



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN SOBRE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO No. 001 DE 2017

LA DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVA JURÍDICO de la Alcaldía de Armenia, Quindío, de conformidad con el artículo vigésimo octavo del Decreto Municipal 059 de 2013 y en uso de las facultades otorgadas por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y

CONSIDERANDO:

Que el día 06 de noviembre de 2018, a las diez y cincuenta de la mañana (10:50 am) en el despacho de la directora del departamento administrativo jurídico del municipio de Armenia, ubicado en el Centro Administrativo Municipal - CAM, tercer piso, se reanudó la continuación de la audiencia que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la presencia de DEBBIE DUQUE BURGOS, directora del Departamento Administrativo Jurídico, GUSTAVO ADOLFO PINEDA AGUIRRE, abogado - secretario técnico de la audiencia, DIANA MILENA MARULANDA, líder de cobertura Secretaría de Educación, vía telefónica intervinieron ANGELA GISELL PARRA PATIÑO, abogada apoderada del contratista, VIVIANA MARGARITA PEÑARANDA ROSALES, abogada apoderada de Seguros del Estado S.A.

Que, en la continuación de la audiencia, se dio lectura integral a la Resolución No. 594 del 06 de noviembre de 2018, "POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE SOBRE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO No. 001 DE 2017".

Que la parte resolutoria del acto administrativo, resolvió:

"RESUELVE

ARTICULO 1º. DECLARAR el INCUMPLIMIENTO CONSTITUTIVO DE RECLAMACION DE INCUMPLIMIENTO del CONTRATO DE SUMINISTRO No. 001 del 2017, por los complementos alimenticios tipo almuerzo y complementos AM/PM en distintas instituciones educativas de Armenia, durante los días 13,14,16,17, 21, 24 y 27 de marzo de 2017; 1,2,5,12 y 22 de septiembre de 2017; 3,5,17,18,20,23,24,25,26 y 31 de octubre de 2017; y 10 y 17 de noviembre del año 2017, imputable a la UNIÓN TEMPORAL VIDA QUINDÍO, identificada con el NIT.901.058.226-6, representada por el señor JAVIER CANTILLO ESPAÑA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.082.897.305; cuyos integrantes son:

FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL, identificada con el NIT 806006013 - 7, representada legalmente por el señor LUIS ALBERTO OLIVO ORTEGA, identificado con cédula de ciudadanía número 9.020.938 con un porcentaje de participación del 50%.

CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO E INTEGRACIÓN DE LOS MUNICIPIOS DEL MAGDALENA Y COLOMBIA - CODIMUMAG, identificada con el NIT. 900.094.365-0, representada legalmente por JORGE ALFONSO ECHEVERRI PULGARIN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.032.405.774, con un porcentaje de participación del 50%.

Lo anterior, para efectos de aplicar el numeral 2, artículo 7 de la Ley 80 de 1993, por lo cual, el pago del perjuicio por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO 2º. ORDENAR hacer efectiva la cláusula penal establecida en la cláusula vigésima del contrato por la suma de NUEVE MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$9.064.186.00), en aplicación del principio de proporcionalidad, por lo cual, se explica la tasación:

El 100% VALOR DEL CONTRATO: OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS QUINCE PESOS M/CTE (\$8.327.777.515).

El 10% VALOR DEL CONTRATO: OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS M/CTE (\$ 832.777.751,50)

Proporcionalidad¹:

Número de raciones alimentarias tipo almuerzo y complemento AM/PM dejadas de entregar a los estudiantes en las diferentes instituciones educativas previamente enunciadas en el cuerpo de la parte considerativa, durante las siguientes fechas 13,14,16,17, 21, 24 y 27 de marzo, 1,2,5,12 y 22 de septiembre 3,5,17,18,20,23,24,25,26 y 31 de octubre y 10 y 17 de noviembre del año 2017: TOTAL RACIONES, las cuales son el resultado total de la sumatoria de complementos alimentario tipo almuerzo y complemento alimentario AM/PM en sus rangos R1,R2 y R3, durante las anteriores fechas. (RACIONES NO CERTIFICADAS POR EL SUPERVISOR E INTERVENTOR NI CANCELADAS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA)	36.646 raciones R1, R2 y R3.
Valor número de raciones alimentarios tipo almuerzo y complemento AM/PM dejados de entregar a los estudiantes en las diferentes Instituciones Educativas previamente enunciadas en el cuerpo de la parte considerativa, durante las siguientes fechas 13,14,16,17, 21, 24 y 27 de marzo de 2014, 1,2,5,12 y 22 de septiembre de 2017 3,5,17,18,20,23,24,25,26 y 31 de octubre de 2017 y 10 y 17 de noviembre del año 2017	NOVENTA MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$90.641.858).
Liquidación proporcional: El 10% Cláusula Penal, Este porcentaje es el valor aplicable a las raciones dejadas de entregar por incumplimiento del contratista durante los días 13,14,16,17, 21, 24 y 27 de marzo de 2017; 1,2,5,12 y 22 de septiembre de 2017; 3,5,17,18,20,23,24,25,26 y 31 de octubre de 2017; y 10 y 17 de noviembre del año 2017:	NUEVE MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$9.064.186)

ARTICULO 3º. ORDENAR Hacer efectiva la garantía única de cumplimiento contenida en la Póliza N° 41-44-101186478, expedida por la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A, a favor del Municipio de Armenia frente al siniestro de incumplimiento, dando aplicación a los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007.

ARTÍCULO 4. Por ministerio de la Ley, en relación con los aportes al sistema de seguridad social integral, el representante legal de la entidad contratante o su delegado, al momento de liquidar de mutuo acuerdo o

¹ Las raciones que se describen como no servidas en la ejecución contractual, no fueron certificadas a satisfacción ni pagadas por el interventor y la entidad contratante, respectivamente.



Nit: 890000464-3

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

unilateralmente el contrato estatal, deberá dar cumplimiento al párrafo 2 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, por lo cual, en el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones.

ARTÍCULO 5. *El presente acto administrativo una vez en firme, presta mérito ejecutivo ordenando su pago al contratista y al garante.*

ARTÍCULO 6°. *La presente resolución se entiende notificada en estrados, y contra la presente decisión procede el Recurso de Reposición, el cual deberá interponerse y sustentarse en audiencia.*

ARTÍCULO 7°. *Publicar la presente Resolución para garantizar el principio de publicidad y el debido proceso en la página de contratación www.contratos.gov.co."*

Que una vez notificada en estrados la Resolución No. 594 de 2018, las apoderadas del contratista UNIÓN TEMPORAL VIDA QUINDÍO y de la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A, doctoras ÁNGELA GISELL PARRA PATIÑO y VIVIANA MARGARITA PEÑARANDA ROSALES, respectivamente, interpusieron recurso de reposición en contra del mencionado acto administrativo.

Que, para efectos de garantizar el derecho de defensa de las recurrentes, el despacho suspendió la diligencia, acordando reanudarla el día 09 de noviembre de 2018, con el fin de que las apoderadas analizaran y estructuraran la sustentación del recurso de reposición.

Que el día 09 de noviembre de 2018, siendo las dos y cincuenta de la tarde (2:50 pm) se continua con la diligencia y por vía telefónica las apoderadas del contratista UNIÓN TEMPORAL VIDA QUINDÍO y de la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A, doctoras ÁNGELA GISELL PARRA PATIÑO y VIVIANA MARGARITA PEÑARANDA ROSALES, respectivamente, en uso del derecho de defensa, sustentan el recurso de reposición interpuesto.

Que las sustentaciones del recurso se analizaron IN EXTENSO, no obstante, para efectos de sintetizar la exposición de las doctoras ÁNGELA GISELL PARRA PATIÑO y VIVIANA MARGARITA PEÑARANDA ROSALES, se mencionarán partes de sus intervenciones.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

1. Apoderada Contratista-Unión Temporal Vida Quindío-Ángela Gisell Parra Patiño.

La apoderada comienza por manifestar que existe violación a los Principios Non Bis In Ídem, Buena Fe, Confianza Legítima y Seguridad Jurídica, argumentando que el Departamento Administrativo Jurídico con la Resolución 594 de 2018, está vulnerando el debido proceso a la Unión Temporal Vida Quindío, toda vez que se está investigado de manera indefinida hechos, pero adicionalmente está emitiendo respuesta diferente respecto a la investigación, quedando la UNIÓN TEMPORAL VIDA QUINDÍO expuesta a que el poder punitivo y sancionatorio de la entidad sea utilizado de manera indefinida por hechos investigados, y sancione o llegue a conclusiones que dependan de la voluntad de la entidad, sin la mínima observancia de garantías.

Continúa, sustentando su recurso, respecto al Acto Propio, el Principio de Buena Fe y el deber de cuidado de la Administración, arguyendo que la administración realizó el desembolso de los pagos parciales de que trata el Contrato de Suministro No. 001 de 2017, para los periodos contractuales comprendidos de marzo a octubre de 2017, el cual conforme al contrato, y en consecuencia a la ley, se



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

debían realizar de acuerdo al número de raciones efectivamente entregadas y certificadas, "(...)previa verificación de paz y salvo de pagos al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y ARL) conforme los requerimiento de ley, documentos indispensables para el trámite de la cuenta(...)" (Cláusula Tercera del Contrato de Suministro 001 de 2017).

Igualmente, insta que la Unión Temporal Vida Quindío acreditó mes a mes el cumplimiento de sus obligaciones, anexando los comprobantes del pago de planillas de seguridad social del personal contratado, lo cual resultó claro tanto para la supervisión e interventoría como para la entidad, pues así lo acreditaron habiendo realizado los pagos mensuales que a excepción del último mes se han recibido, por lo anterior, consideró importante mencionar que tal actuar va en contravía del principio de buena fe contractual, y contraria sus actos propios; adicionando que la no verificación de los aportes a seguridad social, debe ser considerada una causal de mala conducta, conforme lo señala el artículo 23 de la ley 1150 de 2007.

Por otro lado, agrega la no valoración por parte de la entidad de todo el material probatorio, debatiendo que los documentos probatorios radicados por parte del contratista en audiencia de descargos, de manera específica las planillas de seguridad social, no fueron tomados en cuenta al momento de una decisión por parte de este despacho.

Señala, que en el caso objeto de litigio no existió perjuicio o daño que conlleve a la responsabilidad civil contractual de la Unión Temporal Vida Quindío, toda vez que esta no recibió pagos por las raciones no entregadas y la entidad no desembolsó el dinero, en consecuencia el patrimonio de la entidad no sufrió detrimento por las raciones no entregadas; de igual forma, manifiesta que así no existiera la obligación de entrar a cuantificar los perjuicios sufridos, la existencia de estos sí deben quedar probados dentro del debate probatorio y del análisis de la resolución en recurso, dedujo que la entidad no realizó ninguna erogación respecto de las raciones presuntamente no servidas; no existiendo un detrimento patrimonial sobre el asunto, que pueda ser exigido por el Municipio mediante la aplicación de la cláusula penal.

Adicionalmente, soporta su recurso argumentando la nulidad del acto administrativo Resolución 594 de 2018 por falsa motivación, lo anterior con fundamento en la sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00060-00, enunciando que:

“

1. La resolución llega a la conclusión ligera de que en el presente caso está probada la culpa contractual del contratista, ignorando la existencia de pagos realizados con base en informes mensuales de la supervisión e interventoría que los autorizan y su misma opinión al mencionar en la resolución que la interventoría y la supervisión son los que certifican el cumplimiento del contratista y que así lo hicieron al proceder con los pagos mensuales.
2. Para legitimar la supuesta facultad de imponer dos veces la cláusula penal por el mismo contrato, la entidad sustentó su posición en un argumento que solo tiene que ver con el valor del amparo asegurado, relacionado únicamente con el contrato de seguro, ignorando lo que al respecto se dijo sobre la naturaleza de la cláusula penal, agregando que si bien, es cierto que el amparo de cumplimiento se puede afectar en más de una oportunidad, esto se debe realizar mediante las figuras o herramientas jurídicas idóneas, que así lo permitan, como por ejemplo en el marco del contrato estatal, mediante la aplicación de multas, toda vez que como se ha venido resaltando y lo ha decantado la jurisprudencia, la cláusula penal no lo admite, ya que esta última se impone con base en un análisis holístico de las obligaciones contractuales y no una por una.”



