Resolución N° 3341 de 2021 16 JUN 2021

"Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por posible incumplimiento de la Aceptación de la Oferta 1370 de 2018 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y WR Ingenieros Avaluadores S.A.S"

LA DIRECTORA DE CONTRATACIÓN DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF

En uso de sus facultades legales y en especial las que confiere el artículo 4° de la Ley 80 de 1993, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, el artículo 14 del Decreto 987 de 2012, el Manual de Contratación del ICBF y;

CONSIDERANDO

I. La naturaleza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la competencia de la Dirección de Contratación para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio

1. Que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, creado por la Ley 75 de 1968, reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7ª de 1979, su Decreto Reglamentario 2388 de 1979 y el Decreto 1084 de 2015; sus estatutos fueron aprobados mediante Decreto 334 de 1980, modificado parcialmente por los Decretos 1484 de 1983 y 276 de 1988, reestructurado por los Decretos 1137 de 1999 y 2746 de 2003 y, su organización interna establecida mediante Decretos 987 y 988 del 14 de mayo de 2012.

2. Que el artículo 14 del Decreto 987 de 2012 señala, dentro de las funciones de la Dirección de Contratación del ICBF, las siguientes: *"12. Adelantar el procedimiento administrativo por incumplimientos y las reclamaciones frente a entidades aseguradoras en la Dirección General y, asesorar y controlar a las Direcciones Regionales en esta materia"*, y *"13. Adelantar el procedimiento para la imposición de las multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento a que haya lugar en materia contractual, en coordinación con los supervisores pertinentes, en la Dirección General y, asesorar y controlar a las Direcciones Regionales en esta materia"*.

3. Que, en concordancia con esa norma reglamentaria, en lo que respecta al trámite del asunto, el numeral 1.4.3. del Manual de Contratación del ICBF, fija en la Dirección de Contratación la función de: *"2. Adelantar el trámite, presidir las audiencias y expedir los actos administrativos de imposición de multas, declaratoria de incumplimiento y demás sanciones contractuales originadas en los contratos o convenios suscritos por los ordenadores del gasto de la Dirección General"*.

II. La competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF para declarar el incumplimiento del Contrato 1713 de 2013, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y hacer el cobro de las garantías

4. Que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 autoriza a las entidades estatales a declarar el incumplimiento contractual, a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y a hacer efectivas las garantías, siempre y cuando en el correspondiente contrato se hubiere pactado la mencionada cláusula penal pecuniaria.

5. Que el artículo 3º del CPACA dispone que uno de los principios de las actuaciones administrativas es el del debido proceso, el cual, en virtud del cual, en materia de sanciones administrativas: *"se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem".*

6. Que, en cumplimiento de esas exigencias normativas, en el numeral 5 de la Aceptación de la Oferta 1370 de 2018, las partes acordaron las sanciones por incumplimiento, así: "*CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: A) En caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento total o del contrato, el ICBF podrá hacer efectiva una pena, como tasación anticipada de perjuicios, por un monto del 20% del valor. B) en el evento del que el contrato sea ejecutado de manera parcial y el contratista incumpla de manera absoluta cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato, el ICBF, podrá hacer efectiva un apena equivalente al 3% del valor del contrato, como tasación anticipada de perjuicios, por cada obligación especifica incumplida de manera absoluta. C). si el contratista incumple de manera absoluta diferentes obligaciones específicas del contrato, la imposición de las penas no podrá en todo caso superar el 21% del valor del contrato. D). si el contratista ejecuta de manera parcial o defectuosa cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato y la entidad acepta recibir parcialmente la obligación adeudada, en dicho caso el contratista tendrá derecho a que se le reduzca proporcionalmente la pena del 3% tomando en consideración el grado de ejecución de la obligación ejecutada imperfectamente. E) Si el contratista ejecuta de manera tardía cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato, el ICBF, podrá hacer efectiva una pena como tasación anticipada de perjuicios, por un monto 0.1% del valor del contrato por cada día transcurrido desde la fecha en que se debió ejecutar la prestación contractual debida, hasta que se verifique su cumplimiento sin que el valor de la pena exceda el 3% de valor del contrato. F) el cobro de la cláusula penal pecuniaria no impedirá que el ICBF reclame judicialmente la totalidad de los perjuicios causado en lo que exceda la cláusula penal pecuniaria. G) el contratista autoriza que le ICBF descuente de las sumas que adeude, los valores correspondientes a al clausula pena pecuniaria".*

7. Que el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 dispone que: *"los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato"*. En concordancia con esa norma, el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 dispone que las entidades estatales pueden hacer efectivas las garantías pactadas mediante acto administrativo en el cual se: *"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".*

8. Que en el numeral 3 de la Aceptación de la Oferta 1370 de 2018 se pactó, como obligación a cargo del contratista WR Ingenieros Avaluadores S.A.S, la concerniente a *"EL CONTRATISTA se compromete a constituir a favor del ICBF, una garantía que podrá consistir en una póliza de seguro expedida por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en formato para entidades particulares que otorgue los siguientes amparos y cumpla todas las condiciones que se señalan a continuación: 1. Cumplimiento: Por una cuantía equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo de ejecución y seis (6) meses más.2.Calidad del servicio: Por una cuantía equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo de ejecución y seis (6) meses más. 3.Pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales: Por un monto equivalente al quince por ciento (15%) del valor del contrato y por el plazo de ejecución del mismo y tres meses más. 4. Responsabilidad civil extracontractual: Por un monto equivalente a doscientos (200) SMMV, con una vigencia igual al pazo de*

ejecución del contrato. Con ocasión de la responsabilidad extracontractual, que se pudiera llegara a tribuir a la administración pública, por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas u subcontratistas de conformidad con el Decreto 1802 de 2015 (...)".

