Ltda., 2007. p. 817 y s.s.

**“POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS POR EL CONTRATISTA ACCESAR S.A.S Y LA COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 00294 DEL 15
DE JULIO DE 2020”**

practicaron las pruebas y se interpusieron los recursos de reposición (los cuales aquí son resueltos), tal y como consta en la documental anexa a la acción que nos concita. Así, resulta claro, que en el caso bajo análisis se verificaron los elementos constitutivos del debido proceso administrativo que se concreta en asegurar, en síntesis, el acceso a procesos justos y adecuados, el acatamiento al principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas y los principios de contradicción e imparcialidad.

Analizados todos y cada uno de los argumentos esgrimidos en contra de la Resolución N° 00294 del 15 de julio de 2020, este despacho procederá a confirmar la sanción impuesta por el incumplimiento probado, terminando con esto el procedimiento administrativo sancionatorio.

En tal sentido y, en virtud de todo lo expuesto, el Encargado de las Funciones del Despacho de la Dirección General del Fondo Rotatorio de la Policía, en uso de sus facultades legales,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: CONFÍRMESE la Resolución N° 00294 del 15 de julio de 2020, “*por la cual se declara el incumplimiento total del contrato de aceptación de oferta de prestación de servicios N° 262-6-2019 y se impone una sanción al contratista ACCESAR S.A.S.*”, de conformidad con lo esbozado en la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución por medios electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 491 del 28 de marzo de 2020 y el artículo 56 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: AUTORIZAR a la supervisión del contrato para efectuar la recepción del objeto contractual, previa verificación del cumplimiento de todas las condiciones técnicas establecidas y demás obligaciones a cargo del contratista Accesar S.A.S.

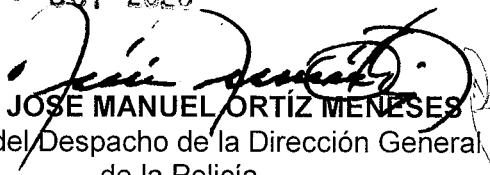
ARTÍCULO CUARTO: Cumpliéndose lo dispuesto en el artículo anterior, **DESCONTAR** del valor a total a pagar a favor del contratista la suma de **ONCE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$11'125.390,50)**, que corresponden al valor de la sanción – *cláusula penal* – y proceder a **PAGAR** al contratista el saldo que resulte. Lo anterior conforme a la *compensación* señalada en el parágrafo del artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

ARTÍCULO QUINTO: contra la presente decisión no procede recurso alguno de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y 74 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., el

30 OCT 2020


Coronel **JOSE MANUEL ORTIZ MENESES**

Encargado de las Funciones del Despacho de la Dirección General del Fondo Rotatorio de la Policía

Elaboró: Abogada Andrea Milena Prada Díaz, Funcionaria Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Abogado Ricardo Guerrero Gómez, Jefe Oficina Asesora Jurídica

“SERVICIO CON PROBIDAD”