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

Concluye, realizando un análisis de la naturaleza jurídica de la cláusula penal y cuales nos atañen para el contrato de suministro N° 001-2017.

Consecuente con lo que ha venido sosteniendo la apoderada del contratista en la sustentación del recurso, acota, que no puede desconocerse que el actuar del Funcionario Público que contravenga – como se está manifestando- el principio de responsabilidad, implica la imposición de sanciones de índole disciplinaria, citando el Artículo 35. “ Prohibiciones” de la Ley 734 de 2002.

Última su argumentación, haciendo mención al principio de responsabilidad fiscal, el cual debe entenderse en todas sus manifestaciones, relacionando la Constitución Política de Colombia en su Título X del Organismo de Control, Capítulo 1, Artículo 267, el cual señala que la gestión fiscal es vigilada por la Contraloría General de la República, igualmente señala que tal actividad consiste en el manejo de fondos o bienes de la Nación bien sea en cabeza de la administración o de particulares, la entidad, los funcionarios –en calidad de gestores fiscales- al no respetar el ordenamiento jurídico al que están sometidos, como se ha expuesto; pueden igualmente situarse en el plano de las consecuencias directas de la declaración de Responsabilidad Fiscal.

Solicita:

- **REVOCAR** la resolución 594 del 6 de noviembre de 2018 “Por medio de la cual se decide sobre la declaratoria de incumplimiento del contrato de suministro No. 001 de 2017”.
- **NO SANCIONAR** por ningún concepto a la **UNION TEMPORAL VIDA QUINDÍO**, en lo relacionado con los presuntos incumplimientos indilgados en el oficio DJ-PJU-864 del 24 de abril de 2018.
- Ordenar **EL ARCHIVO DEFINITIVO** de la Actuación Administrativa Sancionatoria adelantada contra la **UNION TEMPORAL VIDA QUINDÍO** por supuestos incumplimientos en el Contrato de Suministro No. 001 de 2017, indilgados en el oficio DJ-PJU-864 del 24 de abril de 2018.
- Como consecuencia de lo anterior, no hacer efectivas las pólizas expedidas por la Compañía **SEGUROS ESTADO** que amparan el contrato en mención.

2. Apoderada Aseguradora-Seguros del Estado S.A- Viviana Margarita Peñaranda Rosales

La apoderada, inicia su impugnación argumentando la Violación de Norma Superior-Imposibilidad de hacer efectiva nuevamente la cláusula penal respecto de un contrato ya declarado en incumplimiento anteriormente, en virtud a que las pretensiones de la entidad al declarar nuevamente el incumplimiento del contrato de suministro No. 001 de 2017, haciendo efectiva por segunda vez la cláusula penal, se hace necesario delimitar su alcance, así como sobre las consecuencias de su aplicación.

Insta que no es claro para el **MUNICIPIO DE ARMENIA** su imposibilidad para declarar el incumplimiento parcial y definitivo en dos oportunidades y consecuentemente aplicar la cláusula penal dos veces.

En fundamento de lo anterior cita la sentencia del **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. SUBSECCIÓN C.** Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E). Bogotá, D.C., ocho (08) de junio de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000- 23-26-000-2007-10170-01(39665) y concluye que:



NIT: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

1. La entidad conoce y está de acuerdo con la definición jurisprudencial citada, según lo manifestado en la Resolución No. 301 de 2017 en su parte motiva, en la cual cita el Concepto emitido por la Sala de Consulta Servicio Civil del Consejo de estado con Radicado No. 1748.
2. No se puede echar de menos que al aplicar la Cláusula Penal (ya sea parcial o totalmente), la entidad está declarando definitivamente el incumplimiento del contrato. De suyo es que se entienda la imposibilidad material de continuar con la ejecución posterior del mismo.
3. Del hecho que exista una declaratoria de incumplimiento definitiva, se desprende que la indemnización obtenida mediante la aplicación de la Cláusula Penal es igualmente definitiva, y debió obedecer a un balance general del contrato ejecutado.
4. Debe tenerse en cuenta la diferencia existente entre la Cláusula Penal y la Multa para concluir y sobre todo entender que, solamente la multa puede imponerse sucesivamente y dentro de la ejecución contractual, con el fin de conminar al cumplimiento de las obligaciones. Contrario a esa sanción, La Cláusula Penal corresponde a una sola y exclusiva imposición, luego de un balance general del contrato, habiendo cuantificado la entidad los perjuicios definitivos sufridos.

Agrega que la Alcaldía de Armenia al haber impuesto la Cláusula Penal Indemnizatoria del Contrato de Suministro No. 001 de 2017, a través de la Resolución No. 301 de 2017, quedaron extintas las obligaciones del Contrato por las cuales pretende nuevamente hacer efectiva la misma Cláusula Penal y al no existir obligaciones pendientes por ejecutar por el contratista, al ya habersele declarado el incumplimiento del contrato en Diciembre de 2017, trae como consecuencia que se deba revocar la Resolución 594 del 6 de noviembre de 2018, por la imposibilidad de declarar el incumplimiento de un contrato que ya había declarado en incumplimiento.

Prosigue con la argumentación de su recurso, alegando la Violación al derecho fundamental de no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, haciendo alusión al artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y al principio de non bis in idem, alegando que la finalidad que este tiene es evitar que un mismo asunto obtenga más de una respuesta de diferentes autoridades judiciales en proceso que tengan identidad de sujeto, objeto y causa.

Siguiendo su línea argumentativa, trae a colación la vulneración al Principio de Buena Fe y la prohibición de ir en contra del acto propio, instando que es la manifestación concreta del principio de buena fe, la que previene que la administración contravenga sus actuaciones precedentes en perjuicio de los particulares y busca que la actuación conserve la debida coherencia y respeto a los compromisos adquiridos, comporta el deber de mantener una coherencia en las actuaciones desarrolladas a lo largo del tiempo, de manera que deviene contraria al principio aludido toda actividad de los operadores jurídicos que no obstante ser lícita, vaya en contravía de comportamientos precedentes que haya tenido la entidad suficiente para generar en los interesados una expectativa.

Adicionalmente destina un acápite a explicar la Cláusula Penal Pecuniaria - Cuantificación de Perjuicios, en el cual cita el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, arguyendo que estas dos normas, deben entenderse concordantes entre sí, y tienen como clara función, delimitar el alcance de las garantías otorgadas en relación con el cumplimiento de los contratos, y que en el caso de la cláusula penal pecuniaria, queda de manera innegable, limitada al monto real de los perjuicios sufridos por la Entidad, como fundamento de este comentario, cita in extenso sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 27 de mayo de 2009, con ponencia de la Dra. Myriam Guerrero de Escobar (Exp. 36600), concluyendo que a la Administración ya no le es dado limitarse a imponer la cláusula penal pecuniaria sin consideración a los perjuicios sufridos, sino que debe por obligación legal impuesta por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 proceder a cuantificarlos.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

Corolario de lo anterior, expresa que aquella afirmación no es una disposición de trámite, ni constituye un estudio como letra muerta impuesto por la ley, sino que tiene un claro objetivo y que solo puede estar referido a limitar la responsabilidad del garante y de la garantía extendida sobre un posible incumplimiento, tal y como claramente lo ha establecido el Consejo de Estado según sentencia citada in extenso, significa que si la Entidad cuantifica sus perjuicios, y pretende imponer o cobrar una garantía superior, estaría claramente generando una situación de enriquecimiento ilícito, prohibida y sancionada por la ley.

Agrega en la sustentación de su recurso, un numeral destinado a la explicación de la limitación de la indemnización al valor real del perjuicio padecido- carácter indemnizatorio del seguro de cumplimiento- Inexistencia del perjuicio pretendido, expresando que, de la lectura de la resolución objeto de recurso, evidenció que los hechos que motivaron esta actuación, consistieron en hechos ocurridos durante la ejecución del contrato.

Por otro lado, consideró menester indicar a la Administración que no todo incumplimiento genera un perjuicio, y que la efectividad de la cláusula penal está limitada al valor real del perjuicio padecido en tratándose de cumplimientos tardíos de obligaciones y que actuar contrario a lo anterior, es decir, hacer efectiva una cláusula penal cuando nos encontramos frente a un contrato 100% ejecutado, desconocería naturalmente el principio indemnizatorio que regula los seguros de daños y dentro de ellos el seguro de cumplimiento, pues únicamente será objeto de reconocimiento el valor del perjuicio efectivamente padecido, encontrando que a la fecha, el MUNICIPIO DE ARMENIA no ha sufrido detrimento patrimonial alguno con ocasión de las obligaciones que se reputan como incumplidos por parte de la UT VIDA QUINDIO.

Concluye su recurso, alegando vulneración al principio de Enriquecimiento sin Causa, el cual prohíbe enriquecerse ilegítimamente a expensas de otro, consagrado normativamente en el artículo 831 del Código de Comercio.

Igualmente, manifiesta que la jurisprudencia colombiana ha utilizado el principio del no enriquecimiento sin causa como base de la responsabilidad patrimonial del Estado cuando se reúnan algunos requisitos tales como el enriquecimiento de la entidad pública y el correlativo empobrecimiento de su contraparte, dando origen a un desequilibrio de los dos patrimonios sin que exista casual legal que lo sustente.

Colofón de lo anterior, la apoderada de Seguros del Estado S.A deduce que existe un claro estudio de la Entidad proporcionando el monto de la cláusula penal pecuniaria y a la garantía que pretende hacer efectiva, el cual sería fuente generadora de un enriquecimiento que no encuentra justificación legal.

Solicita:

- Que se **REVOQUE** integralmente la Resolución No. 594 del 6 de noviembre de 2018.

Que, conforme a lo expuesto en las sustentaciones del recurso de reposición, presentado por las doctoras ÁNGELA GISELL PARRA PATIÑO y VIVIANA MARGARITA PEÑARANDA ROSALES, el despacho estudiará y analizará los siguientes problemas jurídicos:



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

PROBLEMAS JURÍDICOS.

1. ¿La declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal tiene una finalidad sancionatoria o resarcitoria? ¿Constituye una verdadera sanción la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal?
2. ¿Es la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal una cláusula o potestad exorbitante de las entidades públicas? ¿Debe probar la entidad un incumplimiento severo y grave del contrato para declarar el incumplimiento del mismo?
3. ¿Estipulada la cláusula penal pecuniaria en el contrato, debe la entidad estatal cuantificar los perjuicios en la citación que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?
4. ¿Cuáles son los elementos del régimen de responsabilidad objetiva y cuál es la diferencia con el régimen de responsabilidad subjetiva? ¿En la Resolución No. 594 de 2018 se declaró el incumplimiento del contratista bajo un régimen de responsabilidad objetiva?
5. ¿La No entrega de raciones escolares debidamente, generó un perjuicio al Municipio de Armenia?
6. ¿Hacer efectiva la cláusula penal necesariamente termina el negocio jurídico? ¿Cuántas veces puede hacerse efectiva la cláusula penal estipulada en un contrato estatal?
7. ¿Cuál es el alcance de la excepción de contrato no cumplido en materia de contratación estatal? ¿Se reúnen los elementos constitutivos de la excepción de contrato no cumplido en la ejecución del contrato de suministro No. 001 de 2017?
8. ¿Cuál es el alcance del principio de confianza legítima en el ordenamiento jurídico colombiano? ¿Configuran las certificaciones de cumplimiento a satisfacción expedidas para los periodos de marzo a octubre de 2.017; una expectativa legítima susceptible de protección jurídica por parte de la administración municipal – Teoría de los actos propios?
9. Los Hechos que se tuvieron en cuenta para declarar el incumplimiento del contrato de suministro Nro. 01 de 2017 a través de Resolución Nro. 594 de 6 de noviembre de 2.018, ¿Ya habían sido declarados incumplidos en otro acto administrativo emitido por el Municipio de Armenia?
10. ¿El Municipio de Armenia valoró todo el material probatorio allegado por la Unión Temporal Vida Quindío en los descargos, de manera específica las planillas de seguridad social, en la expedición de la Resolución Nro. 594 de 6 de noviembre de 2.018?
11. ¿En qué consiste la falsa motivación en los actos administrativos?
12. ¿Diferencias entre responsabilidad patrimonial y responsabilidad fiscal?
13. ¿La declaratoria del incumplimiento del contrato de suministro Nro. 001-2017, genera enriquecimiento sin causa para el Municipio de Armenia?