9. Que, en cumplimiento de esa obligación contractual, el contratista WR Ingenieros Avaluadores S.A.S presentó la póliza de seguro de cumplimiento N° 15-44-101198462, expedida por Seguros del Estado S.A., que fue aprobada el 04 de julio de 2018, la cual cubre los amparos de cumplimiento por valor de $14.000.000, de calidad del servicio por $14.000.000 y de salarios y prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales por valor de $10.500.000.

10. Que, en consecuencia, el ICBF se encuentra habilitado legal y contractualmente para aplicar el procedimiento de debido proceso y, en caso de encontrarse probado el incumplimiento del contrato, proceder a su declaración en sede administrativa, con la correspondiente posibilidad de hacer efectivas las garantías, atendiendo lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

III. Antecedentes contractuales relevantes

11. Que el 3 de julio de 2018, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el WR Ingenieros Avaluadores S.A.S, suscribieron la Aceptación de Oferta de N° 1370 de 2018, con el objeto de *"Realizar los avalúos comerciales y dictámenes periciales de los bienes inmuebles rurales y urbanos de propiedad del ICBF ubicados en todo el territorio nacional y los que requiera para el cumplimiento de sus funciones o los que se requieran para el apoyo a la gestión administrativa."*, con un valor de SETENTA MILLONES DE PESOS ($70.000.000)

12. Que el plazo de ejecución del contrato se pactó en meses (5) meses y diecinueve (19) días, contados a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.

13. Que la firma contratista WR INGENIEROS AVALUADORES realizó la entrega de los informes correspondientes a los dictámenes periciales realizados a los inmuebles de propiedad del ICBF que se encontraban ocupados ilegalmente por terceros, los cuales hacían parte de los productos solicitados en la Aceptación de Oferta 1370 de 2018.

14. Que, mediante memorando con radicado No. I-2019-009792-0101 de fecha 25 de enero de 2019, el Coordinador del Grupo de Gestión de Bienes del ICBF remitió los dictámenes periciales a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto, con el fin de que, a través de estos insumos, se adelanten los procesos reivindicatorios con los que se pretende la recuperación de los predios del ICBF.

15. Que, mediante memorando con radicado No. I-2019-023088-0101 de fecha 05 de marzo de 2019, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica informó al Coordinador del Grupo de Gestión de Bienes, la necesidad de aclaración y complementación de los dictámenes periciales relacionados con inmuebles de propiedad del ICBF que fueron remitidos, considerando que no se ajustan a las especificaciones técnicas requeridas, señalando que *"no se establece quien o quienes están habitando los predios y en qué calidad (tenedor o poseedor) lo que resulta necesario para determinar la clase de acción que debe instaurarse y quienes han de conformar la parte demandada"* y respecto a los linderos señala *"resulta conveniente precisar si los mismos han cambiado; de advertirse lo anterior, deberán indicarse los linderos actuales,*

pues este aspecto en particular (La debida identificación del bien) constituye un requisito axiológico en el evento de iniciarse la acción reivindicatoria sobre ese bien raíz."

16. Que, mediante oficio No. S-2019-03164304-0101 de fecha 21 de marzo de 2019, el Coordinador del Grupo de Gestión de Bienes solicitó a la firma WR INGENIEROS AVALUADORES aclaración y corrección de los dictámenes periciales, con el fin de que se aplique lo señalado en el numeral 2.8.13 de la Aceptación de Oferta, específicamente en la verificación de linderos y composición del inmueble, así como la identificación de las personas que habitan los inmuebles, la calidad en la que lo habitan u ocupan, desde qué momento, los derechos y acciones que se ejercen sobre el mismo y en qué proporción de ser el caso.

17. Que, mediante oficio No. S-2019-0209984-0101 de fecha 11 de abril de 2019, el Director Administrativo del ICBF reiteró a la firma WR INGENIEROS AVALUADORES S.A.S., la necesidad de la aclaración y corrección de los dictámenes periciales rendidos.

