CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN - Sistema de información integral - Instituto Colombiano Agropecuario

El 27 de junio de 2001, entre el ICA y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación la Ciencia y la Tecnología – OEI , se suscribió el convenio especial de cooperación distinguido con el número CN-034 de 2001, cuyo objeto fue la cooperación mutua para implementar el sistema de información integral del ICA. Bajo el marco del citado convenio, la OEI celebró los contratos 0511 y 1092 de 2002 con el Consorcio GX Consultoría Colombiana -en el que la sociedad Qumram Asociados Ltda era miembro-, como desarrollador del sistema integrado de información para el ICA. Después de varias prórrogas y adiciones, el Convenio Especial de Cooperación CN-034 de 2001 expiró el 30 de abril de 2004, momento en el que todavía no estaba implementado el sistema integrado de información en el ICA. El ICA convocó un Tribunal de Arbitramento, de conformidad con la cláusula compromisoria pactada en el Convenio Especial de Cooperación CN-034 de 2001, ante el cual presentó demanda arbitral contra la OEI. El 15 de marzo de 2007, luego de contestada la demanda, la OEI y el ICA celebraron un acuerdo de conciliación. El acuerdo conciliatorio fue aprobado por el Tribunal de Arbitramento, integrado por un árbitro único, según consta en Acta No. 9 del 27 de abril de 2007, que se allegó al plenario, con la cual se dio por terminado el proceso arbitral. (…) En este caso, en la demanda se invocó como fuente del daño la actuación culposa de un particular, Qumram Asociados Ltda, respecto de quien se pretendió afirmar un hecho dañoso, consistente en una actividad por cuenta propia, en su gestión de prestación de servicios, que fue señalada como causa -directa y autónoma- del daño frente al ICA, en forma independiente del acuerdo conciliatorio celebrado entre el ICA y la OEI.

RESPONSABILIDAD - Cláusula - Criterio orgánico

Para apoyar lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el artículo 86 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.) se originó antes de la consagración explícita de la responsabilidad del Estado en el artículo 90 de la Constitución Política y, por tanto, la acción prevista en el CCA no podía entenderse acotada a los casos de responsabilidad del Estado, toda vez que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, con las modificaciones introducidas por las Leyes 446 de 1998 y 1107 de 2006, vino a incorporar un criterio orgánico -en atención a la presencia de una entidad pública en la controversia- como base para definir el alcance de la jurisdicción.

REPARACIÓN DIRECTA - Cómputo - Término de caducidad

Teniendo en cuenta que el daño imputado por el demandante ocurrió el 27 de noviembre de 2007, que obra en el expediente la constancia de conciliación fallida de fecha 7 de septiembre de 2009 y que la demanda se presentó el 1º de diciembre de 2009, se puede establecer que no operó la caducidad de la acción de reparación directa, toda vez que la demanda se impetró dentro del plazo de dos (2) años, establecido en el artículo 136-8 del CCA.

ACUERDO CONCILIATORIO - Tránsito a cosa juzgada - Su incumplimiento únicamente puede ser alegado a una de las partes

La Sala no puede aceptar que Qumram Asociados Ltda sea la entidad imputada como legitimada material por pasiva, es decir, como responsable de un daño causado por una actividad supuestamente propia e independiente del acuerdo conciliatorio, toda vez que su participación en los hechos fuente del daño que imputó el demandante, la adelantó como miembro del equipo desarrollador contratado por la OEI y por tanto, por cuenta de esa entidad, que –se repite- era la que estaba tratando de cumplir con las obligaciones contenidas en la conciliación que puso fin al proceso arbitral por las diferencias surgidas ente el ICA y la OEI, frente a la no entrega oportuna del software a que se refirió el Convenio 034 de 2001.En otras palabras, la OEI era la entidad obligada frente al ICA, en el referido convenio y en el acuerdo conciliatorio, con independencia de que para cumplir hubiera celebrado ciertos acuerdos, como el de extender el subcontrato 1092 de 2002, para comprometer a Qumram Asociados Ltda frente a la OEI, en términos y condiciones similares a las que se pactaron en la conciliación celebrada entre el ICA y la OEI. Se agrega que el acuerdo conciliatorio, con fundamento en el cual se terminó el proceso arbitral, tiene fuerza de cosa juzgada entre las partes, de manera que las acciones relacionadas con su incumplimiento debían ser impetradas contra la OEI.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Acta de compromiso - Naturaleza y contenido

De la lectura del texto del acta compromiso se confirma que Qumram Asociados Ltda la suscribió en calidad de contratista de la OEI, por virtud del contrato de prestación de servicios 1092 de 2002, es decir, como subcontratista de esa entidad, en relación con el objeto del Convenio 034 de 2001 celebrado por la OEI. Igualmente, se advierte que la OEI suscribió el acta compromiso del contrato de prestación de servicios 1092 de 2002, con el fin de incorporarla como anexo del acuerdo conciliatorio celebrado con el ICA, lo que permite reafirmar que fue la OEI y no Qumram Asociados Ltda, la entidad que se obligó como parte del Convenio 034 y del proceso arbitral que terminó por conciliación y, por tanto, la responsable y real ejecutora de ese acuerdo conciliatorio. Ello era así con independencia de que para lograr su cumplimiento la OEI hubiera desplegado actividades específicas como la de extender el subcontrato en similares términos y condiciones a los que se obligó por virtud de la conciliación. (…) En este orden de ideas, la entidad responsable de cumplir con los ajustes al sistema y de entregar en los plazos acordados era y siguió siendo la OEI frente al ICA, de conformidad con el acuerdo conciliatorio que celebraron para poner fin a las diferencias por razón del Convenio 034 de 2001, cuyo objeto fue la implementación del sistema de información integral del ICA.

DAÑO - Causal - Criterios para la reparación directa

Ahora bien, en tratándose de la acción de reparación directa, es preciso tener en cuenta que la causa del daño es el criterio que marca la selección de la acción, así como también, se precisa que ese daño debe ser atribuido al demandado para que exista la legitimación material en la que se soporte la responsabilidad y la condena correspondiente en su contra.