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

CONSIDERACIONES DE FONDO.

Conforme a criterio de interpretación de rango constitucional, el fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado².

En tal sentido, los particulares, colaboran con el Estado en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

El argumento precedente tiene total relevancia jurídica, teniendo en cuenta que la suscripción del contrato de suministro N° 001 de 2017, precisamente lo que pretendía era garantizar la prestación de un servicio público a cargo del Estado³ como lo es la operatividad del Programa de Alimentación Escolar (PAE) dentro del sistema público educativo de educación formal a cargo de los Municipios, prestado en las instituciones educativas oficiales, dirigido a **sujetos de especial protección constitucional**, es decir, no se trataba de un simple suministro de alimentos de aquellos que se conoce comúnmente en el tráfico mercantil regulado por el derecho privado.

Por el contrario, se reitera, correspondía a un suministro de alimentación escolar, para garantizar el cumplimiento de un servicio público que tiene su habilitación normativa incluso en normas de rango convencional entre personas jurídicas de derecho público internacional entre las que se encuentra el Estado Colombiano.

Es por esta razón que para el Departamento Administrativo Jurídico de la Alcaldía de Armenia, desde el momento de la citación a audiencia, ha dado relevancia, al marco convencional, constitucional, legal y reglamentario sobre la materia, toda vez, que las citadas normas jurídicas hacen parte integral del contenido prestacional y régimen sustantivo del contrato de suministro N° 001 de 2017.

En tal sentido, se reitera, que la Constitución Política en su artículo 44 consagra la alimentación equilibrada como uno de los derechos fundamentales de los niños y las niñas. Así mismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional "*para dar efectividad*" a los derechos sociales, económicos y culturales de los niños y niñas.

Específicamente con relación a los deberes de los Estados de asegurar alimentos adecuados a las niñas y los niños, y de luchar contra la desnutrición infantil, la Observación General No 15 del Comité de los

² Corte Constitucional, Sentencia C- 713 de 2009

³ LIBRO COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Autor: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA., página 315: "Desde el punto de vista material el servicio público el servicio público como actividad vinculante de la administración pública significa una forma alternativa propia de la concepción francesa de entender el interés general y las responsabilidades públicas frente a la comunidad".



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

Derechos del Niño resalta la importancia de adoptar, en función de cada contexto, medidas encaminadas al cumplimiento por los Estados de sus obligaciones de garantizar el acceso a alimentos inocuos, nutricionalmente adecuados y culturalmente apropiados. Así mismo, el Comité de los Derechos del Niño, recomienda la alimentación escolar *"para garantizar a todos los alumnos acceso a una comida completa al día, algo que, además, puede elevar la atención de los niños en aras del aprendizaje y aumentar la matrícula escolar"*.⁴

Por su parte, el Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, reitera en su artículo 24 el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes *"a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico"*. Así mismo, el numeral 23 del artículo 41 de la misma ley, establece como obligación del Estado el diseño y aplicación de estrategias para la prevención y el control de la deserción escolar y para evitar la expulsión de los niños, niñas y adolescentes del sistema educativo.

En cuanto a la alimentación escolar en particular, es importante resaltar que esta garantía no sólo asegura el derecho de los estudiantes a tener una alimentación adecuada y a crecer en condiciones dignas, sino que contribuye a eliminar una de las barreras de acceso a la educación que con frecuencia se traduce en niveles preocupantes de deserción escolar⁵.

La Ley 1450 de 2011, en su artículo 136, parágrafo 4, estableció que el Gobierno Nacional trasladaría el Programa de Alimentación Escolar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al Ministerio de Educación Nacional. El objetivo señalado por la ley en mención es alcanzar las coberturas universales en el Programa, para lo cual el Gobierno Central, *"trasladará, la orientación, ejecución y articulación del programa, sobre la base de estándares mínimos de obligatorio cumplimiento para su prestación, de manera concurrente con las entidades territoriales"*.

Se debe precisar nuevamente que gran parte de la operatividad del Programa está consagrada en el Decreto único reglamento 1075 de 2015 del sector educación, en el cual, se recogen las disposiciones, orientaciones y reglamentaciones para el SISTEMA EDUCATIVO COLOMBIANO, a su vez, adicionado mediante el Decreto 1852 de septiembre de 2015, aclarando que la reglamentación del Programa de Alimentación Escolar - PAE, establece la Operación, los actores, el seguimiento y monitoreo del PAE.

Además la Resolución No 16432 del 2 Octubre de 2015 determina los Lineamientos Técnicos - Administrativos, los estándares y condiciones mínimas del Programa de Alimentación Escolar, que son de **obligatorio cumplimiento** y aplicación para las entidades territoriales, operadores y todos los actores del programa, en los cuales se encuentran inmersos aspectos como Financiación del PAE, Actores, Responsabilidades y Competencias, Etapas del Programa, Aspectos Alimentarios y Nutricionales (la minuta patrón y ciclos de menú que deben ser incorporados en los contrato a celebrar), Seguimiento y Control del PAE, Gestión Social: Control Social, Participación Ciudadana e Inclusión Social.

En tal sentido, el no cumplir de manera eficiente el programa de alimentación escolar, en los términos descritos constituye una barrera de acceso al servicio público educativo y una vulneración a la dignidad de los niños y niñas. En la medida en que esta situación es una de las causas de la

⁴ Observación general N° 15 (2013), sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), parágrafo 43. Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), parágrafo 46.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T- 273 de 2014



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

deserción escolar, por lo cual, equivale a la negación misma del derecho a la educación⁶.

Expuesto lo anterior, procede el despacho a pronunciarse en relación con los argumentos presentados en la sustentación del Recurso de Reposición, para lo cual, por efectos metodológicos, se han formulado los siguientes problemas jurídicos.

1. ¿La declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal tiene una finalidad sancionatoria o resarcitoria? ¿Constituye una verdadera sanción la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal?

En este sentido, se debe precisar, que la simple declaratoria del riesgo de incumplimiento (prerrogativa del Estado) para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, no constituye propiamente una sanción, a diferencia del incumplimiento como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato (clausula exorbitante) o multa (clausula común sancionatoria) que sí constituyen actos propios del régimen sancionatorio.

Se debe precisar en este caso concreto el tema, toda vez, que precisamente la finalidad de expedir un acto "declarativo" de incumplimiento tiene por objeto declarar el siniestro -*más no constituirlo*- con el fin de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento como se explicara más adelante.

Como antecedente sobre el tema, dispone la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷, como criterio de interpretación de la Ley, lo siguiente:

"(...).

"Valga observar, por último, que la jurisprudencia del Consejo de Estado, bajo la anterior reglamentación de los seguros de garantía de contratos estatales (decreto 679 de 1994), asignó distintos efectos al acto administrativo que declaraba el siniestro. En algunos casos se refirió a que en la contratación estatal, tanto la ocurrencia del siniestro como su declaratoria debían darse mediante acto administrativo y en ningún caso se configuraba con la sola realización del hecho. En otros casos, se aceptó que el acto administrativo era tan sólo la prueba del acaecimiento del riesgo y en algunos otros se dijo que el acto administrativo era el requisito formal para hacer exigible el derecho del asegurado aunque este surgía una vez ocurrido el riesgo[li]."

"Con la nueva disposición, será necesario distinguir que en los casos de caducidad del contrato y de aplicación de multas, el siniestro sólo se configura con el acto administrativo, en tanto que en los demás casos de incumplimiento su ocurrencia corresponderá al hecho de su acaecimiento y el acto administrativo que así lo declare sólo será la manera de reclamarlo"[lii].(...)". (Subraya y negrilla fuera de texto).

⁶ Corte Constitucional C-499 de 2015: "(...) 5.2.3. La rigurosidad de las garantías varía conforme al tipo de actuación de que se trate. En efecto, este tribunal ha precisado que en actuaciones que puedan comprometer la libertad personal u otros derechos fundamentales las garantías del debido proceso deben observarse con el mayor rigor, mientras que, en otras actuaciones, como aquellas que no comprometen de manera necesaria los derechos fundamentales, su aplicación puede ser menos rigurosa (...) 5.2.4. Por su finalidad, entre la actuación judicial y la actuación administrativa hay algunas diferencias. En efecto, mientras que la actuación judicial busca resolver conflictos jurídicos, o defender la supremacía de la Constitución o el principio de legalidad, la actuación administrativa busca cumplir la función administrativa, en beneficio del interés general". Por ello, la actuación administrativa puede ser más ágil, rápida y flexible que la actuación judicial, "habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversos esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública".

⁷ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección a, consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015), radicación: 250002326000199900405 expediente: 32301.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

Igualmente, la doctrina especializada, señala:

12 *"(...) Las garantías no son una pena convencional, porque su función no es la de constituir una estimación anticipada de los posibles perjuicios que pudiera sufrir la entidad pública por la inejecución del contrato, ni un medio coercitivo para apremiar al particular para que observe sus compromisos, sino esencialmente una salvaguarda que la ley le otorga al interés público frente a los eventuales incumplimientos del vínculo jurídico imputables al contratista. Por tanto es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias que le otorga la ley a la Administración en el ámbito de los contratos estatales y que deben incluirse obligatoriamente en las cláusulas del contrato"*⁸. (GARCÍA DE ENTERRIA E. y FERNANDEZ, T.R. Curso de derecho administrativo T.I. ob, Cit, Pág. 660).

En este sentido, se reitera, que la prerrogativa de "declarar" el incumplimiento vencido el plazo de ejecución del contrato estatal, el cual, corresponde a la reclamación para la compañía de seguros, no constituye sanción, en tal sentido, el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, sobre el tema, en tesis vigente, incluso aplicable con la expedición de la actual ley 1437 de 2011, determina:

"(...) 53. Una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia del siniestro o riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el de estabilidad de la obra y el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, los cuales, como se dijo, deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato.

54. Esta conclusión se deriva de manera lógica de lo previsto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que en sus numerales 4 y 5 establece que las pólizas de seguro de las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo junto con el acto administrativo que declara esa obligación –siempre que este se encuentre debidamente ejecutoriado–, lo cual implica la potestad de la entidad de declarar el siniestro, con la posibilidad de la aseguradora de oponerse solo mediante el uso de los recursos propios de la vía gubernativa y/o demandar la nulidad del acto judicialmente.

55. Ahora, debe tomarse en consideración que esta prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato, así como antes o después de su liquidación, en los casos en que esta fuere precedente. Esta posición, que fue acogida por la Sección Tercera en sentencia del 10 de julio de 1997, sería reiterada en sentencias del 3 de mayo del 2001, 24 de agosto de 2002 y mucho más reciente mente 23 de febrero del 2012 (...)". (Negrilla y Subraya fuera de texto)⁹.

Ahora bien, bajo el actual régimen legal, dispone el Decreto Único Reglamentario N° 1082 de 2015:

"(...) Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

⁸ Cita contenida en la sentencia del 22 de Abril de 2009, CP MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, Consejo de Estado, Sección Tercera, número interno 14667

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA - SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C., 28 de septiembre de 2015, Expediente: 28915 Radicación: 25000-23-26-000-2001-02932-01



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

2. *Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.*
3. *Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Decreto 1510 de 2013, artículo 128) (...). (Negrilla fuera de texto).*

En los términos del citado artículo 2.2.1.2.3.1.19. *Ibidem*, existen dos (02) tipologías de actos administrativos en relación con la efectividad de la garantía: i) constitutivo y ii) declarativo.