18. Que, por su parte, la firma WR INGENIEROS AVALUADORES S.A.S., a través de comunicación No. 20191222000002190 2 de fecha 21 de junio de 2019, en respuesta a la comunicación anterior, señaló que:
"En el numeral 6.7 de cada uno de los dictámenes se enuncia que ***No se pudo ingresar al predio, se encuentra invadido, o los propietarios no se encuentran en él, o no quisieron recibir la visita, cabe anotar que en muchos de ellos los funcionarios se vieron amenazados por la toma de fotos, por lo tanto no se pudo realizar la verificación de linderos y composición del inmueble, y por consiguiente tampoco la determinación e identificación de las personas que habitan, la calidad en la que habitan, desde que momento y los derechos que ejercen sobre el inmueble****. En el numeral 6.5 se verificaron los linderos con respecto a la cartografía encontrada en cada uno de los municipios, pues debido a la imposibilidad de ingresar al inmueble fue imposible la verificación de estos en terreno."* (resalto y subraya fuera de texto)

19. Que, mediante memorando No. 20191224000001200 3, de fecha 21 de junio de 2019, el Director Administrativo remitió a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF la respuesta dada por la firma WR INGENIEROS AVALUADORES S.A.S.

20. Que mediante memorando No. 20191043000007741 3 de fecha 10 de septiembre de 2019, dirigido al Director Administrativo, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica se pronuncia sobre la respuesta dada por el Contratista, señalando que los dictámenes rendidos por dicha firma carecen de la determinación de las persona o personas que estaban ocupando los predios y la calidad de esa ocupación, tarea que estaba pactada dentro de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018 y que son necesarios para iniciar las acciones de saneamiento correspondiente.

21. Que, de acuerdo con la revisión realizada por el ICBF, los dictámenes periciales entregados por el contratista, correspondientes a inmuebles invadidos que no contienen la información solicitada en el numeral 2.8.13 de la Aceptación de Oferta 1370 de 2018, se relacionan a continuación, indicando fecha de radicación de cada de ellos y fecha de solicitud de corrección o ajuste por parte del ICBF:

Resolución N° 3341 de 2021 16 JUN 2021

"Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por posible incumplimiento de la Aceptación de la Oferta 1370 de 2018 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y WR Ingenieros Avaluadores S.A.S"

No.	IDENTIFICACIÓN DICTAMEN PERICIAL	DIRECCION O LOCALIZACIÓN	MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	FOLIO MATRICULA INMOBILIARIA	FECHA RADICACIÓN INFORMES	FECHA SOLICITUD DE CORRECCIÓN O AJUSTE
1	WR - 267 - 2018	CALLE 2 No. 6-22 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38145	10/12/2018	21/03/2019
2	WR - 277- 2018	EL SALVIO - VEREDA LA CUBA	LENGUAZAQUE	CUNDINAMARCA	172-29093	28/12/2018	21/03/2019
3	WR - 290 - 2018	EL VOLCAN - VEREDA LA CUBA	LENGUAZAQUE	CUNDINAMARCA	172-29725	28/12/2018	21/03/2019
4	WR - 292- 2018	LOTE 20 PARCELACION - VEREDA CALAHORRA	CAJICA	CUNDINAMARCA	176-19829	28/12/2018	21/03/2019
5	WR - 293- 2020	LOTE 2B - VEREDA BOJACÁ	CHIA	CUNDINAMARCA	50N-1002064	28/12/2018	21/03/2019
6	WR - 294 - 2018	LOTE EL MILAGRO - VEREDA CENTRO ALTO	SOPÓ	CUNDINAMARCA	176-10975	28/12/2018	21/03/2019
7	WR - 295 - 2018	CALLE 2 No. 6-42 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38153	28/12/2018	21/03/2019
8	WR - 296 - 2018	CALLE 2 No. 6-46 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38152	28/12/2018	21/03/2019
9	WR - 297 - 2018	CARRERA 3 No. 2-135 - CENTRO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38149	28/12/2018	21/03/2019
10	WR - 298 - 2018	CALLE 5 No. 5-46 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38151	28/12/2018	21/03/2019
11	WR - 300 - 2018	CARRERA 8 No. 23-41/45	GIRARDOT	CUNDINAMARCA	307- 656	28/12/2018	21/03/2019
12	WR - 154 - 2018	CARRERA 28 No. 40A-17 - LA MILAGROSA - COMUNA No. 9 - BUENOS AIRES	MEDELLIN	ANTIOQUIA	001-9838	25/09/2018	21/03/2019
13	WR - 155 - 2018	CARRERA 40 No. 52-32 - BOSTON COMUNA 10 - LA CANDELARIA	MEDELLIN	ANTIOQUIA	01N-5171622	25/09/2018	21/03/2019
14	WR - 157 - 2018	CALLE 1AA No. 2C-33 - CALLE 58 SUR No. 63-35 - CORREGIMIE	MEDELLIN	ANTIOQUIA	001-558940	25/09/2018	21/03/2019