DAÑO ANTIJURÍDICO - Perjuicios - Ocasionados a la administración por el subcontratista

Del texto anterior y de su equivalencia con lo pactado en el acuerdo conciliatorio, se puede reafirmar –una vez más- que el compromiso y la actividad de Qumram Asociados Ltda se adelantaron siendo esa sociedad una parte del equipo desarrollador contratado por la OEI y que, por tanto, los hechos de incumplimiento que narra el demandante no tienen una connotación extracontractual, ni pueden verse como un hecho dañoso independiente de la actividad que se estaba realizando, precisamente para cumplir con el referido acuerdo conciliatorio. En este orden de ideas, la entidad responsable de cumplir con los ajustes al sistema y de entregar en los plazos acordados era y siguió siendo la OEI frente al ICA, de conformidad con el acuerdo conciliatorio que celebraron para poner fin a las diferencias por razón del Convenio 034 de 2001, cuyo objeto fue la implementación del sistema de información integral del ICA.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - No se acredito

Se puntualiza que tampoco se configuran en este caso los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual previstos en el artículo 2341 del Código Civil que se buscó hacer valer por parte del ICA, toda vez que el actuar supuestamente causante del daño procedía de la OEI y tuvo origen en un convenio contractual de esa entidad frente al ICA y, por ello, habría ocurrido frente al incumplimiento del acuerdo conciliatorio correspondiente. Por todo lo anterior, se concluye que respecto de Qumram Asociados Ltda no procede una condena por la responsabilidad material en el daño que el ICA invocó.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00989-01(48388)**

**Actor: INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO - ICA**

**Demandado: QUMRAM ASOCIADOS LIMITADA**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN REPARACIÓN DIRECTA**

**TEMAS**: FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL POR PASIVA – del subcontratista de la entidad responsable del incumplimiento, con la que se ha celebrado conciliación.

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 11 de abril de 2013, en la que se dispuso:

*“****PRIMERO****:* ***Inhíbese*** *la Sala para resolver de fondo el asunto sometido a su conocimiento por indebida escogencia de la acción, en los términos establecidos en este fallo”.*

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 1º de diciembre de 2009[[1]](#footnote-1), el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA[[2]](#footnote-2), en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas[[3]](#footnote-3) contra la sociedad Qumram Asociados Ltda:

*“****PRIMERA****: Que se declare patrimonial y extracontractualmente responsable a QUMRAM ASOCIADOS LTDA miembro del Consorcio GX Consultoría Colombiana por el perjuicio ocasionado al INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO ICA, como consecuencia del comportamiento omisivo y culposo, consistente en la no realización de actividades programadas y la realización deficiente, negligente e incompleta de los desarrollos y ajustes para la integración e implementación en debida forma del Sistema de Información Integral del ICA.*

*“****SEGUNDA****: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a pagar a QUMRAM ASOCIADOS LTDA miembro del Consorcio GX Consultoría Colombiana, la totalidad de los perjuicios sufridos por mi poderdante por el perjuicio ocasionado.*

*“****TERCERA****: Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha en que debió realizarse el pago hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.*

*“****CUARTA****: Que la condena aquí impuesta se cumpla en los términos del artículo 177 del C.C.A.*

*“****QUINTA****: Que se condene a la Entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen por el trámite del presente proceso”.*

El ICA estimó el proceso como de mayor cuantía *“por cuanto los daños ocasionados superan los QUINIENTOS (500) SMLMV”*[[4]](#footnote-4)*.*

**1.2. Los hechos**

En el escrito de demanda, la parte actora narró los hechos, que se resumen a continuación:

**1.2.1.** El 27 de junio de 2001, entre el ICA y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación la Ciencia y la Tecnología – OEI[[5]](#footnote-5), se suscribió el convenio especial de cooperación distinguido con el número CN-034 de 2001, cuyo objeto fue la cooperación mutua para implementar el sistema de información integral del ICA. Bajo el marco del citado convenio, la OEI celebró los contratos 0511 y 1092 de 2002 con el Consorcio GX Consultoría Colombiana -en el que la sociedad Qumram Asociados Ltda era miembro-, como desarrollador del sistema integrado de información para el ICA.

**1.2.2.** Después de varias prórrogas y adiciones, el Convenio Especial de Cooperación CN-034 de 2001 expiró el 30 de abril de 2004, momento en el que todavía no estaba implementado el sistema integrado de información en el ICA.

**1.2.3.** El ICA convocó un Tribunal de Arbitramento, de conformidad con la cláusula compromisoria pactada en el Convenio Especial de Cooperación CN-034 de 2001, ante el cual presentó demanda arbitral contra la OEI. El 15 de marzo de 2007, luego de contestada la demanda, la OEI y el ICA celebraron un acuerdo de conciliación. El acuerdo conciliatorio fue aprobado por el Tribunal de Arbitramento, integrado por un árbitro único, según consta en Acta No. 9 del 27 de abril de 2007[[6]](#footnote-6), que se allegó al plenario, con la cual se dio por terminado el proceso arbitral.

**1.2.4.** Según advirtió el demandante, las partes del acuerdo conciliatorio allegaron los siguientes documentos anexos al mismo: el acta de liquidación del convenio de cooperación[[7]](#footnote-7), los documentos contentivos de las actas del comité de conciliación del ICA y el acta de compromiso del contrato 1092 de 2002 suscrita entre la OEI y Qumram Asociados Ltda, para que el desarrollador cumpliera con los ajustes referidos a la integración e implementación del sistema en debida forma[[8]](#footnote-8).

**1.2.5.** En el acuerdo conciliatorio celebrado entre el ICA y la OEI se estableció que las obligaciones que quedaban pendientes serían cumplidas en un plazo máximo que no podía exceder de siete (7) meses, contados a partir de la aprobación del mismo. Dicho plazo expiró el 27 de noviembre de 2007, sin que se hubiera cumplido con la implementación del sistema.

**1.2.6.** Según afirmó el ICA en el acuerdo compromiso que suscribió con la OEI, se dispuso que Qumram Asociados Ltda realizaría los desarrollos y ajustes requeridos dentro del término previsto en el acuerdo de conciliación -que puso fin al proceso arbitral-. El ICA narró que, finalmente, y a pesar del seguimiento y los requerimientos que le hizo, Qumram Asociados Ltda no implementó el sistema y, por ello, le causó perjuicios.

**1.2.7.** El demandante relató que a partir del acuerdo conciliatorio, celebrado entre el ICA y la OEI, se desarrollaron dos etapas con la participación directa de Qumram Asociados Ltda, de acuerdo con lo acreditado en las actas de seguimiento del respectivo proyecto.

En la primera etapa de ejecución del acuerdo conciliatorio, transcurrida durante los meses de mayo, junio y julio de 2007, el desarrollador pidió un ajuste del cronograma y presentó un documento de planificación correspondiente a la fase I, relacionada con los entregables.

De acuerdo con la apreciación del ICA, en las reuniones celebradas con los usuarios del sistema, se evidenció la falta de dominio, conocimiento, planeación y manejo por parte del desarrollador, además de que aplazaba o cancelaba las reuniones a última hora.