Para mayor claridad se cita IN EXTENSO, la tesis vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con los actos constitutivos y declarativos del siniestro, en los siguientes términos:

"(...) ii) Después de la vigencia de la Ley 1150 de 2007, el Decreto 4828 de 2008 y normas posteriores. Dispuso el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 que "el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare".

A su vez el artículo 14 del Decreto Reglamentario 4828 de 2008 contempló tres eventos, así: a) en el artículo 14.1 reiteró que la declaratoria de caducidad era constitutiva del siniestro de incumplimiento; b) en el artículo 14.2 se consagró que el acto administrativo a través del cual se impusiere una multa sería constitutiva del siniestro de incumplimiento, y c) en el artículo 14.3 señaló que en los demás eventos, diferentes a los anteriores, el acto administrativo sería constitutivo de la reclamación en las garantías otorgadas.

Posteriormente, el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013 dispuso lo siguiente:

"Artículo 128. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. *Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.*
2. *Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.*
3. *Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros".*

Este último Decreto fue derogado por el Decreto 1082 de mayo 26 de 2015, cuyo artículo 2.2.1.2.3.1.19 tiene un contenido idéntico al del artículo 128 del Decreto 1510 de 2013.

Si bien los decretos reglamentarios acabados de citar dispusieron que el acto administrativo por el cual se impone una multa es constitutivo de siniestro, vale la pena anotar que el artículo 7º de la Ley 1150 únicamente hizo referencia a la declaratoria del siniestro y no al hecho de que otros eventos diferentes a la declaratoria de caducidad fueran constitutivos de éste.

Asimismo se destaca que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 [lvi] facultó a las entidades estatales para imponer multas y declarar el incumplimiento mediante acto administrativo y, a su vez, la Ley 1474 de 2011 en su artículo 85 [lvii] ratificó esta facultad e hizo referencia al procedimiento para hacerlo, pero estas normas tampoco dispusieron que tales actos fueran constitutivos de siniestro.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

En este caso, de acuerdo con la Ley 1150 y los correspondientes decretos reglamentarios, se tiene:

- 14
- i) El acto administrativo por el cual se declara el siniestro y se impone una multa es constitutivo del siniestro.
 - ii) El acto administrativo por el cual se declara el incumplimiento es equivalente a la reclamación ante la entidad aseguradora, es decir, es declarativo de la ocurrencia del riesgo.

Ha de señalarse que también en vigencia de las normas citadas en este acápite, en todos aquellos eventos en los cuales el acto administrativo no sea constitutivo del siniestro, al igual que se expresó respecto de la Ley 80 de 1993, antes de que rigiera la Ley 1150 de 2007, los hechos de incumplimiento deben haber ocurrido antes de la expedición del acto administrativo que declarara su ocurrencia y bajo el amparo de la respectiva garantía (...). (CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION A - Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015). RADICACIÓN: 250002326000199900405 EXPEDIENTE: 32301).

Ahora bien, frente al mérito ejecutivo de estos actos administrativos, el numeral 3, artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

"(...) Artículo 99. Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro conctivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos: (...)

Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual". (Subraya fuera de texto).

Adicional a lo anterior, en relación con la competencia de la entidad para declarar la ocurrencia del siniestro cuando el amparo es el de cumplimiento de las obligaciones contractuales, se cita a continuación, providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expedida incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007. Hoy en día la citada Ley 1150 de 2007, permite no solo declarar el amparo de cumplimiento sino también declarar el incumplimiento unilateral del contrato:

"(...) 2.7. Competencia de la entidad para declarar la ocurrencia del siniestro cuando el amparo es el de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

De esta manera, están perfectamente claros y diferenciados, los alcances de las facultades conferidas por la ley a las entidades, en materia de imposición de multas, aplicación de la cláusula penal pecuniaria y declaratoria de ocurrencia del siniestro con la consecuente exigibilidad de la póliza contenida en la póliza.

No obstante, en esta oportunidad, el cuestionamiento que debe absolver esta Sala es el relacionado con la facultad de la entidad para declarar la ocurrencia del siniestro, cuando éste se relaciona con el amparo de incumplimiento.

En efecto, si de acuerdo con la tesis jurisprudencial la declaratoria de incumplimiento del contrato está reservada al juez del contrato, qué sucede cuando la entidad debe declarar la ocurrencia del siniestro, no por los otros amparos que pueden contenerse en la póliza, como el de buen manejo del anticipo o estabilidad de la obra, sino específicamente por el incumplimiento del contratista. Es posible entonces, que la entidad se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista con miras a declarar la ocurrencia del siniestro y como consecuencia de ello haga efectiva la póliza.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

A juicio de la Sala, la respuesta debe ser positiva, teniendo en cuenta el análisis normativo arriba efectuado, respecto de la facultad para declarar la ocurrencia del siniestro, que se aplican plenamente a cada uno de los amparos que puede contener la póliza otorgada por el contratista, es decir que, la entidad puede autónomamente, mediante acto administrativo debidamente motivado, establecer que se cumplieron los presupuestos que configuran la ocurrencia del siniestro porque así lo autoriza expresamente los numerales 4º y 5º del art. 68 del C.C.A.

Adicionalmente debe considerarse que una interpretación diferente llevaría a un absurdo, cual es que en tratándose del amparo de incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, la entidad no esté facultada para hacer efectiva la garantía que se le otorga, caso en el cual la garantía resultaría inane, porque carecería de eficacia y como consecuencia de ello, se pondrían en riesgo los bienes y dineros públicos invertidos en el contrato.

Sumado a lo antes expuesto, cabe señalar que no puede exigirse a la entidad que acuda primero al juez del contrato para solicitar la declaratoria del incumplimiento, antes de declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, ya que los términos de prescripción que rigen en materia de seguros harían nugatorio el derecho de la entidad a hacer uso de ese aval (...). (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, Rad. 37.935).

2. ¿Es la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal una cláusula o potestad exorbitante de las entidades públicas? ¿Debe probar la entidad un incumplimiento severo y grave del contrato para declarar el incumplimiento del mismo?

Se itera que la simple declaratoria del riesgo de incumplimiento (prerrogativa del Estado) vencido el plazo de ejecución del contrato estatal, el cual, corresponde a la reclamación para la compañía de seguros, no constituye sanción, a diferencia del incumplimiento como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato (cláusula exorbitante) o multa (cláusula común sancionatoria) que si constituyen actos del régimen sancionatorio.

En tal sentido, la declaratoria de riesgo de incumplimiento, no tiene habilitación legal en una cláusula o en una potestad exorbitante de las contempladas en el artículo 14 y siguientes de la ley 80 de 1993, sino que constituye una prerrogativa del Estado.

Por último, en el régimen vigente contenido especialmente en el numeral 3, artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto Reglamentario N° 1082 de 2015, frente a la efectividad de las garantías y la cláusula penal en los eventos de simple incumplimiento, no se establece una cualificación del incumplimiento de total o parcial, grave o no, entre otros, solamente dispone:

"(...) Artículo 2.2.1.2.3.1.19¹⁰. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 128) (...). (Negrilla fuera de texto).

Lo que si dispone el precitado Decreto único Reglamentario N° 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 es que la garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

¹⁰ Decreto Único Reglamentario N° 1082 de 2015.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

"(...)

- 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
 - 3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
 - 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y
 - 3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.
- (...)"

En este caso, se tiene probado el cumplimiento defectuoso imputable al contratista, entre otras cosas, de unas obligaciones divisibles a través de una prestación periódica o continua, que frente al perjuicio se han tasado de manera anticipada de manera convencional a través de la cláusula penal pecuniaria.

3. ¿Estipulada la cláusula penal pecuniaria en el contrato, debe la entidad estatal cuantificar los perjuicios en la citación que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011? ¿Se debe demostrar la causación de un perjuicio derivado del incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal?

Lo primero que se debe expresar, es que en el presente caso, la cláusula penal se hace efectiva con fundamento en una norma legal relacionada con la efectividad de las garantías, tal como lo dispone el ya citado numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015.

Ahora bien, la cláusula penal es una institución jurídica que tiene varios efectos jurídicos, en este caso puntual, permite a las partes de un contrato, la tasación convencional y anticipada de los perjuicios derivados de la celebración de negocios jurídicos. En consecuencia, El efecto jurídico y una de sus finalidades, es precisamente la de liberar a las partes de la prueba de la tasación de los perjuicios, pues inane resultaría la institución jurídica si previo al contrato, de manera consensual, cuantificó el monto al que ascenderán los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, pero al momento de acudir a reclamar la indemnización, se exige una prueba de cuantificación de los mismos.

La cláusula penal pecuniaria en el presente caso, es pues, una tasación convencional anticipada de los perjuicios –más no una pena- y su lógica consecuencia o finalidad, es la de liberar a las partes del contrato de la ardua labor de probar la cuantificación de los perjuicios.

Al respecto, determina la Sección Tercera del Consejo de Estado:

**"CLAUSULA PENAL EN EL CONTRATO - Finalidad / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO
- Indemnización de perjuicios**

Cuando las partes estipulan el monto del resarcimiento para un caso futuro de incumplimiento o retardo, lo que están haciendo en la práctica y a eso enderezan su voluntad, es a liquidar preventivamente el daño resarcible y en ello consiste precisamente la función reparadora de la pena pecuniaria. La importancia de incorporarla en el contrato, radica en que la parte beneficiaria queda eximida de tener que probar los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de la otra parte, teniendo solo la carga de la prueba del daño efectivamente causado que no alcance a cubrir la pena (...)"¹¹. (Subraya fuera de texto).

¹¹ "(...) CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación número: 10264 (...)



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

En tal sentido, en el presente caso, tratándose la cláusula penal, de una tasación anticipada del perjuicio, pactada de manera convencional, la entidad se libera de probar el quantum, la cual, ya se encuentra convenida y pactada en el negocio jurídico.

Asimismo, para resolver el otro punto del problema jurídico, en el sentido de establecer la necesidad de demostrar la causación de un perjuicio, basta con transcribir el artículo 1599 del Código Civil, que reza:

"ARTICULO 1599. EXIGIBILIDAD DE LA PENA. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."

Ahora bien, se debe resaltar que no obstante, existe una tasación anticipada del perjuicio, se dispuso, en garantía del debido proceso administrativo, la aplicación del principio de proporcionalidad para efectos de determinar el quantum del cumplimiento defectuoso, verificado a través de los medios de prueba legalmente incorporados a la presente actuación.

Por lo tanto, no le asiste la razón a la recurrente cuando arguye que no se demostraron los perjuicios causados con el incumplimiento del contratista¹².

4. ¿Cuáles son los elementos del régimen de responsabilidad objetiva y cuál es la diferencia con el régimen de responsabilidad subjetiva? ¿En la Resolución No. 594 de 2018 se declaró el incumplimiento del contratista bajo un régimen de responsabilidad objetiva?

En el ejercicio del derecho de defensa y contradicción que le asiste al contratista, las apoderadas contratista y garante, manifestaron que no existe perjuicio o daño, que conlleve a la responsabilidad de la Unión Temporal, no obstante la entidad decidió declarar el incumplimiento.

Al respecto el despacho debe precisar que no les asiste razón a las apoderadas del contratista y garante, toda vez que independiente del régimen de responsabilidad, objetivo o subjetivo, el daño antijurídico siempre será el primer elemento estructurante de la responsabilidad.

Lo que diferencia dichos regímenes, en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, es que en el objetivo - la culpa no es criterio determinante de la responsabilidad, mientras que en el subjetivo sí lo es.

En el asunto que ocupa al despacho, se evidencia que el régimen de responsabilidad sobre el que se declaró el incumplimiento del contrato de suministro No. 001 de 2017, fue el régimen subjetivo. Lo anterior, debido a que el artículo 1604 del Código Civil, en su inciso 3º, menciona:

"ARTICULO 1604. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR.

[...]