		NTO SAN ANTONIO DE PRADO					
15	WR - 158 - 2018	CALLE 44A No. 69-61 NARANJAL - COMUNA No. 11 LAURELES - ESTADIO	MEDELLIN	ANTIOQUIA	001-42816	25/09/2018	21/03/2019
16	WR - 159 - 2018	CARRERA 81 No. 52B-114 - FERRINI - COMUNA No. 12 LA AMERICA	MEDELLIN	ANTIOQUIA	01N-5078727	25/09/2018	21/03/2019
17	WR - 163 - 2018	TRANSVERSAL 65E No. 41B-45 - APTO 502 BLOQUE 13 - CONJUNTO RESIDENCIAL TORRES DE PARMA ETAPA VI - LA MANSION - COMUNA No. 8 VILLA HERMOSA	MEDELLIN	ANTIOQUIA	01N-5066283	25/09/2018	21/03/2019
18	WR - 257 - 2018	CALLE 72 No. 40-94 - EL POMAR - COMUNA 3 MANRIQUE	MEDELLIN	ANTIOQUIA	01N-5105225	10/12/2018	21/03/2019

22. Que los dictámenes periciales fueron entregados por el contratista al ICBF en las siguientes fechas: (i) 25 de septiembre de 2018; (ii) 10 de diciembre de 2018 y (iii) 28 de diciembre de 2018. Es de anotar que los informes fueron recibidos sin observaciones por la supervisión del contrato, pero atendiendo a la naturaleza del objeto contractual, en la Aceptación de Oferta 1370 de 2018 se contempló que el ICBF podría solicitar ajustes o aclaraciones a los avalúos dentro de un (1) año contado a partir de la fecha de radicación de los informes en la entidad, solicitud que se hizo efectiva por parte de la supervisión dentro del período señalado.

23. Que, teniendo en cuenta la respuesta dada por el contratista, el pronunciamiento de la Oficina Asesora Jurídica y la revisión realizada por el Grupo de Gestión de Bienes, ambos del ICBF, respecto a los dictámenes periciales de los inmuebles invadidos entregados a la entidad, la supervisión del contrato consideró pertinente la elaboración de informe para inicio de proceso administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento de la Aceptación de Oferta 1370 de 2018, en lo referente al posible incumplimiento de las siguientes obligaciones.

"(...) 2. ESPECIFICACIONES TECNICAS DE LOS INSUMOS, BIENES, PRODUCTOS, OBRAS O SERVICIOS A ENTREGAR

2.1 ESPECIFICACIONES GENERALES DE LOS AVALÚOS COMERCIALES

2.1.5 Teniendo en cuenta que la vigencia del avalúo es de (1) un año contado a partir de la fecha de radicación en el ICBF, en el evento que se soliciten ajustes o aclaraciones a los avalúos, la vigencia contará a partir de la radicación o presentación de la correspondiente aclaración o ajuste en el ICBF en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 del decreto 1420 de 1998

2.1.6. El contratista debe realizar las correcciones o la verificación de inconsistencias encontradas durante el proceso de control de calidad que se realice al informe entregado, las cuales se podrán solicitar durante la revisión que adelante el ICBF de los informes de avalúo e incluso en cualquier momento, siempre y cuando el avalúo se encuentre vigente

(...)

2.8. En relación con los dictámenes periciales debe cumplir los siguientes requisitos:
(Artículos 226, 228 CGC)

2.8.13. Para los procesos reivindicatorios y/o de restitución de la tenencia a título distinto de arrendamiento.

Además de los requisitos antes señalados, los dictámenes periciales deben tener:

2.8.13.1. Verificación de linderos y verificación del inmueble
2.8.13.2. Determinar e identificar las personas que habitan el citado inmueble, la calidad en la que lo habitan u ocupan, desde que momento, los derechos y acciones que ejercen sobre el mismo y en qué proporción de ser el caso.

2.8.13.3. Determinar el valor de los frutos naturales o civiles percibidos por cada uno de los ocupantes del inmueble respecto del inmueble, y de los dejados de percibir por el ICBF desde su ocupación y hasta el momento de realización del dictamen.

IV. El procedimiento administrativo sancionatorio seguido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF para la garantía del debido proceso administrativo

24. Que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en desarrollo del derecho al debido proceso administrativo consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y del principio del debido proceso administrativo consagrado en el artículo 3° del CPACA, establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de las sanciones contractuales, incluyendo la declaratoria de incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y el cobro de las garantías.

25. Que el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, al determinar la forma en que las entidades estatales pueden hacer efectivas las garantías, dispuso que *"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".*

26. Que, en cumplimiento de las funciones que le eran propias el Supervisor del Contrato, mediante comunicación recibida en la Dirección de Contratación con el No. 20191224000033683 de fecha 25 de noviembre de 2019, remitió el informe de supervisión y solicitud de inicio de proceso sancionatorio de naturaleza contractual por el presunto incumplimiento de la Aceptación de Oferta de N° 1370 de 2018.

27. Que, del contenido del informe citado en el considerando anterior, el supervisor centra su reparo en un presunto incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales, específicamente en la no entrega de los dictámenes periciales de los bienes inmuebles de conformidad con las especificaciones señaladas en el contrato, particularmente el numeral 2.1 subnumerales 2.1.5 y 2.1.6, así como numeral 2.8 subnumerales 2.8.13, 2.8.13.1, 2.8.13.2, 2.8.13.3.