En reunión de seguimiento del acuerdo conciliatorio, celebrada el 5 de junio de 2007, Qumram Asociados Ltda reconoció los atrasos y manifestó que se debían a problemas en su equipo de trabajo y sus técnicos, no obstante lo cual, indicó que no se afectaría el tiempo establecido.

La segunda etapa del acuerdo conciliatorio celebrado entre el ICA y la OEI, consistente en la implementación y pruebas del sistema, no se llevó a cabo por parte del desarrollador. Según afirmó el ICA, Qumram Asociados Ltda instaló algunos módulos no aprobados por los usuarios, por estar incompletos y defectuosos, de tal manera que no pudieron ser utilizados por el ICA. En las reuniones de seguimiento del referido acuerdo conciliatorio, el ICA requirió a Qumram Asociados Ltda para que cumpliera con las observaciones y le advirtió que lo instalado distaba mucho de tener las características necesarias para cumplir con el mínimo del proyecto.

Destacó el demandante que, en reunión del 5 de septiembre de 2007, el desarrollador reconoció el retraso y la imposibilidad de cumplir en el plazo previsto[[9]](#footnote-9).

**1.2.8.** Finalmente, narró el ICA que en la reunión de seguimiento del acuerdo conciliatorio, celebrada el 19 de noviembre de 2007, la OEI manifestó que el desarrollador dilató el cumplimiento del cronograma desde su inicio y reconoció que era imposible insistir en la entrega del sistema.

**1.2.9.** Con fundamento en los distintos informes y memorandos internos, el equipo técnico del ICA consideró que prolongar la situación era perjudicial para la entidad, lo cual quedó consignado en el informe final entregado por el grupo de tecnologías de información con fecha 27 de noviembre de 2007.

**1.2.10.** El ICA destacó que Qumram Asociados Ltda no entregó el sistema de información y que ni siquiera presentó un sistema técnicamente integrado y estable.

Puntualizó que este *“hecho ha generado al ICA cuantiosos perjuicios consistentes en las sumas entregadas para el desarrollo del sistema de Información, dado que sin la integración y desarrollo no pueden usarse el software y hardware adquiridos. Igualmente sí ha generado perjuicios, derivados del retraso tecnológico de la entidad, ocasionados por la imposibilidad de poner en marcha el SIICA”[[10]](#footnote-10).*

**2. Actuación procesal**

**2.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de 29 de enero de 2010[[11]](#footnote-11).

**2.2.** A solicitud del ICA, en atención a que la sociedad demandada no funcionaba en la dirección registrada en el certificado de existencia y representación legal, que allegó, se ordenó el emplazamiento, surtido el cual se designó curador *ad litem* para la representación de Qumram Asociados Ltda. El curador *ad litem* fue notificado de la demanda, en forma personal, el 11 de octubre de 2010[[12]](#footnote-12); sin embargo, no presentó la contestación respectiva.

**2.3.** Mediante auto de 21 de enero de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó las pruebas solicitadas por la parte demandante[[13]](#footnote-13), entre ellas, las documentales, contentivas del acuerdo conciliatorio entre el ICA y la OEI – con el cual se puso fin al proceso arbitral- el acta de liquidación del convenio de cooperación CN 034 de 2001 celebrado entre el ICA y la OEI, el acta compromiso del contrato 1092 de 2002, suscrita entre la OEI y Qumram Asociados Ltda y las actas de seguimiento del acuerdo conciliatorio, contentivas de las reuniones adelantadas en el ICA. Igualmente, el Tribunal *a quo* decretó el dictamen pericial, que fue solicitado para establecer la funcionalidad y utilidad de los archivos correspondientes al sistema de información y el *“costo de la puesta en funcionamiento del mismo”*[[14]](#footnote-14).

**2.4. La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió sentencia el 11 de abril de 2013, en la cual declaró se inhibido por la indebida escogencia de la acción.

El Tribunal *a quo* advirtió lo siguiente[[15]](#footnote-15):

*“En el caso concreto, se observa que la entidad actora demanda por el incumplimiento de unas obligaciones que estaban contenidas en un título ejecutivo – esto es la conciliación- y cuya inobservancia le generaron unos perjuicios, por tal razón y dadas las pretensiones de la demanda, como quiera que solicita el pago de unos perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación, la acción procedente era la ejecutiva, ello con fundamento en el artículo 493 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época de los hechos (…).*

*“De igual forma, la Sala concluye que la acción de reparación directa no era la procedente en este caso para demandar unos perjuicios causados al ICA, pues de acuerdo con la naturaleza y concepción bajo la cual fue estructurada esta acción, la misma se encamina a permitirle a los particulares demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo los daños y perjuicios que consideren les han sido causados por la acción u omisión de las entidades públicas, en este sentido es reiterada [la] jurisprudencia, en el sentido de afirmar el Consejo de Estado que el origen del daño que se predica en la reparación directa se deriva de una causa imputable al Estado”[[16]](#footnote-16).*

**2.5. El recurso de apelación**

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia el 3 de julio de 2013 y sustentó su recurso en el mismo escrito.

Afirmó que, independientemente de que la *“causa subyacente”*, por la que a la postre se estableció la relación extracontractual, hubiese sido lo consignado en el acta de conciliación suscrita entre el ICA y la OEI, *“es lo cierto que con su comportamiento QUMRAM causó al ICA el daño antijurídico que debe ser reparado*”[[17]](#footnote-17).

La apelante se fundó en el artículo 2341 del Código Civil y se refirió en detalle a los elementos generadores de la responsabilidad extracontractual –hecho, culpa, nexo causal y daño-, los cuales indicó que se configuraron respecto de la actuación de Qumram Asociados Ltda.

Destacó que en el acta de liquidación del 15 de marzo de 2007 – suscrita entre el ICA y la OEI, se estableció que los ajustes para lograr la puesta en funcionamiento del sistema serían realizados por el desarrollador. Reafirmó que *“la causa adecuada, determinante de la producción del daño, fue el comportamiento del desarrollador QUMRAM”*[[18]](#footnote-18).