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia, Feb. 15/18: "(...) La cláusula penal es entendida como una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación. Por regla general esta es una compensación de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, por lo que no es objeto de prueba dentro del juicio respectivo toda vez que la pena estipulada es una apreciación anticipada de los precitados perjuicios. Por esta razón la ley excluye la posibilidad de acumular la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, pues dicha cláusula se entiende como indemnizatoria para todos los efectos". (<https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/cual-es-la-diferencia-entre-la-clausula-penal-y-la-indemnizacion-de>)



Nit: 890000464-3

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega."

En ese sentido, si bien, la carga de la prueba se invierte en quien debió emplear la diligencia (Contratista), esto no hace que desaparezca la culpa como criterio determinante de la responsabilidad, haciendo subjetivo el régimen sobre el cual se declaró el incumplimiento del contrato de suministro No. 001 de 2017.

Así las cosas, está plenamente probado por el despacho, que la fuente de la obligación es un contrato estatal, que se configuró un incumplimiento imputable al contratista, que el incumplimiento generó un daño antijurídico a la entidad contratante, no solo frente al cumplimiento del contenido prestacional del negocio jurídico sino que afectó la adecuada prestación del servicio público educativo destinado a los sujetos de especial protección constitucional, es decir, el daño antijurídico producto del nexo causal o causalidad del incumplimiento del contratista.

5. **¿La No entrega de raciones escolares debidamente, generó un perjuicio al Municipio de Armenia?**

Como quedó demostrado en el proceso administrativo de declaratoria de incumplimiento, que conllevó a la decisión por parte del Municipio de Armenia contenida en la resolución Nro. 594 de 2.018, efectivamente se padeció un daño antijurídico entendido este, como la lesión a un derecho, que en el presente caso, se constituye la lesión al derecho de crédito (Derecho personal), el cumplimiento defectuoso de los fines que conlleva el Programa de Alimentación Escolar (PAE), y la vulneración de derechos absolutos frente a sujetos de especial protección constitucional como lo son los estudiantes (niños, niñas y adolescentes).

Conforme el análisis realizado por el despacho al informe de la interventoría, descargos, pruebas aportadas y practicadas debidamente incorporadas a la actuación, y alegatos presentados por los intervinientes, se determinó que efectivamente se probaron los elementos de la responsabilidad contractual.

La Doctrina, respecto a obligaciones de resultado como el caso que nos ocupa, ha enseñado:

"(...)

La obligación de resultado es de naturaleza bien distinta en virtud de esta obligación conocida también como determinada o específica el deudor se compromete a producir a un resultado a favor del acreedor. Si ese resultado no parece, habrá que decir que el deudor incumplió. Ejemplo claro: La obligación del transportador. Él se compromete a conducir a las personas o las mercaderías sanas y salvas al lugar de su destino (Código de comercio artículos 982 y 1003) (...)"¹³ (Negrilla y subraya fuera de texto original).

6. **¿Hacer efectiva la cláusula penal necesariamente termina el negocio jurídico? ¿Cuántas veces puede hacerse efectiva la cláusula penal estipulada en un contrato estatal?**

En materia de responsabilidad patrimonial de naturaleza contractual, las entidades del Estado cobijadas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, solo pueden terminar de manera unilateral en sede administrativa un contrato estatal, en tres (03) eventos específicos: i) Declaratoria de Caducidad como cláusula excepcional; ii) Terminación unilateral como cláusula

¹³ Supra, núm. 12 y SS. Citado en TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y contractual. Bogotá. Ediciones doctrina y Ley Ltda., 2005. P.337.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

excepcional; y **iii**) la terminación unilateral consagrada en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 como prerrogativa del Estado.

En tal sentido, a juicio del despacho, solo en los eventos en que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria en virtud de la declaratoria de caducidad del contrato estatal, se configura la terminación anticipada y unilateral del negocio jurídico en sede administrativa.

En relación con la efectividad de la cláusula penal en sede administrativa, la norma legal no restringe o limita la situación de hacerla efectiva, por lo cual, siempre que se configuren los supuestos de hecho podrá determinarse la consecuencia jurídica de hacer efectiva la cláusula penal, bien sea en virtud de declaratoria de caducidad, imposición de multas, o declaratoria de simple incumplimiento para hacer efectiva las garantías

Especialmente, en relación con la declaración de incumplimiento que hace las veces de reclamación a la compañía de seguros, la norma legal no limita su efectividad (numeral 3, artículo 2.2.1.2.3.1.19. Decreto 1082 de 2015, *Efectividad de las garantías*), menos tratándose del cumplimiento de obligaciones divisibles a través de la prestación periódica o continua¹⁴.

7. ¿Cuál es el alcance de la excepción de contrato no cumplido en materia de contratación estatal?

Respecto la institución jurídica de la *exceptio non adimpleti contractus*, el H. Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento se refirió en los siguientes términos:

"(...) Señala el artículo 1609 del Código Civil que "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

Sobre el precepto anterior la doctrina y la jurisprudencia han pretendido edificar la figura de la excepción de contrato no cumplido - exceptio non adimpleti contractus, la cual tuvo su génesis en el derecho privado pero que será procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando del incumplimiento de la administración, se genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allane a ejecutar la prestación debida, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.

*En los demás eventos, como regla general el contratista estará obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución (...)."*¹⁵ (Negrilla y subraya fuera de texto original).

Asimismo, la mencionada sentencia, cita un pronunciamiento anterior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección A, Sentencia de 11 de abril de 2012. Exp. 17851, que mencionó:

"Es claro que en el sub-lite no se dan los anteriores presupuestos, toda vez que, como se mencionó anteriormente, si bien la entidad pública demandada incurrió en mora en el pago del acta número 002, no puede concluirse que tal incumplimiento generara una razonable imposibilidad de cumplir por parte del

¹⁴ En el presente proceso administrativo especial se ha garantizado de oficio el principio de proporcionalidad, razón por la cual, ni la cláusula penal pecuniaria, ni la garantía única de cumplimiento - amparo de cumplimiento, se han afectado en un ciento por ciento (100%), garantizando la tasación anticipada del perjuicio y la reclamación a la compañía aseguradora sin exceder el valor nominal que ampara la tasación anticipada del perjuicio y el siniestro.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00802-01(53206)



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

contratista en tanto el valor pagado a modo de anticipo era superior al valor de los suministros realizados por parte de la sociedad actora; tampoco puede concluirse que ese incumplimiento de la Administración constituyó la causa del incumplimiento del contratista, por cuanto del material probatorio arrojado al proceso fácilmente puede observarse que éste ocurrió por motivos absolutamente imputables a la sociedad demandante; tampoco puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad CHECO LTDA., en tanto, además de evidenciar el incumplimiento durante todo el tiempo de ejecución del contrato, no se observó, para el momento en el cual la entidad incurrió en mora, una seria intención de cumplir con sus obligaciones"

8. ¿Cuál es el alcance del principio de confianza legítima en el ordenamiento jurídico colombiano? ¿Configuran las certificaciones de cumplimiento a satisfacción expedidas para los periodos de marzo a octubre de 2.017; una expectativa legítima susceptible de protección jurídica por parte de la administración municipal - Teoría de los actos propios?

Menciona las apoderadas del contratista y garante que la entidad actuó contrariando a sus propios actos - informes de supervisión e interventoría - que esto radicó una expectativa legítima y, por ende, una seguridad jurídica en el administrado consistente la aprobación y pagos durante los meses de marzo a octubre de 2.017.

Para resolver el presente problema jurídico, el despacho se sustentará en un fallo del H. Consejo de Estado que trató de manera directa el tema relacionado con el principio de confianza legítima y los actos de la administración. En el fallo, la Sección Tercera mencionó:

"(...) se precisa que existe una relación directa entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima que estriba en que de ambos se desprende para los administrados la garantía de que al Estado, a través de sus entidades, le asiste el deber de obrar con rectitud, claridad y precisión, cuestión que a su turno le impide actuar de manera opuesta e inconcordante o de emitir decisiones contrarias a aquellas que anteladamente emanaron de la misma entidad pública y en mérito de las cuales se generó un convencimiento frente a determinados asuntos.

*También concurre una relación inescindible entre el principio de confianza legítima y el principio de buena fe, en cuanto este último impone a ambas partes una actitud de lealtad mutua, de fidelidad y honestidad, todo lo cual se traduce en el respeto a las reglas preestablecidas y conocidas por ambas partes desde el momento en que surgieron; por contera, cualquier variación sorpresiva de tales cánones por una de las partes, sin duda resultaría contraria a la esperada y exigible buena fe."*¹⁶ (Subraya fuera de texto original).

En ese sentido, al expediente del procedimiento administrativo contractual respecto a las actas de ejecución en las cuales, mes a mes se hicieron observaciones por parte de la supervisión e interventoría, que, si bien en su momento aprobaron los pagos de las obligaciones cumplidas, dejaron **salvedades** frente a las inobservancias del contratista durante la ejecución del contrato, tanto así que dichas raciones no fueron aprobadas y pagadas en su momento, no obstante esto no exonera al contratista de los perjuicios que ocasionó el incumplimiento del contrato:

A continuación se relacionan apartes indicadas por el supervisor del contrato en los informes de ejecución:

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A C.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00233-01(52161).



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018
PERIODO DEL 13 AL 31 DE MARZO DE 2017:

"(...)

OBSERVACIONES:

- El contrato dio inicio el 13 de marzo de 2017 con las modalidades de complemento tipo almuerzo y complemento alimentario jornada mañana/ jornada tarde modalidad preparada en sitio.
- Se anexa copia de contrato de prestación de servicios del doctor Jorge Luis Duque el cual fue contratado por la empresa UT Vida Quindío para realizar consulta médica a las manipuladoras que al momento de iniciar la prestación del servicio no se encontraban afiliadas a salud, ya que la empresa había solicitado la apertura de clave, la cual se demoraba 10 días.
- Con respecto al Pago de Nómina. Aunque el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que el Empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, establece claramente que únicamente cuando el trabajador devengue más de diez salarios mínimos se podrá dar la situación de que el salario además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario, o al

(...)

Es importante aclarar que una vez adelantado el proceso de presunto incumplimiento por parte de la dirección del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia se aplicarán las sanciones fiscales correspondientes que haya lugar en futuras cuentas cobro, aun así en el presente informe se efectuó verificación de los datos consignados en los oficios SE-PSE-DS-975 y SE-PSE-DS-98 del 27 de marzo de 2017 frente a las raciones efectivamente servidas y los certificados expedidos por los rectores los cuales contiene el número de raciones suministradas, constatándose que efectivamente las raciones relacionadas en dichos oficios no se encuentran incluidas en el cobro de la presente cuenta, toda vez que los datos allí relacionados correspondiente a días de no asistencia o a disminuciones en el número de cupos por complemento. NO se evidencian en los listados de asistencia en las certificaciones emitidas por los rectores.

(...)"

PERÍODO DEL 1 AL 30 DE ABRIL DE 2017

"(...)

- Es importante aclarar que una vez adelantado el proceso de presunto incumplimiento por parte de la dirección del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia con base en los diferentes oficios remitidos por el supervisor del contrato de suministro No 2017-001 en meses anteriores, se aplicarán las sanciones fiscales correspondientes a que haya lugar en futuras cuentas cobro, una vez dicho Departamento en mención, emita los resultados pertinentes frente a presuntos incumplimientos, aun así en el presente informe se efectuó verificación de los datos consignados en las planillas avaladas y certificadas por los rectores de las instituciones educativas oficiales de Armenia los cuales contiene el número de raciones suministradas y que soportan el pago a efectuar en el presente informe

(...)"

PERÍODO DEL 1 AL 12 DE MAYO DE 2017

"(...)