28. Que, mediante comunicación remitida por medios electrónicos de 21 de abril de 2020, desde la Dirección de Contratación del ICBF se citó al contratista y su garante a la instalación de la audiencia pública de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 por presunto el incumplimiento de obligaciones derivadas de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018 a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.,** en su calidad de Garante del Contratista, según póliza de seguro de cumplimiento N° 15-44-101198462 por presunto incumplimiento de obligaciones derivadas de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018, fijándose para el día 12 de mayo de 2020.

29. Que, en los correos de citación, el ICBF hizo mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento, se enunciaron las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, con base en el informe de supervisión a la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018, recibido en la Dirección de Contratación del ICBF mediante comunicación No. 20191224000033683 del 25 de noviembre de 2019.

30. Que la audiencia de descargos y debido proceso descrita en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se instaló el día 12 de mayo de 2021, con la comparecencia del representante legal del Contratista y el apoderado del Garante.

31. Que, instalada la audiencia de descargos y debido proceso, se dio lectura a la normatividad aplicable, y se concedió el uso de la palabra al representante legal del Contratista para que presentara sus descargos, rindiera las explicaciones del caso, aportara pruebas y controvirtiera las aportadas por la entidad. El Contratista, en uso de su oportunidad procesal el representante de la firma contratista procedió a realizar recuento de las particularidades técnicas la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018, fundando su defensa en los siguientes puntos de manera principal:

a. El contratista manifiesta sorpresa respecto de la imputación que dio origen al llamado dentro del presente procedimiento, sobre todo en consideración a la fecha de fenecimiento del plazo contractual, la cual se materializó el pasado 30 de diciembre de 2018.

b. Por su parte, manifestó que, durante la visitas y reuniones adelantadas en virtud de la ejecución contractual con los funcionarios del ICBF, realizadas en las sedes de Bogotá y Medellín, fue puesta de presente la razón por la que no se obtuvo registro de las personas que habitaban los inmuebles objeto del contrato señalando que ello obedeció a un hecho ajeno a su voluntad y, por ende, no imputables al contratista.

c. A juicio del Contratista, a fecha de 30 de diciembre de 2018, el ICBF recibió a entera satisfacción los productos derivados de la relación contractual conforme el numeral octavo de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018, razón por la cual se realizaron los pagos a los cuales se acompaña el certificado emitido por el supervisor en la que indica que se cumplieron con todos los requisitos contractuales.

d. El contratista señala que, de conformidad con lo pactado en el contrato, el ICBF contaba con la potestad de solicitar aclaraciones hasta por un periodo de un (1) año posterior al recibo de los productos correspondientes.

e. Respecto de las diligencias efectuadas para el cumplimiento de objeto del contrato, el contratista señala que en el departamento de Antioquia, los predios en su mayoría están ubicados en las comunas 8,10, Manrique y Naranjal, a las cuales, acompañados de un funcionario del ICBF, al momento de realizar la verificación de linderos conforme los certificados de tradición y libertad y escrituras públicas de los predios, se presentaron aglomeraciones de personas que se negaron a prestar información respecto de los mismos, al punto que se presentaron agresiones en contra de los funcionarios de WR Ingenieros Avaluadores S.A.S que estaban realizando la actividad. En este escenario, se hizo necesario el abandono de los predios en salvaguarda de la integridad de los participantes.

f. Respecto del cumplimiento del objeto contractual, el contratista señala que, en los departamentos Cundinamarca y Boyacá, lugares a los que asistieron colaboradores de su representada en compañía del funcionario del ICBF Jaime Eduardo Mosquera, se presentó situación similar de agresión y renuencia a suministrar los datos objeto de reproche.

g. Igualmente, señaló que, en reuniones con el funcionario del ICBF Jaime Eduardo Mosquera, se puso en conocimiento del ICBF la situación de los diferentes predios y se determinó que con el fin de garantizar el objeto contractual se asignaría el acompañamiento directamente por parte del ICBF.

h. El contratista señaló que los informes periciales de los predios presentados y recibidos por el ICBF cuentan con la información de los linderos y fueron recibidos desde el Instituto sin reparo alguno.

i. Manifestó, igualmente, que en los informes periciales de cada uno de los predios con la situación pormenorizada, se encuentra la justificación de por qué no fue posible para su representada adjuntar la información relacionada con las personas que habitaban los predios. A su vez señala que, en su concepto, la citación a audiencia de descargos no tuvo en cuenta el acta de finalización del contrato, ni las actas de las reuniones adelantadas con el funcionario Jaime Eduardo Mosquera, así como la certificación en la que el ICBF determina el cumplimiento del contrato.

j. Para efectos de corroborar la información suministrada, el contratista solicita se llame a declarar al señor Jaime Eduardo Mosquera, así como, que se haga una visita aleatoria a los predios objeto del contrato en compañía del Instituto, para verificar las circunstancias fácticas puestas de presente en esta sesión de audiencia.