La parte apelante concluyó:

*“Conforme a lo anterior y al margen de que las obligaciones contractuales de entrega del sistema integrado de información al ICA se hubiesen encontrado en cabeza de la OEI de acuerdo con el convenio de Cooperación No. 034-2001 y por lo que, a juicio del Tribunal se encontraba viable la promoción de la acción ejecutiva; constituye igualmente verdad insoslayable, que el desarrollador del proyecto QUMRAM, generó con su comportamiento graves perjuicios a la demandante; sin que en nuestro criterio sea atendible el argumento de que la acción incoada por el ICA en el presente caso, esto es, la de la reparación directa, sea procedente exclusivamente cuando el daño es imputable al Estado; razonamientos esos por los que se solicita del H. Consejo de Estado, se revoque la decisión impugnada y se ordene al a quo, emitir el fallo que en derecho corresponde; huelga decir, que se declare patrimonial y extracontractualmente la responsabilidad del demandado, como consecuencia de su comportamiento omisivo y culposo (…)”[[19]](#footnote-19).*

**2.6.** El recurso de apelación fue admitido en el Consejo de Estado, mediante auto de 23 de septiembre de 2013. En los alegatos de segunda instancia, el ICA reiteró los argumentos de la apelación.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

**1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción Competente**

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de la acción impetrada, toda vez que la demanda se presentó en ejercicio del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por parte de una entidad estatal, esto es, el Instituto Colombiano Agropecuario - ICA, para obtener la reparación del daño que le habría causado la sociedad demandada.

El Código Contencioso Administrativo disponía:

*“Artículo 86 C.C.A. La persona interesada podrá demandar directamente* ***la reparación del daño*** *cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos* ***o por cualquiera otra causa****.*

*“Las entidades públicas deberán promover* ***la misma acción*** *cuando resulten condenadas (….), o* ***cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular*** *o de otra entidad pública”* (la negrilla no es del texto).

Con fundamento en la norma citada, la Sala advierte que se debe aceptar la interpretación de la parte actora acerca de la jurisdicción competente para conocer de las acciones de reparación directa incoadas por entidades del Estado contra particulares, toda vez que la demanda se presentó el 1º de diciembre de 2009, en vigencia del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por la Ley 446 de 1998 y la Ley 1107 de 2006, bajo las cuales se daba cabida a un criterio orgánico para la determinación de la jurisdicción competente.

De acuerdo con esas leyes, puede interpretarse el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo en el sentido de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo era competente para conocer de las controversias por daños antijurídicos, tanto en las acciones contra el Estado, como en aquellas que el Estado incoara contra particulares, *por cualquier causa*.

Para apoyar lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el artículo 86 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.) se originó antes de la consagración explícita de la responsabilidad del Estado en el artículo 90 de la Constitución Política y, por tanto, la acción prevista en el CCA no podía entenderse acotada a los casos de responsabilidad del Estado, toda vez que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, con las modificaciones introducidas por las Leyes 446 de 1998 y 1107 de 2006, vino a incorporar un criterio orgánico -en atención a la presencia de una entidad pública en la controversia- como base para definir el alcance de la jurisdicción.

**1.2. Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la demandante estimó la cuantía por daños que superan los 500 SMLMV[[20]](#footnote-20), valor que se corresponde con el exigido para que un proceso de reparación directa, iniciado en el año 2009, tuviera vocación de doble instancia[[21]](#footnote-21).

**1.3. Caducidad**

Teniendo en cuenta que el daño imputado por el demandante ocurrió el 27 de noviembre de 2007, que obra en el expediente la constancia de conciliación fallida de fecha 7 de septiembre de 2009 y que la demanda se presentó el 1º de diciembre de 2009[[22]](#footnote-22), se puede establecer que no operó la caducidad de la acción de reparación directa, toda vez que la demanda se impetró dentro del plazo de dos (2) años, establecido en el artículo 136-8 del CCA.

**2. Legitimación por pasiva**

**2.1. La falta de legitimación material**

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en casos como el presente, es conveniente distinguir entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa[[23]](#footnote-23).

La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta a través de la demanda, de manera que quien demanda a otro y como apoyo*“le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la pretensión, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva después de la notificación del auto admisorio de la demanda*”[[24]](#footnote-24).

Por su parte, la legitimación material en la causa corresponde a la participación real de los sujetos procesales en los hechos que originan la presentación de la demanda.

Esta Subsección ha observado:

*“En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra”[[25]](#footnote-25).*

Ahora bien, en tratándose de la acción de reparación directa, es preciso tener en cuenta que la causa del daño es el criterio que marca la selección de la acción, así como también, se precisa que ese daño debe ser atribuido al demandado para que exista la legitimación material en la que se soporte la responsabilidad y la condena correspondiente en su contra.

En este caso, en la demanda se invocó como fuente del daño la actuación culposa de un particular, Qumram Asociados Ltda, respecto de quien se pretendió afirmar un hecho dañoso, consistente en una actividad por cuenta propia, en su gestión de prestación de servicios, que fue señalada como causa -directa y autónoma- del daño frente al ICA, en forma independiente del acuerdo conciliatorio celebrado entre el ICA y la OEI.

Sin embargo, para efectos de la legitimación material por pasiva, el ICA no podía pasar por alto que Qumram Asociados Ltda obraba como subcontratista de la OEI y dentro del marco de la conciliación que celebró con la OEI, por virtud de la cual se dio terminación al proceso arbitral que precisamente se ventiló entre el ICA y la OEI.

Las pruebas acreditan la condición de la OEI como parte obligada por el acuerdo de conciliación, así:

**El acta de liquidación** del Convenio de Cooperación 034 de 2001 fue suscrita el 15 de marzo de 2007[[26]](#footnote-26), entre el ICA y la OEI, y en dicha liquidación las referidas partes consideraron y acordaron lo siguiente (se transcribe en forma textual, incluso con errores):

*“(…).*

*“5. Que en ejecución del convenio 034-2.001 y de común acuerdo entre las partes, se suscribieron los Contratos Nos. 0511-02 y 1092 de 2002 con el Consorcio GX, los cuales a la fecha presentan un saldo por ejecutar por valor de OCHENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE ($85’895.650,00).*

*“6. Que actualmente cursa un proceso arbitral en el centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

*“7. Que las partes han llegado a un Acuerdo Conciliatorio para poner fin a sus diferencias.*

*“8. Que teniendo en cuenta lo estipulado en la cláusula décima quinta del convenio, en la eventualidad en que al momento de liquidar el convenio quedare pendiente alguna actividad de alguna de las partes, esta se recogerá en el acta y se preverá en un plazo de cumplimiento o los derroteros a seguir en caso de incumplimiento, y estando pendiente por parte del* ***equipo desarrollador******de la OEI*** *los ajustes finales para la implementación y puesta en marcha en debida forma del sistema, y teniendo presente el acta como un anexo del acuerdo conciliatorio tendiente a dar por terminado el proceso arbitral mediante Conciliación Judicial, las partes dejan pendiente la realización de los ajustes para la integración e implementación del sistema y así lograr la liquidación definitiva del Convenio.*