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

- Una vez verificado la liquidación de las prestaciones sociales de las Manipuladoras del Programa de Alimentación Escolar en el marco del contrato de suministro No 001 de 2017, se pudo identificar que pese a que los criterios de liquidación establecidos se encuentran errados respecto a la base salarial y de Auxilio de transporte, puesto que NO se utilizaron los salarios realmente recibidos por parte de las Operarias en el período objeto de liquidación, igualmente las formulas establecidas para la liquidación de Cesantías, Intereses a las Cesantías, Prima semestral y vacaciones, presentan inconsistencias en su planteamiento y calculo aritmético, se pudo verificar que los valores cancelados por concepto de liquidación de Prestaciones Sociales superan la cuantía que debieron ser canceladas, lo que configura un pago en exceso a favor de las empleadas objeto de liquidación del Contrato de Obra o Labor Contratada. Las prestaciones sociales se pagan en proporción al tiempo laborado por el empleado, y la base para su cálculo es el sueldo que devengue el empleado incluidas el auxilio de transporte. Se efectuó consulta en el Ministerio de Trabajo el día 29 de Junio de 2017 con la finalidad de corroborar esta información.

22

Se solicita recalcular las liquidaciones de Prestaciones Sociales a fin de dar claridad del derecho prestacional de cada empleada.

Se verifica el pago de la seguridad social de los empleados de la UT vida Quindío correspondiente al Mes de Mayo de 2017, se adjunta cuadro de verificación.

(...)

- Es importante aclarar que una vez adelantado el proceso de presunto incumplimiento por parte de la dirección del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia con base en los diferentes oficios remitidos por el supervisor del contrato de suministro No. 2017-001 en meses anteriores, se aplicarán las sanciones fiscales correspondientes a que haya lugar en futuras cuentas cobro, una vez dicho Departamento en mención, emita los resultados pertinentes frente a presuntos incumplimientos, aun así en el presente informe se efectuó verificación de los datos consignados en las planillas avaladas y certificadas por los rectores de las instituciones educativas oficiales de Armenia los cuales contiene el número de raciones suministradas y que soportan el pago a efectuar en el presente informe

(...)"

PERÍODO DEL 4 AL 31 DE JULIO DE 2017

"(...)

OBSERVACIONES:

- Referente al cumplimiento de la cláusula cuarta numeral 6 del contrato de suministro 2017-001 por parte del operador la cual consagra "Disponer de una herramienta tecnológica que permita la identificación y cuantificación un tiempo real de la entrega de las raciones efectivamente atendidas a los beneficiarios del Programa de Alimentación Escolar, el Departamento Administrativo Jurídico de la Alcaldía de Armenia celebró el 26 de julio de 2017 audiencia para determinar el presunto incumplimiento por parte de la empresa Unión Temporal Vida Quindío, la cual se suspendió con el fin de que por parte del operador se presentaran los documentos que esta considerara para posteriormente por parte del departamento jurídico y dada las evidencias presentadas se proceda a evaluar si se declara o no el presunto incumplimiento

Se verifica el pago de la seguridad social de los empleados de la UT vida Quindío correspondiente al Mes de Julio de 2017, se adjunta cuadro de verificación. Se anexan planillas de pago de aportes al sistema integral de seguridad social (salud, pensión, parafiscales y ARL), de las manipuladoras de alimentos y de todo el personal que presta sus servicios en la ejecución del contrato de suministro de alimentos personal vinculado a la empresa Unión Temporal Vida Quindío, conforme al artículo 65 de la ley 1819 de diciembre 29 de 2016, que adicionó el artículo 114.1 al estatuto tributario, estableció que las empresas quedan exoneradas de realizar los aportes a salud contemplados en el artículo 204 de la ley 100 de 1993. Dicha exoneración aplica por trabajadores que devenguen menos de 10 salarios mínimos mensuales. Como se puede advertir la exoneración es parcial, y aplica solamente para la parte que debe pagar la empresa o empleador, esto es, el 8.5% de manera que el trabajador debe seguir aportando el 4%, porcentaje que el empleador le debe deducir de su salario. Igualmente la exoneración aplica en el pago de Aportes Parafiscales en Sena o ICBF. Se adjunta cuadro de seguimiento de pago de seguridad social y aportes parafiscales correspondiente al mes de Julio de 2017.

(...)



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

23

Es importante aclarar que una vez adelantado el proceso de presunto incumplimiento por parte de la dirección del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia con base en los diferentes oficios remitidos por el supervisor del contrato de suministro No. 2017-001 en meses anteriores, se aplicarán las sanciones fiscales correspondientes a que haya lugar en futuras cuentas cobro, una vez dicho Departamento en mención, emita los resultados pertinentes frente presuntos incumplimientos, aun así en el presente informe se efectuó verificación de los datos consignados en las planillas avaladas y certificadas por los rectores de las instituciones educativas oficiales de Armenia los cuales contiene el número de raciones suministradas y que soportan el pago a efectuar en el presente informe.

(...)"

PERÍODO DE 1 AL 31 DE AGOSTO DE 2.017

"(...)

Con respecto a la verificación de la nómina existen diferencia en el reconocimiento y pago de auxilio de Transporte a las manipuladoras toda vez que la norma de regla este auxilio expresa que el auxilio de transporte es una figura creada por la ley 15 de 1959, y reglamentado por el decreto 1258 de 1959, con el objetivo de subsidiar el costo de movilización de los empleados desde su casa al lugar de trabajo, el cual para el 2017 fue fijado en \$83.140 y que se paga a los trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos mensuales. Debido a que existen operarias que laboran todo el mes independiente de la modalidad de su contrato laboral, se observa que este auxilio es calculado de manera proporcional según los días efectivamente laborados lo que va en contravía de lo consagrado por la ley.

Con respecto a la liquidación de prestaciones sociales la base de liquidación para el cálculo de las mismas no guarda concordancia con el salario mensual promedio pactado en el contrato de laboral, lo cual arroja bases salariales que no contienen el valor total objeto de liquidación de prestaciones al terminar el contrato laboral. Muestra de ello es la liquidación de la Señora ERIKA ROCIO HENAO CC.1.094882.717 quien laboro 9 días y se le tomo como base salarial para su liquidación un salario de \$37.500 el cual arroja unos saldos inferiores en su liquidación vulnerando sus derechos como trabajador. Adicional a esto en valor de subsidio de transporte debe ser objeto de verificación y ajuste en el pago de derechos laborales. Igual situación aplica para las demás liquidaciones de manipuladoras de alimentos quienes se han desvinculado de la empresa contratista para lo cual se recomienda que en conjunto con la Oficina de trabajo se efectúe la verificación de la totalidad de los criterios y valores de liquidación con la finalidad de vulnerar sus derechos y evitar riesgos de demandas laborales posteriores a la finalización del vínculo contractual.

(...)

- La Secretaría de Educación realizó cruce de información entre los certificados de entrega de raciones expedidos por los rectores de las IE y las planillas de asistencia diaria de beneficiarios de las modalidades de complemento tipo almuerzo y complemento alimentario AM/PM correspondiente al mes de julio de encontrándose las siguientes inconsistencias en las siguientes Instituciones Educativas:

(...)

- Es importante aclarar que una vez adelantado el proceso de presunto incumplimiento por parte de la dirección del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia con base en los diferentes oficios remitidos por el supervisor del contrato de suministro No. 2017-001 en meses anteriores, se aplicarán las sanciones fiscales correspondientes a que haya lugar en futuras cuentas cobro, una vez dicho Departamento en mención, emita los resultados pertinentes frente presuntos incumplimientos, aun así en el presente informe se efectuó verificación de los datos consignados en las planillas avaladas y certificadas por los rectores de las instituciones educativas oficiales de Armenia los cuales contiene el número de raciones suministradas y que soportan el pago a efectuar en el presente informe

(...)"



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

PERÍODO DEL 1 AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2017

34
"(...)

- Con respecto a la verificación de la nómina existen diferencia en el reconocimiento y pago de auxilio de Transporte a las manipuladoras toda vez que la norma de regla este auxilio expresa que el auxilio de transporte es una figura creada por la ley 15 de 1959, y reglamentado por el decreto 1258 de 1959, con el objetivo de subsidiar el costo de movilización de los empleados desde su casa al lugar de trabajo, el cual para el 2017 fue fijado en \$83.140 y que se paga a los trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos mensuales. Debido a que existen operarias que laboran todo el mes independiente de la modalidad de su contrato laboral, se observa que este auxilio es calculado de manera proporcional según los días efectivamente laborados lo que va en contravía de lo consagrado por la ley.
 - De acuerdo con la liquidación de prestaciones sociales la base de liquidación para el cálculo de las mismas guarda concordancia con las bases de liquidación establecida en el contrato laboral, ya que se toma en cuenta el valor total del auxilio de transporte para su base salarial.
- Los horarios de entrega del complemento industrializado a las IE y sus sedes son muy irregulares, se ha encontrado que en algunas unidades llegaban muy temprano y en otras entregaban muy tarde, en muchas ocasiones estando los titulares ya esperando el complemento.**

(...)"

PERÍODO DEL 1 AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2017

"(...)

- Se halló que en algunas Instituciones y sedes que se entregó tarde la materia prima para las preparaciones en sitio, lo que llevo al retraso de los distintos preliminares, distribuyendo por tal manera el complemento fuera del horario estipulado.

(...)"

PERÍODO DEL 1 AL 31 DE OCTUBRE DE 2017

"(...)

- Los aportes de las manipuladoras fueron realizados conforme al IBC salario mínimo y proporcional a este según el tiempo laborado lo que guarda correspondencia con la base salarial cancelados en el mes objeto de verificación.
- Con respecto a la verificación de la nómina existen diferencia en el reconocimiento y pago de auxilio de Transporte a las manipuladoras toda vez que la norma de regla este auxilio expresa que el auxilio de transporte es una figura creada por la ley 15 de 1959, y reglamentado por el decreto 1258 de 1959, con el objetivo de subsidiar el costo de movilización de los empleados desde su casa al lugar de trabajo, el cual para el 2017 fue fijado en \$83.140 y que se paga a los trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos mensuales. Debido a que existen operarias que laboran todo el mes independiente de la modalidad de su contrato laboral, se observa que este auxilio es calculado de manera proporcional según los días efectivamente laborados lo que va en contravía de lo consagrado por la ley.
- De acuerdo con la liquidación de prestaciones sociales la base de liquidación para el cálculo de las mismas guarda concordancia con las bases de liquidación establecida en el contrato laboral, ya que se toma en cuenta el valor total del auxilio de transporte para su base salarial.

(...)



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

- Se encontró que en algunas Instituciones no llegó completa la materia prima para las preparaciones de las raciones preparadas en sitio, los mercados llegan una vez a la semana, pero se encontró que entregaban a diario, generando traumatismos en los procesos de preparaciones y de distribución a los titulares de derecho.
- Realizar entrega a los comedores de los productos de aseo (detergente, cloro, bolsas para residuos, jabón desinfectante) en muchas ocasiones entregaban producto de industrializado y preparaban sin desinfectar, por falta de producto y no separan residuos por falta de bolsas

(...)

- Se presentaron muchos intercambios de los menús tanto de las ración industrializada y preparado en sitio.

(...)"

Ahora bien, el doctor LUIS ANTONIO COVALEDA GARAY, Secretario de Educación de la época, quien fungió como supervisor del contrato en el primer semestre del año 2017 y la UNIÓN TEMPORAL INTERVENTORIA PAE 2017, autorizaron el pago de los dineros correspondientes a los periodos: 13 al 31 de marzo de 2017, 1 al 30 de abril, 1 al 12 de mayo de 2017, 4 al 31 de julio de 2017, 1 al 31 de agosto de 2017, 1 al 30 de septiembre de 2017 y del 1 al 31 de octubre de 2017, sin embargo, como quedó demostrado en el anterior análisis, siempre dejaron las correspondientes anotaciones, evidenciando la omisión por parte del contratista durante los periodos objetos de declaratoria de incumplimiento, fechas en las cuales los niños, niñas y adolescentes de las instituciones educativas del Municipio de Armenia, dejaron de recibir de manera deficiente los complementos alimentarios y complementos AM/PM, a lo que se había comprometido el contratista al momento de suscribir el negocio jurídico Nro. 001 de 2017.