32. Acto seguido, se concedió el uso de la palabra al apoderado del Garante para que presentara sus descargos, rindiera las explicaciones del caso, aportara pruebas y controvirtiera las aportadas por la entidad, quien ejerció el derecho de defensa como se describe a continuación:

a. Conforme lo descrito en los literales J y K de la citación enviada por la Entidad, es posible extraer que la entidad recibió a satisfacción el objeto contractual dentro del término correspondiente establecido para tal fin.

b. Respecto de las actuaciones posteriores a la terminación del contrato, señala que, como se expresa en lo expuesto por parte del representante del contratista, la Entidad solo se encontraba facultada, dentro del año siguiente al recibo para solicitar aclaraciones y/ o realizar observaciones a lo recibido, por lo cual en su concepto ya se cumplió y feneció la etapa procesal para configurar el incumplimiento de contrato, en los términos del llamado realizado.

c. Acudiendo a la teoría de los actos propios realiza énfasis en el recibo a satisfacción emitido desde la Entidad a consecuencia del cumplimiento de las obligaciones principales, asegurando que el llamado contractual corresponde a puntos específicos en los cuales solo se haya pendiente la aclaración.

d. Solicitó fueran tenidos en cuenta los argumentos expuestos por parte del contratista, de las que en su opinión es posible evidenciar que se ponía en riesgo la vida de los funcionarios de la firma contratista al intentar ingresar a los predios objeto del contrato para realizar recaudo de la información correspondiente.

e. En su concepto, para el caso en comento se encontraría probada causal de eximente de responsabilidad ya que las obligaciones supuestamente incumplidas por el contratista se configuran gracias al hecho de un tercero *"Condiciones generales del contrato de seguro No.12: Los amparos otorgados en la presente póliza no operaran cuando los daños a la entidad estatal asegurada se generen por: 2.1: Causa extraña, esto es, fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero"* dado esto se entiende que las obligaciones del contrato que no se cumplieron en su momento por el hecho de un tercero que eran las personas que habitaban los predios, negándose a otorgar la información objeto del contrato.

f. El garante coadyuva la solicitud probatoria erigida desde el representante de la firma contratista, respecto del testimonio del funcionario Jaime Eduardo Mosquera.

g. Solicitó a la Entidad un tiempo prudencial, en virtud de la emergencia de salud pública actual, para que el contratista remita las actas y demás pruebas documentales en su poder y que soportan sus descargos.

33. Habiéndose agotado la etapa de descargos dentro del procedimiento de la referencia, el Instituto procedió con el decreto de pruebas, dentro del procedimiento administrativo en los siguientes términos:

a. A solicitud de parte.

Testimoniales: Se decretó la práctica de prueba testimonial respecto del señor Jaime Eduardo Mosquera, optándose por la revisión de hoja de vida SIGEP y los demás reportes que obren dentro de la entidad para identificar el domicilio y los datos necesarios para realizar la citación correspondiente del testigo.
Documentales: Se reconocen como pruebas documentales las que sean aportadas por parte del representante de la firma contratista, dentro del término perentorio de diez (10) días hábiles concedidos por el despacho para el aporte de los documentos soporte de sus descargos, sin perjuicio de la facultad legal para aportar los que consideren pertinentes en cualquier parte de la actuación administrativa hasta antes de la emisión de pronunciamiento de fondo.

b. De oficio.

Documentales: Se ordenó la inclusión del expediente contractual a la presente actuación.

Resolución N° 3341 de 2021 16 JUN 2021

"Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por posible incumplimiento de la Aceptación de la Oferta 1370 de 2018 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y WR Ingenieros Avaluadores S.A.S"

34. Que, en comunicación con radicado No. 20201240000259551 de fecha de 03 de septiembre de 2020, se remite citación dirigida al señor Jaime Eduardo Mosquera Escobar, con el fin de recibir su testimonio dentro del proceso administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de la oferta No. 1370 de 2018.

34.1 Que, conforme las comunicaciones allegadas a los interesados el día 03 de septiembre de 2020 se procede con la reanudación de la audiencia pública dentro del procedimiento administrativo sancionatorio contractual por el presunto incumplimiento de la aceptación de oferta No. 1370 de 2018, diligencia que tuvo por objeto la práctica de prueba testimonial al señor Jaime Eduardo Mosquera,

34.2 En presencia del contratista y su garante, así como del testigo, se realizan los pormenores de ley se concede el uso de la palabra al contratista para que proceda con las preguntas dentro de la diligencia, circunstancia que se desarrolla en los siguientes términos:

- *¿Cuál fue el papel que usted tuvo en el contrato que firmo WR INGENIEROS AVALUADORES SAS con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con la aceptación de la oferta MC-001370-2018?* El señor Jaime Eduardo Mosquera indica que se desempeñaba como contratista asignado al grupo de bienes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y apoyaba al Dr. Félix Joaquín quien era el supervisor del contrato.
- *¿Usted fue participe directo en la supervisión del contrato?* a lo que el señor Jaime Eduardo Mosquera indica: así es.
- *¿Usted conoce si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar canceló todos los dineros pertinentes al contrato a la empresa WR INGENIEROS AVALUADORES SAS?* El señor Jaime Eduardo Mosquera indica que apoyó a la supervisión hasta finales del 2018 porque cedió su contrato para enero de 2019, por lo que, desconoce, desde la fecha indicada, si se ejecutó en la totalidad el pago presupuestal.
- *¿Conoce usted cuales eran los requerimientos que se necesitaban para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cancelara los dineros generados por la ejecución de las labores a la empresa WR INGENIEROS AVALUADORES SAS?* El señor Jaime Eduardo Mosquera indica que para que se autorizara el pago básicamente era la entrega a satisfacción del producto, en este caso lo avalúos y los dictámenes periciales.
- *¿Por qué necesariamente había una aprobación del supervisor en la que certificaba el cumplimiento de todos los requisitos del contrato?* El señor Jaime Eduardo Mosquera precisa que, si bien es cierto, el recibo a satisfacción daba como causal el pago de acuerdo al producto que se entregaba, la ficha técnica, dentro de la aceptación de la oferta tenía unas fechas extendidas para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicitara las respectivas aclaraciones dentro de los avalúos. En ese caso, si bien es cierto, se hacia el pago del avalúo se tenía una vigencia adicional, la misma que esta otorgada por el Decreto 422 del 2000, para el ICBF hiciera la solicitud formal al avaluador de que hiciera ajustes o ampliaciones sobre esos avalúos y dictámenes. Dicho esto, reitera que se podía hacer el pago, pero no estaba supeditado a que después se pudieran solicitar las aclaraciones y las ampliaciones correspondientes sobre los informes avalúos y dictámenes periciales.
- *¿Se solicita se sirva determinar sí solicitar una aclaración o complemento constituye incumplimiento en el contrato?* a lo que el señor Jaime Eduardo Mosquera precisa que sí hubo una negación sobre la modificación y la aclaración en su criterio podría darse el incumplimiento.

- Se pregunta *¿sí recuerda alguna reunión o reuniones en las que el equipo técnico de WR INGENIEROS AVALUADORES SAS apoyado con los sucesos de Medellín incluso con algunas aclaraciones del señor abogado Juan José Gonzales, le hubiera manifestado los inconvenites que se tuvieron en la visita de algunos predios invadidos y que eran propiedad del ICBF?* a lo que el señor Jaime Eduardo Mosquera se pronuncia indicando que sí se manifestaron inconvenientes, sobre todo con relación a predios que estaban invadidos, ya que estos requieren de una orden judicial para poder tener su ingreso, por lo que, las visitas que el testigo acompañó, se constató que no se podía ingresar a esos predios sin contar con orden judicial. El mismo, manifiesta haber solicitado apoyo por parte de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF sin una respuesta efectiva.
- *¿Usted acompaño en alguna o algunas visitas el personal técnico de WR INGENIEROS AVALUADORES SAS?* el señor Jaime Eduardo Mosquera indica que sí realizó acompañamiento para los avalúos y para los dictámenes periciales en el departamento de Cundinamarca, recalcando los inconvenientes presentados para el ingreso a los predios sin previa orden judicial.
- *¿Noto negligencia por parte del personal técnico de WR INGENIEROS AVALUADORES SAS para cumplir con la exigencia del contrato?* el señor Jaime Eduardo Mosquera precisa que se preestablecieron unos cronogramas con el contratista para visitas que se realizarían y que se trataron de visitar todos los bienes inmuebles, haciendo énfasis en el vocablo se "trataron", ya que al momento de llegar a los predios invadidos no podía acceder a los mismos, el resto de los predios a los que se podían ingresar fueron avaluados conforme los cronogramas.
- *¿Sí dentro de los tiempos en los que él estuvo asesorando la supervisión de contrato se dio alguna vez comunicación para WR INGENIEROS AVALUADORES SAS por alguno de los funcionarios que tenían que ver con el resultado del trabajo, en el que se manifestará algún posible incumplimiento por parte del contratista?* A lo que el señor Jaime Eduardo Mosquera precisa que, desde el inicio de la ejecución en el mes de julio hasta enero de 2019, los requerimientos eran realizados por él y Clara Esperanza Soledad a través de Felix Joaquín Orozco, quien hacía las veces de supervisor de la Aceptación de Oferta 1370 de 2018, es decir desde el grupo de bienes del ICBF, al que él pertenecía.
- *¿Recuerda dos comunicaciones dirigidas por la empresa WR INGENIEROS AVALUADORES SAS, una de fecha 8 marzo de 2019 y otra del 23 de abril del 2019, donde textualmente se dice " aclaración y corrección de dictámenes periciales" en los cuales WR INGENIEROS AVALUADORES SAS respondió uno a uno los requerimiento que se le habían hecho?* el señor Jaime Eduardo Mosquera reitera que para el mes de enero de 2019 ya no se encontraba como contratista del ICBF y desconoce las comunicaciones objeto de consulta.
- *¿Durante el tiempo que estuvo asesorando la supervisión del contrato vio algún indicio de incumplimiento por parte de la empresa o noto negligencia para responder los requerimientos que usted hizo en su momento?* A lo que el señor Jaime Eduardo Mosquera responde en negativa argumentando que los cronogramas y avalúos se cumplieron conforme fue posible de acuerdo con las circunstancias.