*“De conformidad con lo anterior las partes de común acuerdo proceden a liquidar el Convenio de Cooperación No. 034-2001, así:*

*“****CLAÚSULA PRIMERA****. Liquidar el Convenio de Cooperación No. 034-2001 el cual presentó la siguiente EJECUCION:*

|  |  |
| --- | --- |
| *“Valor total del convenio* | *$2.086’422.400,00* |
| *“Valor entregado a la OEI* | *$2.082’422.400,00* |
| *“Saldo comprometido* | *$93’828.434,90* |
| *“Valor ejecutado* | *$1.992’593.965,10* |

*“****CLAÚSULA SEGUNDA****. La OEI cancelará al consorcio GX la suma de OCHENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE ($85’895.650,00), una vez haya hecho los ajustes con cargo a los Contratos No. 0511-02 y 1092-02, previo recibo a satisfacción por parte del ICA y de conformidad con el acuerdo conciliatorio del cual la presente acta es un anexo.*

*“****CLÁUSULA TERCERA****. La OEI reintegrará al ICA el remanente que quedare del Convenio, dentro de los quince días hábiles al recibo a satisfacción de los ajustes pendientes, una vez el ICA informe a la OEI por escrito el número de la cuenta donde deben ser consignados dichos recursos.*

*“****CLÁUSULA CUARTA****. Teniendo en cuenta que de conformidad con la cláusula décima quinta del convenio, en la eventualidad en que al momento de liquidar el convenio quedare pendiente alguna actividad de alguna de las partes, esta se recogerá en el acta y se preverá en un plazo de cumplimiento o los derroteros a seguir en caso de incumplimiento.* ***Las partes por medio de este instrumento, estando pendiente por parte del equipo desarrollador de la OEI los ajustes finales*** *para la implementación y puesta en marcha el sistema, y teniendo la presente acta como un anexo del acuerdo conciliatorio al que han llegado siendo clara su intención de terminar amigable y directamente la relación jurídica contractual existente mediante Conciliación Judicial, procedemos a liquidar el Convenio 034-2001, sus adendos, adiciones y prórrogas, remitiendo al texto del acuerdo conciliatorio lo referente a los ajustes finales pendientes.*

*“****CLÁUSULA QUINTA****. La presente acta de liquidación requiere para su perfeccionamiento la firma de las partes, y se entenderá que las partes se declaran a paz y salvo una vez cumplido a satisfacción el acuerdo conciliatorio del cual hace parte la presente acta, con la presentación al Tribunal de Arbitramento pactado, del documento suscrito por las partes mediante el cual se acredite la implementación adecuada del sistema de información en los términos descritos y la declaración de Paz y Salvo por todo concepto derivado del Convenio de Cooperación No. 034-2001”* (la negrilla no es del texto).

.

En el documento titulado“**ACUERDO CONCILIATORIO** **ICA - OEI**”, suscrito entre los representantes de esas dos entidades, allegado al plenario sin fecha[[27]](#footnote-27), se consideró y acordó lo siguiente (se transcribe en forma textual, incluso con errores):

* *“Que en ejecución del convenio 034-2.001 y de común acuerdo entre las partes, la OEI suscribió los Contratos Nos. 0511-02 y 1092 de 2002 con el Consorcio GX, en adelante el Desarrollador que a la fecha presentan un saldo por ejecutar por valor de* ***OCHENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE ($85’895.650,00).***
* *“Que la suma no ejecutada por valor de* ***OCHENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE ($85’895.650,00)*** *será destinada a la realización de los ajustes para la puesta en marcha del sistema de información, como más adelante se detallará.*
* *“Que está pendiente realizar algunos desarrollos y ajustes para la integración e implementación en debida forma del sistema.*
* *“Que las partes manifiestan, en aras de evitar la confrontación judicial, su intención de ajustar el sistema partiendo de las necesidades actuales del Instituto.*

*“(…).*

*“En atención a las anteriores consideraciones, las partes aquí reunidas llegamos a un Acuerdo Conciliatorio para poner a consideración del señor árbitro, respecto de las pretensiones solicitadas en la Demanda Arbitral, el cual puede resumirse así:*

*“De conformidad con la cláusula DÉCIMA QUINTA del Convenio Especial de Cooperación No. CN-034 -2001 a su terminación se procederá a su liquidación, la cual constará en acta suscrita por las partes, en la cual se reflejen los valores correspondientes, soportados en el último extracto de la cuenta del convenio y en caso de quedar remantes se efectuará el respectivo desembolso por parte de la OEI al ICA. Así mismo se indica textualmente: ‘en la eventualidad en que al momento de liquidar el convenio, quedare pendiente alguna actividad de alguna de las partes, esta se recogerá en el acta y se preverá un plazo de cumplimiento o los derroteros a seguir en caso de incumplimiento’.*

*“Que de acuerdo con la cláusula citada, está pendiente por parte del* ***desarrollador contratado por la OEI*** *ejecutar los desarrollos y ajustes para la implementación y puesta en marcha en debida forma, para lo cual las partes hemos acordado ajustar finalmente algunas de las obligaciones y liquidar por mutuo acuerdo el convenio, sus adendos, adiciones y prórrogas, mediante acta de liquidación que hace parte integral del presente acuerdo y que se anexa. No obstante* ***el acuerdo de ajustes finales se dejará plasmado en este documento y de él se hará remisión en el acta de liquidación por mutuo acuerdo****. Como consecuencia de la liquidación por mutuo acuerdo, el desarrollador realizará los desarrollos y ajustes requeridos para la puesta en marcha del sistema (…).*

*“CLÁUSULAS*

*“PRIMERA. Consideraciones técnicas a tener en cuenta durante la implementación de los ajustes.*

*“Como parte de la planeación* ***la OEI a través del desarrollador, deberá*** *elaborar los siguientes documentos (…) 3. ENTREGA Y PUESTA EN MARCHA (….) 4. REQUISITOS DEL SISTEMA (…).*

*“SEGUNDA. Plazo.*

*“Las partes entienden que las obligaciones contempladas en el presente acuerdo habrán de ejecutarse en atención a las entregas pactadas en el cronograma de trabajo anexo, dentro de un plazo máximo que no podrá exceder de siete (7) meses contados a partir de la aprobación por parte del árbitro y del Ministerio Público del presente acuerdo conciliatorio y de conformidad con el cronograma de trabajo anexo.*

*“TERCERA. Valor.*

*“Las partes entienden que por tratarse* ***de ajustes al resultado de las obligaciones del convenio inicial****,* ***y como parte de las obligaciones objeto de esta Conciliación****,* ***la OEI a través del desarrollador*** *acometerá las actividades descritas en este documento con los recursos no ejecutados que hoy se encuentran en su poder y por tanto el ICA no asumirá costo adicional alguno, distinto al saldo por ejecutar en poder de la OEI:*

*“(…).*

*“SEXTA. Anexos*

*“Forman parte integral del presente acuerdo conciliatorio, el Cronograma contentivo de las actividades para la realización de los ajustes, el Acta de Liquidación del convenio CN-034.2001 y el documento de compromiso suscrito entre la 0EI y el Consorcio GX (desarrollador*)”[[28]](#footnote-28) (la negrilla no es del texto).