Es importante mencionar en los términos del artículo 1596 del Código Civil, que el deudor, es decir, el contratista del suministro (operador), según los informes, cumplió solamente una parte de la obligación principal y la entidad estatal en su condición de acreedor acepto solamente esta parte, por lo cual, tendrá derecho el contratista a que se le rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal. Así las cosas, la entidad estatal no ha contravenido sus actos propios en virtud de la confianza legítima, toda vez, que los suministros no servidos de manera adecuada en sitio a los estudiantes en ningún momento fueron certificados a satisfacción por los rectores ni por el interventor, ni pagados por la entidad contratante, lo cual, no significa que haya cumplido a satisfacción o que no se haya presentado un cumplimiento defectuoso.

En este sentido, en relación con la ejecución de contratos estatales, que tienen como finalidad garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos a cargo del estado, en los cuales, se encuentran involucrados sujetos de especial protección constitucional, la sección tercera del Consejo de Estado, estableció:

"(...) Sin embargo, lo anterior no obsta para que la Sala mantenga la declaración administrativa del siniestro por incumplimiento del contratista, el cual habrá de tasarse dentro de los límites contractualmente dispuestos y con aplicación de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad definidos en el punto 4 de esta providencia.

Al respecto, la Sala quiere resaltar que del juicio de proporcionalidad y razonabilidad que se propone frente a la tasación de cláusula penal o perjuicios no es de carácter meramente métrico, por el contrario, con él se busca la valoración de todas y cada una de las variables o circunstancias de peso o importancia que rodean



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

la ocurrencia de los hechos a fin de establecer una estimación equitativa y razonada que se corresponda con los postulados de la justicia e igualdad material (...)

26 Sin embargo, el verdadero juicio de proporcionalidad y razonabilidad conlleva valorar criterios adicionales que permitan alcanzar una condena que materialice la justicia, tanto en el contratista como en la contratante. Criterios estos que en el caso en comento, están dados por la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, el cual era realizar el aprestamiento, diagnóstico, prospectiva, formulación de la cuenca hidrográfica y estrategia de seguimiento y evaluación de POMCA de conformidad con lo establecido en el Decreto 1729 de 2002 sobre las cuencas hidrográficas, referido a los ríos Tapias y Ranchería, circunstancia que reviste gran importancia en un departamento como el de la Guajira en donde el recurso hídrico es tan escaso, haciéndose necesaria la intervención estatal para garantizar que el agua llegue a toda la población, la cual mayoritariamente es indígena.

De manera que, el incumplimiento en contratos de esta naturaleza en zonas donde el agua es escasa y se requiere de grandes esfuerzos para proveer a la comunidad de la misma, causan una grave afectación a los derechos de la población, circunstancia que claramente no puede ser desconocida por esta Corporación, que tanto se ha esmerado en garantizar los derechos de las personas más vulnerables dentro de la sociedad, como es el caso de los indígenas.

Lo anterior, evidencia que no solo no se satisfizo el interés público bajo el cual se justificó la contratación, sino que también se afectaron directamente los derechos de los miembros de la población del Departamento de la Guajira al no realizarse a satisfacción el aprestamiento, diagnóstico, prospectiva, formulación de la cuenca hidrográfica y estrategia de seguimiento y evaluación de POMCA de conformidad con lo establecido en el Decreto 1729 de 2002 sobre las cuencas hidrográficas, referido a los ríos Tapias y Ranchería, circunstancia que justifica que la cláusula penal se aplique en un porcentaje del 80%.¹⁷

En igual sentido, frente a los bienes constitucionalmente amenazados en incumplimientos contractuales de naturaleza estatal, en un caso donde se afectaban las rentas de la salud y la educación, la misma Corporación Judicial del Consejo de Estado, Sección Tercera, CP ENRIQUE GIL BOTERO, sentencia del 24 de Octubre de 2013, radicación 24697, estableció:

"(...) De otro lado, olvida la parte actora que la gravedad de su conducta, que pretende que todos olviden - y que el juez le dispense- para preservar una imagen que no tiene, como si nada hubiera pasado a lo largo de la ejecución imperfecta del contrato, puso en riesgo la salud y la educación de los habitantes del Departamento de Córdoba, porque en los términos del inciso 5 del art. 336 de la CP. "Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación."

Esto significa que durante los largos e injustificados meses de mora en que incurrió en el pago de las 11 tornaguías, se afectó la salud y la educación, bienes constitucionales que por sí mismo justificaban la adopción de la medida decretada por el Gobernador, así que el hecho de recibir ese dinero, muy tarde, no hace por sí mismo que el contratista quede a paz y salvo con la entidad y la sociedad, como si la afectación con esta conducta fuera la misma que se presenta cuando un particular le incumple a otro particular las obligaciones acordadas.

Se ha llegado a un extremo tan complejo en la sociedad colombiana, en relación con el cumplimiento de las obligaciones, con el respeto a la palabra empeñada y a los compromisos adquiridos, que incluso quien incumple con la entrega de los recursos económicos sagrados para la salud y la educación, en lugar de

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, veintiséis (26) de Noviembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 44001-23-31-003-2010-00031-00 (48.892) Actor: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE LA GUAJIRA -CORPOGUAJIRA. Asunto: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUAL.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

excusarse con su conducta y asumir estoicamente los efectos o consecuencias negativas de su comportamiento, deplorable y amenazante a los derechos fundamentales de los ciudadanos, pretende recibir una exculpación, una disculpa e incluso una indemnización, como si el incumplido fuera quien cumplió, como si el Estado, afectado por la conducta quedara en deuda con quien no entregó oportunamente sus recursos para atender las necesidades insatisfechas de la población. Esta inversión del sentimiento de culpa resulta reprochable por la Sala, y en estos términos se lo deja saber a la parte actora.

27

Finalmente, la conducta de la administración fue proporcional y razonable, en consideración a los bienes constitucionales amenazados, porque el cumplimiento tardío del concesionario no lo puede ver ni hacer ver la parte actora como cumplimiento de sus obligaciones, so pretexto de que al fin y al cabo entregó. Ni en el derecho contractual administrativo ni en el civil es admisible semejante pretensión, porque tanto: i) la falta de cumplimiento de la obligación, como ii) su cumplimiento tardío, o iii) su cumplimiento imperfecto, son formas de incumplimiento, así que la conducta en que incurrió el consorcio es una infracción al contrato, cuyo acatamiento posterior no equivale a observarlo, sino que confirma que se incumplió por retardo (...)"

- 9. Los Hechos que se tuvieron en cuenta para declarar el incumplimiento del contrato de suministro Nro. 01 de 2017 a través de Resolución Nro. 594 de 6 de noviembre de 2.018, ¿Ya habían sido declarados incumplidos en otro acto administrativo emitido por el Municipio de Armenia?

Para dar respuesta a este interrogante, se presenta un cuadro ilustrativo que de forma concreta indica los motivos que conllevaron en la vigencia inmediatamente anterior a declarar incumplimiento al contrato de suministro Nro. 001 de 2017, cotejándola con la resolución Nro. 594 de 6 de noviembre de 2.018 que declaró el incumplimiento del mismo contrato por hechos que se evidencian completamente diferentes, pues de recordar que en el presente caso, además de tratarse de una prestación periódica o continuada por su tipología de suministro, se debe recordar que la prestación principal del negocio jurídico en el presente caso, constituye obligaciones divisibles.

En todo caso, los hechos generaron incumplimiento imputables al contratista en cada una de las obligaciones divisibles en la prestación periódica o continuada al Municipio de Armenia, por tal razón, la Entidad no puede omitir hacer uso de sus prerrogativas, haciendo efectiva la póliza que garantiza el cumplimiento total de las obligaciones del contratista, y que evidentemente esto no puede ser considerado como vulneración al principio de non bis in idem.

Declaración incumplimiento Resolución 301 del 11 de diciembre de 2017	Declaración incumplimiento Resolución 594 del 6 de noviembre de 2018
No entrega de complementos alimenticios el día 15 de marzo de 2017, fue aceptada en sesión del 4 de octubre del mismo año por parte del contratista, sin que existiera eximente de responsabilidad.	Incumplimiento en la entrega de raciones por los complementos alimenticios tipo almuerzo y complementos AM/PM en distintas instituciones educativas de Armenia, durante los días 13,14,16,17, 21, 24 y 27 de marzo de 2017; 1,2,5,12 y 22 de septiembre de 2017; 3,5,17,18,20,23,24,25,26 y 31 de octubre de 2017; y 10 y 17 de noviembre del año 2017
Los equipos biométricos fueron adquiridos el 19 de abril de 2017, es decir, más de un mes después de haber iniciado la ejecución contractual, configurándose el primer incumplimiento parcial.	
Uniformes y medidas higiénicas de las operarias, se evidencia el incumplimiento parcial de esta obligación.	

Por ministerio de la Ley, en relación con los aportes al sistema de seguridad social integral, el representante legal de la entidad contratante o su delegado, al momento de liquidar de mutuo acuerdo



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

o unilateralmente el contrato estatal, deberá dar cumplimiento al párrafo 2 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, por lo cual, en el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, razón por la cual, en este sentido no hubo un pronunciamiento de fondo frente al cumplimiento o no de la referida obligación legal de aseguramiento.

28

10. ¿El Municipio de Armenia valoró todo el material probatorio allegado por la Unión Temporal Vida Quindío en los descargos, de manera específica las planillas de seguridad social, en la expedición de la Resolución Nro. 594 de 6 de noviembre de 2.018?

El Municipio de Armenia, realizó la valoración probatoria y normativa de las consecuencias jurídicas frente al incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento en materia del sistema integral de seguridad social, razón por la cual, no hubo un pronunciamiento de fondo en este sentido, toda vez, que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, establece un mecanismo legal, el cual, por lo menos en el presente caso concreto, no se regula a través del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Respecto a las pruebas aportadas con los descargos, el Despacho revisó la información, no obstante, se itera, es en la liquidación del contrato la oportunidad legal, para que se lleve a cabo la retención en caso de no existir los soportes de pago.

Ahora bien, como se indicó en la resolución 594 del 6 de noviembre de 2018, la Secretaría de Educación e interventoría del contrato de suministro, relacionaron un personal del cual no se reportaba el pago al sistema de seguridad social, el Departamento Administrativo Jurídico cotejó la información, evidenciando, como se indicó en dicho acto administrativo, que debía tenerse en cuenta otros meses que tampoco reportaba el pago.

De la información entregada como medio de pruebas por parte de la Unión Temporal, se compararon las planillas de seguridad social, aportadas por supervisión e interventoría, informes de ejecución (contabilidad) y pruebas del contratista, donde efectivamente quedó demostrado la omisión en el pago de algunos meses a las operadoras indicadas, a excepción de las siguientes:

MES	NOMBRE
MAYO	RUTH YANETH MONTOYA ÁLZATE
MAYO	SANDRA MILENA RAVE ZAPATA
JULIO	MARÍA EMMA MONTOYA SÁNCHEZ
JULIO	TERESA RAMÍREZ GALLO
JULIO	CLAUDIA MILENA GONZÁLEZ PINEDA
JULIO	GLORIA EUGENIA DELGADO
JULIO	MARTHA LILIANA CASTRO HENAO
JULIO	LUISA FERNANDA GÓMEZ QUINTERO
SEPTIEMBRE	MARÍA LUCELLY ZAPATA CEBALLOS
SEPTIEMBRE	GLORIA ENID VÁSQUEZ VILLADA
SEPTIEMBRE	CLAUDIA MILENA GONZÁLEZ PINEDA
SEPTIEMBRE	SANDRA MILENA PERDOMO
SEPTIEMBRE	LUZ MILA GONZÁLEZ QUITIAN
SEPTIEMBRE	MARÍA TERESA RODRÍGUEZ DE OSORIO
SEPTIEMBRE	CLAUDIA INÉS PALACIO LÓPEZ
SEPTIEMBRE	OLGA YANETH PALAU ARBELÁEZ
SEPTIEMBRE	BLANCA INÉS QUINTERO GALVIS
SEPTIEMBRE	MARÍA PAOLA JARAMILLO ARISTIZABAL



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

SEPTIEMBRE	LUZ MERY CARMONA RÍOS
SEPTIEMBRE	LUISA FERNANDA GÓMEZ QUINTERO
SEPTIEMBRE	ANGIE DAHIANA RODRÍGUEZ MONTOYA
OCTUBRE	MARÍA LUCERO HURTADO DE LOAIZA
OCTUBRE	GLORIA EUGENIA DELGADO
OCTUBRE	CLAUDIA PATRICIA ARBOLEDA CAMPO
OCTUBRE	MARTHA JANETH CRUZ BARBOSA
OCTUBRE	NATALIA MARCELA HERNÁNDEZ
OCTUBRE	LEIDY JULIETH MEJÍA ACEVEDO
NOVIEMBRE	MARÍA LUCELLY ZAPATO CEBALLOS

18

No se acreditó por parte del contratista el pago al sistema de seguridad social de las demás personas, señaladas en el informe de interventoría y supervisión como no pagas.