En el **Acta No. 9 de 27 de abril de 2007**, dentro del proceso arbitral del ICA contra la OEI, con presencia de los apoderados de las partes y el concepto favorable del Ministerio Público, se aprobó el acuerdo conciliatorio antes descrito.

En dicha acta se destacan las siguientes consideraciones y la consecuente aprobación del acuerdo conciliatorio, así:

*“4. Las bases del acuerdo conciliatorio.*

*“Las partes han acordado, con base en la cláusula décimo quinta del Convenio. la liquidación del mismo, tal como consta en el acta de liquidación adjunta. De igual manera y teniendo en cuenta que quedan algunas actividades pendientes para el cumplimiento del objeto del Convenio, se acordó que el equipo desarrollador contratado por la OEI realizará los ajustes finales para la implementación y puesta en marcha en debida forma del sistema en un plazo de siete (7) meses, contados a partir de la aprobación del acuerdo por parte del Tribunal de Arbitramento y del Ministerio Público. La ejecución de dichas actividades se llevará a cabo con los recursos no ejecutados que a la fecha se encuentran en poder de la O.E.I. El ICA no asumirá costo adicional alguno, distinto del saldo por ejecutar en poder de la OEI*

*“Por su parte la O.E.I. se compromete a exigir al desarrollador a constituir a favor del ICA una póliza de cumplimiento por el 20% del saldo pendiente por ejecutar.*

*“Con el acuerdo se anexaron*

*“1. Acta de liquidación del Convenio CN-034-2001*

*“2. Actas No. 005 y 007 del Comité de Conciliación del ICA*

*“3. Informe técnico jurídico.*

*“4. Copia de la Póliza de Cumplimiento*

*“5. Acta de Compromiso celebrada entre la OEI y el Consorcio GX junto con el cronograma de actividades.*

*“El acuerdo conciliatorio en su totalidad, así como sus anexos se incorporan al expediente.*

*“(…).*

*“****10. Mérito ejecutivo del acta de conciliación y su auto aprobatorio****,*

*“Dado que en el acuerdo conciliatorio se establecen obligaciones a cargo de la O.E.I. y a favor del ICA, el acta correspondiente y la providencia aprobatoria prestan mérito ejecutivo (art 66 Ley 446 de 1998). Por secretaria se hará constar esta circunstancia en las copias que se entregaron a la parte convocante como resultado de la aprobación que se imparte a la conciliación en esta audiencia (art 115 No 2, C de P.C.).*

*“Con base en las anteriores consideraciones , el Tribunal*

*“****RESUELVE****:*

*“Primero. Aprobar el acuerdo conciliatorio celebrado el 15 de marzo del presente año entre el Instituto Colombiano Agropecuario I.C.A. y la Organización de Estados Iberoamericanos O.E.I. por razón del Convenio No. 034-2001, así como el acta de liquidación adjunta”.*

De los citados documentos se advierte que Qumram Asociados Ltda participó en las actividades de cumplimiento del acuerdo conciliatorio, como parte del equipo contratado por la OEI, empero, era esta última entidad la que se había comprometido con el ICA a ajustar y entregar el software objeto del Convenio 034 por ella celebrado, obligándose a cumplir en el término de 7 meses por virtud de la conciliación en la que no hizo parte Qumram Asociados Ltda.

Se advierte, también, que en el acuerdo conciliatorio se acordó que la OEI se comprometía a elaborar los documentos técnicos para ajustar los requerimientos del sistema a través del desarrollador, empero, actuando como parte que era del Convenio 034 y de la conciliación aprobada por el Tribunal de Arbitramento, la OEI fue la entidad obligada a cumplir con la entrega y puesta en marcha dentro del plazo pactado en la referida conciliación.

De la misma manera, se acordó que la suma no ejecutada en el convenio, en poder de la OEI, sería el monto máximo que el ICA reconocería por la realización de los ajustes pendientes.´

Por tanto, la Sala no puede aceptar que Qumram Asociados Ltda sea la entidad imputada como legitimada material por pasiva, es decir, como responsable de un daño causado por una actividad supuestamente propia e independiente del acuerdo conciliatorio, toda vez que su participación en los hechos fuente del daño que imputó el demandante, la adelantó como miembro del equipo desarrollador contratado por la OEI y por tanto, por cuenta de esa entidad, que –se repite- era la que estaba tratando de cumplir con las obligaciones contenidas en la conciliación que puso fin al proceso arbitral por las diferencias surgidas ente el ICA y la OEI, frente a la no entrega oportuna del software a que se refirió el Convenio 034 de 2001.

En otras palabras, la OEI era la entidad obligada frente al ICA, en el referido convenio y en el acuerdo conciliatorio, con independencia de que para cumplir hubiera celebrado ciertos acuerdos, como el de extender el subcontrato 1092 de 2002, para comprometer a Qumram Asociados Ltda frente a la OEI, en términos y condiciones similares a las que se pactaron en la conciliación celebrada entre el ICA y la OEI.

Se agrega que el acuerdo conciliatorio, con fundamento en el cual se terminó el proceso arbitral, tiene fuerza de cosa juzgada entre las partes, de manera que las acciones relacionadas con su incumplimiento debían ser impetradas contra la OEI.