11. ¿En qué consiste la falsa motivación en los actos administrativos?

Yerra las recurrentes en su exposición argumentativa, cuando parten de la falsa premisa de que la entidad estatal incurrió con la expedición del acto administrativo Nro. 594 de 2018, con falsa motivación, este elemento esencial del acto, ha sido definido por la doctrina como:

*"(...) móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo y básica para garantizar el debido proceso y derecho de defensa de las personas relacionadas con la administración, al igual que la transparencia en la actividad pública (Corte Constitucional Sentencia SU-250- del 26 de mayo de 1998 "Estas apreciaciones son de recibo no solo en la motivación de los fallos judiciales sino también en la motivación los actos administrativos porque, en primer lugar, tanto en unos como en otros la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la administración al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. (...)"*¹⁹

La Administración dentro del análisis probatorio, pudo comprobar el incumplimiento del contratista en la entrega de las raciones alimentarias en diferentes instituciones educativas del municipio, durante las fechas 13,14,16,17, 21, 24 y 27 de marzo, 1,2,5,12 y 22 de septiembre 3,5,17,18,20,23,24,25,26 y 31 de octubre y 10 y 17 de noviembre del año 2017, motivo suficiente y claro para declarar el incumplimiento del contrato, como quedó explicado en la resolución 594 de 2018, son hechos no debatidos en el proceso surtido en el año 2017, por tal razón, la Entidad está en toda su competencia para hacer efectiva la cláusula penal de manera proporcional, como tasación anticipada de perjuicio, únicamente respecto a estas circunstancias objeto de declaratoria, por tanto, las razones que motivaron al Municipio a declarar el incumplimiento, fueron comprobar durante un proceso administrativo con garantías a la defensa y contradicción, que el contratista UNION TEMPORAL VIDA QUINDÍO, dejó de entregar el total de raciones contratadas para los niños, niñas y adolescentes de las instituciones educativas del Municipio.

12. ¿Diferencias entre responsabilidad patrimonial y responsabilidad fiscal?

El proceso de responsabilidad fiscal sin bien hace parte de la responsabilidad patrimonial y no sancionatoria, tiene sus propios elementos estructurales regulados en la Ley 610 de 2000 y normas

¹⁸ Revisión planillas de seguridad social pruebas Unión Temporal Vida Quindío.

¹⁹ Compendio de derecho administrativo - Universidad externado de Colombia -Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Edición septiembre de 2017 Pag. 543.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017-V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

complementarias. A su vez, la competencia funcional por disposición de rango constitucional radica en la Contraloría General de la República.

Por lo tanto, el proceso de responsabilidad fiscal es declarativo, y su finalidad es la reparación del patrimonio público resultado de la violación por parte de los gestores fiscales de alguno de los principios de eficiencia, economía, o eficacia que ocasiona un detrimento declarada a través del proceso fiscal, el cual es de carácter subjetivo, patrimonial y no sancionatoria, autónoma e independiente respecto a otras responsabilidades aplicables a los servidores públicos, tales como la Social, la política, la Penal, la Civil o Patrimonial y la Disciplinaria entre otras.

En cambio la responsabilidad patrimonial, específicamente de naturaleza contractual, tiene por objeto el resarcimiento del daño antijurídico por la lesión a los derechos personales y absolutos imputables al **contratista incumplido**. Aspecto que legitima en la causa a quien tenga la calidad de extremo negocial en el acuerdo de voluntades. Tratándose del Estado, con la prerrogativa del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el medio de control judicial de controversias contractuales.

13. ¿La declaratoria del incumplimiento del contrato de suministro Nro. 001-2017, genera enriquecimiento sin causa para el Municipio de Armenia?

El enriquecimiento sin causa, es aquel que carece de causa jurídica, es decir, que no encuentra una fuente de obligación, en el presente caso, la fuente del daño es el contrato estatal como fuente de obligación, y el daño es la medida de la reparación. En tal sentido, como se ha expresado, se encuentran probado los supuestos de hecho del incumplimiento contractual, y los mecanismos legales para garantizar el resarcimiento del daño. En especial, a través del mecanismo de efectividad de la garantía, más aun tratándose de unas obligaciones divisibles, y de la prestación periódica o continua de la alimentación escolar, aspecto ampliamente expuesto.

DECISIÓN.

Frente al análisis de los argumentos expuestos en el recurso, por las apoderadas UNIÓN TEMPORAL VIDA QUINDÍO y SEGUROS DEL ESTADO S.A, no existe dentro del régimen de contratación estatal el límite para hacer efectiva la cláusula penal, salvo la proporcionalidad que debe guardar la entidad al momento de estimar el perjuicio.

Se itera, que la Entidad declaró el incumplimiento del contrato de suministro Nro. 001 de 2017 para efectos de reclamar a la compañía aseguradora la efectividad de la garantía única de cumplimiento (póliza), en dos oportunidades por hechos diferentes sobre **obligaciones divisibles**, producto de una **prestación periódica o continua**, sin que esto vulnere el principio non bis in idem, siendo pertinente acotar que en el caso concreto, estamos frente a un contrato público, con características especiales, cuyo objeto era suministrar la alimentación de sujetos de protección reforzada, por tanto, no puede omitir el Municipio de Armenia los perjuicios ocasionados con la omisión del contratista durante periodos ya mencionados en la entrega de complementos alimentarios tipo almuerzo y complementos AM/PM, so pretexto de una primera declaratoria de incumplimiento cuando se encuentra probado el cumplimiento defectuoso del contenido obligacional y la posibilidad de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento por el amparo de cumplimiento.

El contratista tuvo la oportunidad de desvirtuar los hechos debatidos, no obstante nunca aportó, argumentó o probó eximente de responsabilidad, que pueda considerarse por parte de la Entidad para no declarar el presente incumplimiento.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

31

Es claro que la Administración conserva la competencia dentro del límite temporal y funcional para hacer efectiva la póliza posterior al vencimiento del plazo de ejecución del contratos estatal por circunstancias que no hubiesen sido objeto de debate, o en el caso de la caducidad o multa, las cuales únicamente pueden constituirse durante la ejecución del contrato. Por lo tanto, conserva el Municipio la posibilidad de hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento, toda vez que es evidente la inobservancia de la obligación principal que tenía a cargo el contratista, la cual consistía en suministrar el plan de alimentación escolar en todas las instituciones del Municipio de Armenia, hacerlo de manera defectuosa, tardía o incompleta, acarrea un perjuicio para la Entidad, que si bien, dichas raciones no fueron canceladas, dejaron de recibirse generando una lesión a los niños, niñas y adolescentes de Armenia.

Insisten las recurrentes, en mencionar que la Administración esta sancionando dos veces el mismo hecho, situación que queda desvirtuada en el análisis de los problemas jurídicos realizados con antelación, primero diferenciando sanción con declaratoria de incumplimiento, operando para el presente caso lo segundo y cotejando las situaciones fácticas de los dos actos administrativos emitidos por la Entidad declarando incumplimiento del contrato de suministro Nro. 001 de 2017.

Respecto a los actos propios, confianza legítima y seguridad jurídica, la Administración ha sido clara y reiterativa que los informes de ejecución aprobando los pagos mensuales del contrato de suministro Nro. 001 de 2017, fue únicamente sobre las raciones recibidas satisfactoriamente, existiendo salvedades en dichas actas, razón por lo cual, el presente incumplimiento es coherente con las observaciones surtidas en su momento por la supervisión e interventoría, se itera, el contratista conoce de su incumplimiento, toda vez que no se hicieron los pagos correspondientes, no obstante no exime de responsabilidad al contratista frente al perjuicio ocasionando por la omisión en el suministro oportuno de las raciones.

Por lo anterior expuesto, la Directora del Departamento Administrativo Jurídico actuando de conformidad con el Decreto Municipal 059 de 2013 y en uso de las facultades otorgadas por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011,

RESUELVE

ARTICULO 1°. NO REPONER el acto administrativo Nro. 594 del 6 de noviembre de 2018, por medio del cual se declaró el INCUMPLIMIENTO CONSTITUTIVO DE RECLAMACIÓN DE INCUMPLIMIENTO del CONTRATO DE SUMINISTRO No. 001 del 2017, por los complementos alimenticios tipo almuerzo y complementos AM/PM en distintas instituciones educativas de Armenia, durante los días 13,14,16,17, 21, 24 y 27 de marzo de 2017; 1,2,5,12 y 22 de septiembre de 2017; 3,5,17,18,20,23,24,25,26 y 31 de octubre de 2017; y 10 y 17 de noviembre del año 2017, imputable a la UNIÓN TEMPORAL VIDA QUINDÍO, identificada con el NIT.901.058.226-6, representada por el señor JAVIER CANTILLO ESPAÑA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.082.897.305; cuyos integrantes son: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL, identificada con el NIT 806006013 - 7, representada legalmente por el señor LUIS ALBERTO OLIVO ORTEGA, identificado con cédula de ciudadanía número 9.020.938 con un porcentaje de participación del 50% y CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO E INTEGRACIÓN DE LOS MUNICIPIOS DEL MAGDALENA Y COLOMBIA - CODIMUMAG, identificada con el NIT. 900.094.365-0, representada legalmente por JORGE ALFONSO ECHEVERRI PULGARIN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.032.405.774, con un porcentaje de participación del 50%.



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

RESOLUCIÓN NÚMERO 610 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2018

Lo anterior, para efectos de aplicar el numeral 2, artículo 7 de la Ley 80 de 1993, por lo cual, el pago del perjuicio por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

ARTÍCULO 2º. ORDENAR hacer efectiva la cláusula penal por valor a NUEVE MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$9.064.186.00).

ARTICULO 3º. ORDENAR Hacer efectiva la garantía única de cumplimiento contenida en la Póliza N° 41-44-101186478, expedida por la compañía aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A**, a favor del Municipio de Armenia frente al siniestro de incumplimiento, dando aplicación a los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007.

Parágrafo. En caso de que la Administración adeude saldos al contratista, producto de las obligaciones derivadas del contrato de suministro No. 001 de 2017, se aplicará de manera preferente la figura de la compensación que tratan los artículos 1714 y siguientes del Código Civil.

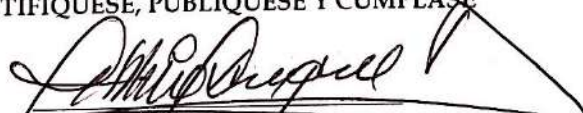
ARTÍCULO 4. El presente acto administrativo una vez en firme, presta mérito ejecutivo ordenando su pago al contratista y al garante.

ARTÍCULO 5º. La presente resolución se entiende notificada en estrados, y contra la presente decisión no procede ningún recurso.

ARTÍCULO 6º. Publicar la presente Resolución para garantizar el principio de publicidad y el debido proceso en la página de contratación www.contratos.gov.co y se ordena informar a la Cámara de comercio para el correspondiente registro.

Dado en el Municipio de Armenia, Quindío, el día diecinueve (19) del mes de noviembre del año dos mil dieciocho (2018).

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE


~~DEBBIE DUQUE BURGOS~~
Directora
Departamento Administrativo Jurídico

Proyectó: Laura Juliana R.G y Leidy Cecilia V.C - Abogadas contratistas
Revisó y ajustó: Gustavo Adolfo Pineda Aguirre - Abogado Contratista