**2.2. Naturaleza y contenido del acta compromiso del contrato 1092 de 2002, suscrita entre Qumram Asociados Ltda y la OEI**

En primer lugar, se identifica que el contrato 1092 de 2002 fue suscrito entre la OEI y el Consorcio GX Consultoría Colombiana, del cual era miembro Qumram Asociados Ltda. Se trató de un contrato de prestación de servicios que tuvo el siguiente objeto:

*“La prestación de servicios para el diseño desarrollo, implementación y pruebas, implantación y soporte de los subsistemas de información de insumos agrícolas y pecuarios (….).*

*“Lo anterior, mediante la entrega de la solución de los subsistemas Integrados de información (…) que involucran los diversos desarrollos de programas, procesos y procedimientos que se realizan desde el nivel local, seccional y nacional del ICA (…)[[29]](#footnote-29).*

Ahora bien, el documento titulado “*ACTA COMPROMISO AL CONTRATO No. 1092 DE 2002 CELEBRADO ENTRE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS PARA LA EDUCACIÓN LA CIENCIA Y LA CULTURA -OEI Y EL CONSORCIO GX CONSULTORÍA COLOMBIANA, con cargo al convenio de Cooperación No. 034 OEI – ICA, A.C. No. IC 009018”,* se allegó a este proceso, sin fecha, suscrito por el representante y Director Regional de la OEI y el señor Fernando Cote Ruiz *“en su calidad de representante legal de la firma QUMRAM ASOCIADOS LTDA, la cual hace parte del CONSORCIO GX CONSULTORÍA COLOMBIANA y quien en adelante se denominara la contratista”[[30]](#footnote-30)*.

De la titulación misma se destaca que el acta compromiso contenía un acuerdo entre la OEI y el Consorcio GX Consultoría Colombiana, referido al contrato de prestación de servicios 1092, celebrado entre esas partes.

Este documento fue incorporado como uno de los anexos del acuerdo conciliatorio celebrado entre el ICA y la OEI, ante el Tribunal de Arbitramento, del cual Qumram Asociados Ltda no hizo parte.

De la lectura del texto del acta compromiso se confirma que Qumram Asociados Ltda la suscribió en calidad de contratista de la OEI, por virtud del contrato de prestación de servicios 1092 de 2002, es decir, como subcontratista de esa entidad, en relación con el objeto del Convenio 034 de 2001 celebrado por la OEI.

Igualmente, se advierte que la OEI suscribió el acta compromiso del contrato de prestación de servicios 1092 de 2002, con el fin de incorporarla como anexo del acuerdo conciliatorio celebrado con el ICA, lo que permite reafirmar que fue la OEI y no Qumram Asociados Ltda, la entidad que se obligó como parte del Convenio 034 y del proceso arbitral que terminó por conciliación y, por tanto, la responsable y real ejecutora de ese acuerdo conciliatorio. Ello era así con independencia de que para lograr su cumplimiento la OEI hubiera desplegado actividades específicas como la de extender el subcontrato en similares términos y condiciones a los que se obligó por virtud de la conciliación.

Se corrobora lo anterior con fundamento en las consideraciones y acuerdos incorporados en la referida acta compromiso del contrato 1092, en la cual se indicó (se transcribe de manera literal, incluso con errores):

*“CUARTA: Que las partes manifiestan, en aras de evitar la confrontación judicial, su intención de ajustar el sistema partiendo de las necesidades actuales del Instituto* [referido al ICA].

*“TERCERA* [la numeración consecutiva correspondería a la consideración QUINTA]*: Que a efectos de culminar los objetos de los contratos mencionados el Contratista se compromete a realizar las actividades que se enuncian en el presente acuerdo en un término de siete (7) meses.*

*“En consideración a lo anterior las partes ACUERDAN:*

*“CLÁUSULAS:*

*“PRIMERA. Consideraciones técnicas a tener en cuenta durante la implementación de los ajustes.*

*“SEGUNDA. Plazo.*

*“Las partes entienden que las obligaciones contempladas en el presente acuerdo habrán de ejecutarse en atención a las entregas pactadas en el cronograma de trabajo anexo, dentro de un plazo máximo que no podrá exceder de siete (7) meses contados a partir de la firma del presente documento.*

*“TERCERA. Valor.*

*“Las partes entienden que por tratarse de ajustes al resultado de las obligaciones del convenio inicial, y como parte de las obligaciones objeto de este acuerdo,* ***la firma QUMRAM ASOCIADOS LTDA, la cual hace parte del CONSORCIO GX CONSULTORÍA COLOMBIANA*** *acometerá las actividades descritas en este documento con los recursos no ejecutados que hoy se encuentran en con* (sic) *cargo a estos contratos y por tanto la OEI y el ICA no asumirán costo adicional alguno, distinto al saldo por ejecutar en poder de la OEI”[[31]](#footnote-31)* (la negrilla no es del texto).

Del texto anterior y de su equivalencia con lo pactado en el acuerdo conciliatorio, se puede reafirmar –una vez más- que el compromiso y la actividad de Qumram Asociados Ltda se adelantaron siendo esa sociedad una parte del equipo desarrollador contratado por la OEI y que, por tanto, los hechos de incumplimiento que narra el demandante no tienen una connotación extracontractual, ni pueden verse como un hecho dañoso independiente de la actividad que se estaba realizando, precisamente para cumplir con el referido acuerdo conciliatorio.

En este orden de ideas, la entidad responsable de cumplir con los ajustes al sistema y de entregar en los plazos acordados era y siguió siendo la OEI frente al ICA, de conformidad con el acuerdo conciliatorio que celebraron para poner fin a las diferencias por razón del Convenio 034 de 2001, cuyo objeto fue la implementación del sistema de información integral del ICA.

Es más, se destaca que las actas que invocó el demandante como prueba de los hechos y actuaciones que configurarían el daño imputado a Qumram Asociados Ltda se refieren al *“ACUERDO CONCILIATORIO CONVENIO ICA –OEI”*, en las cuales, de acuerdo con su texto, el señor Fernando Cote, representante de Qumram Asociados Ltda aparece participando *“por la OEI”*[[32]](#footnote-32), o como *“Contratista OEI*”[[33]](#footnote-33), esto es, por cuenta de la OEI, en razón de las obligaciones asumidas por esa organización frente al ICA.

En las pruebas se aprecia, de la misma manera, que el ICA se dirigía al señor Fernando Cote, en relación con el plan de gestión del proyecto, “*con el fin de dar cumplimiento a lo estipulado en el Acuerdo”* de conciliación, según da cuenta la correspondencia allegada al proceso[[34]](#footnote-34).

En el mismo sentido, se destaca que en el acta del “*Acuerdo Conciliatorio ICA – OEI”*, correspondientea la reunión denoviembre 19 de 2007, consta que se hizo presente el ingeniero Álvaro Gómez Sabogal, Jefe de Sistemas de la OEI y reconoció la situación de incumplimiento del acuerdo conciliatorio *por parte de la OEI*, así (se transcribe de manera literal, incluso con errores):

*“El ingeniero Gómez añade que el equipo desarrollador les informó que tiene planteado iniciar entregas y pruebas a partir del 27 de noviembre, finalizando en diciembre de 2007, e indica que se ha consultado al departamento jurídico de la OEI y que el mismo ha dicho que no es viable establecer nuevos plazos frente a los términos del Acuerdo Conciliatorio, pues el texto del acuerdo es claro y la fecha de finalización es el 27 de noviembre de 2007”[[35]](#footnote-35).*

Como consecuencia de lo antes anotado, con independencia de la relación jurídica entre la OEI y Qumram Asociados Ltda, y aun estimando que el acta compromiso al contrato 1092 de 2002 tuviera la naturaleza de una transacción entre esos dos particulares, frente a un contrato por ellos celebrado, lo cierto es que en este litigio Qumram Asociados Ltda carece de legitimación material por pasiva frente a la entidad demandante y, por ello, no proceden las pretensiones en su contra, dado que no obraba por cuenta propia y autónoma y, si hubo un daño, el mismo provenía del incumplimiento de la OEI frente al ICA.

Por tanto, no se aceptará la imputación del ICA contra Qumram Asociados Ltda, toda vez que los hechos y las omisiones -que al parecer generaron un daño- colocaban como responsable, en el extremo pasivo de la disputa, a la OEI.

Finalmente, no se comparte la desvinculación con la que se presentan los hechos en el sublite, respecto del acta de liquidación del Convenio 034 lograda por mutuo acuerdo, sin salvedades en cuanto al monto ejecutado, puesto que el demandante concilió con la OEI los términos técnicos y el valor pendiente de pago por los respectivos ajustes al sistema integrado del ICA, de manera que no puede acudir luego, por la vía de la demanda de reparación directa, dirigida, ahora contra Qumram Asociados Ltda, a reclamar el mismo daño, por un valor mayor. Esa observación lleva a reafirmar que no procede encausar la responsabilidad por el daño contra Qumram Asociados Ltda, en relación con la no entrega del software materia de la conciliación realizada con la OEI.

Además, se debe concluir la falta de legitimación por pasiva, teniendo en cuenta que se trata de atribuir a Qumram Asociados Ltda un daño originado en la no entrega del mismo objeto de la conciliación, empero se pretende una condena por el costo total de la implantación del sistema, es decir, un valor mayor del que fue acordado como pendiente entre el ICA y la OEI, con fuerza de cosa juzgada[[36]](#footnote-36).

Se puntualiza que tampoco se configuran en este caso los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual previstos en el artículo 2341 del Código Civil que se buscó hacer valer por parte del ICA, toda vez que el actuar supuestamente causante del daño procedía de la OEI y tuvo origen en un convenio contractual de esa entidad frente al ICA y, por ello, habría ocurrido frente al incumplimiento del acuerdo conciliatorio correspondiente.

Por todo lo anterior, se concluye que respecto de Qumram Asociados Ltda no procede una condena por la responsabilidad material en el daño que el ICA invocó.

**3. Costas**

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998, aplicable en materia de costas en el presente proceso, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas teniendo en cuenta la conducta de las partes. Toda vez que en el *sub lite* ninguna de las partes actuó en forma temeraria, en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena en costas.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia,proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 11 de abril de 2013. En su lugar se dispone:

**1. DECLARAR** la **FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL** de Qumram Asociados Ltda,como obligada por pasiva dentro del presente litigio, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**2.** **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folio 62, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. En adelante se denominará el ICA. [↑](#footnote-ref-2)
3. Se transcribe textualmente, incluso con errores. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 61 de la demanda, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Organismo Internacional de carácter gubernamental. En esta providencia se denominará por su sigla, OEI. [↑](#footnote-ref-5)
6. En la demanda arbitral el ICA pretendía la devolución del saldo girado a la OEI y no ejecutado. En el acta de liquidación que se adjuntó al acuerdo conciliatorio se acordó la cuenta final de la liquidación del Convenio 034 y se dispuso que la OEI cancelaría la suma de $85’895.650, al Consorcio, una vez realizados los ajustes pendientes en el sistema de información (folios 41 a 41, cuaderno 2).

 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 1 a 3, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Acta celebrada *“con el fin de terminar la ejecución del contrato No. 1092-02”*, suscrita entre la OEI y Qumram Asociados Ltda, folios 21 a 29, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 27 de la demanda, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 41 de la demanda, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 71, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 90, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 93, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 61 de la demanda, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Se transcribe textualmente, incluso con errores. [↑](#footnote-ref-15)
16. Citó la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccción A, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 8 de febrero de 2012, radicación número 88001-23-31-000-2000-0001401 (22244), actor: Sociedad Ferrocarriles de San Andrés y Providencia Ltda., demandado: departamento Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina [En dicha sentencia se declaró la ineptitud sustantiva de la demanda de reparación directa, con fundamento en que lo que resultaba pertinente en ese litigio era una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por el departamento]. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 169, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 174, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 176, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 61, cuaderno 1. $496.900 x 500 = $248’450.000. [↑](#footnote-ref-20)
21. La apelación se presentó el 3 de julio de 2013, habiendo entrado a regir, para este caso, la competencia por razón de la cuantía establecida en el C.P.A.C.A., por virtud de lo dispuesto en el artículo 198 de la Ley 1450 de 2011. [↑](#footnote-ref-21)
22. La solicitud de conciliación fue radicada el 21 de mayo de 2009 (folio 357, cuaderno 2), el término se interrumpió hasta el 7 de septiembre de 2009, de acuerdo con la Ley 640 de 2001. [↑](#footnote-ref-22)
23. Véase, por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 26 de abril de 2017, radicación: 25000232600020100081001 (47651), actor: Linde Colombia S.A. antes Aga Fano Fábrica Nacional de Oxígeno S.A., demandado: Ministerio de la Protección Social, acción: reparación directa. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, auto de 16 de marzo de 2017, radicación número: 73001-23-33-000-2015-00450-01(56715), actor: Proyectos Urbanísticos Gutiérrez S.A.S, demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana y otro, referencia: acción de reparación directa. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 31 de octubre de 2007, radicación número: 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503) actor: Sociedad Minera Peláez Hermanos & Cía, demandado: Ministerio de Minas y Energía y otro, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. Ver notas de relatoría sobre otras sentencias relacionadas. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 1 a 3, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 33 a 40, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 39, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-28)
29. Transcripción de la cláusula primera del acta compromiso, toda vez que no obra en el plenario el texto íntegro del contrato 1092 de 2002 (folio 21, cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 21, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 29, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Acta de 25/05/2007, folio 75, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-32)
33. Acta de 5/07/2007, folio 247, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 227 a 229, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 348, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-35)
36. *“Decreto 1818 de 1998.**Artículo 3º****.****Efectos. El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo*”. [↑](#footnote-ref-36)