34.3 Que, acto seguido, se concedió el uso de la palabra al apoderado del Garante para que formulará las preguntas que encontrara pertinentes, frente a los hechos que pretende probar en el marco de la actuación administrativa, quien formuló preguntas al testigo, en los siguientes términos:

- *¿Considera usted que problemas a los que hizo referencia se debieron en algún momento a una posible mala ejecución del contrato por parte de WR INGENIEROS AVALUADORES SAS?* A lo que el testigo responde que no, que hubo hechos ajenos tanto a la empresa contratista como al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y que sin un acompañamiento de la policía no se podía acceder a los predios, agregando que se ponía en peligro la integridad física de los intervinientes.
- *¿El contratista reporto estos problemas oportunamente?* A lo que el testigo responde que, si se manifestó, a través de correo electrónico al Dr. Félix Joaquín Orozco y en las reuniones dentro del contrato además de que fue testigo de los hechos en algunas oportunidades.
- *¿Cómo respondió el ICBF ante la imposibilidad de ejecutar ciertas obligaciones?* A lo que el señor Jaime Eduardo Mosquera respondió que en el caso en comento se realizó visita a los inmuebles y se reunió toda la información catastral para hacer el análisis. Sostuvo que el hecho de no conocer los nombres de las personas que habitaban en los predios no era óbice para realizar el dictamen pericial objeto del contrato. Pone de presente de manera adicional que en el conocimiento que tiene del contrato que la ficha técnica no exigía el nombre de las personas que se encontraban ocupando los predios.

34.4 Que, posteriormente, el despacho formuló las preguntas al testigo con el fin de buscar la verdad material de los hechos ocurridos y que dieron origen a la presente actuación administrativa, en los siguientes términos:

- *¿Recuerda usted, si a los predios que se en listan a continuación, acompañó a realizar las visitas y de haberlo hecho puede informar si existieron situaciones que impidieran llevar acabo la visita en las condiciones establecidas en el contrato 1370 de 2018 y en que consistieron?*

No.	IDENTIFICACION DICTAMEN PERICIAL	DIRECCION O LOCALIZACION	MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	FOLIO MATRICULA INMOBILIARIA	FECHA RADICACIÓN INFORMES	FECHA SOLICITUD DE CORRECCION O AJUSTE
1	WR - 267 - 2018	CALLE 2 No. 6-22 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38145	10/12/2018	21/03/2019
2	WR - 277-2018	EL SALVIO - VEREDA LA CUBA	LENGUAZAQUE	CUNDINAMARCA	172-29093	28/12/2018	21/03/2019
3	WR - 290 - 2018	EL VOLCAN - VEREDA LA CUBA	LENGUAZAQUE	CUNDINAMARCA	172-29725	28/12/2018	21/03/2019
4	WR - 292-2018	LOTE 20 PARCELACION - VEREDA CALAHORRA	CAJICA	CUNDINAMARCA	176-19829	28/12/2018	21/03/2019
5	WR - 293-2020	LOTE 2B - VEREDA BOJACÁ	CHIA	CUNDINAMARCA	50N-1002064	28/12/2018	21/03/2019

6	WR - 294 - 2018	LOTE EL MILAGRO - VEREDA CENTRO ALTO	SOPÓ	CUNDINAMARCA	176-10975	28/12/2018	21/03/2019
7	WR - 295 - 2018	CALLE 2 No. 6-42 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38153	28/12/2018	21/03/2019
8	WR - 296 - 2018	CALLE 2 No. 6-46 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38152	28/12/2018	21/03/2019
9	WR - 297 - 2018	CARRERA 3 No. 2-135 - CENTRO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38149	28/12/2018	21/03/2019
10	WR - 298 - 2018	CALLE 5 No. 5-46 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38151	28/12/2018	21/03/2019
11	WR - 300 - 2018	CARRERA 8 No. 23-41/45	GIRARDOT	CUNDINAMARCA	307- 656	28/12/2018	21/03/2019

A lo que el señor Jaime Eduardo Mosquera responde que como había indicado anteriormente, estos bienes estaban en el cronograma de dictámenes periciales. Precisa que en el municipio de Facatativá no les abrieron la puerta, en Chía tuvieron resistencia por parte de las personas que estaban allí recibiendo amenazas con machetes, en Lenguazaque no pudieron acercarse demasiado solo tomaron fotos, así como en los demás municipios enlistados.

34.5 Que, sin más preguntas, se da por terminada la práctica de prueba testimonial. Determinándose la comunicación por medios electrónicos conforme la autorización dada por las partes de la reanudación de fecha y hora de la diligencia para la toma de decisión de fondo en el asunto.

35. Que, en consideración a lo descrito, el ICBF agotó adecuadamente las etapas propias del procedimiento conforme lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por lo cual es procedente dar paso al análisis de los argumentos esgrimidos con el fin de emitir decisión de fondo sobre el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de WR INGENIEROS AVALUADORES SAS, derivadas de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018.

V. Consideraciones sustanciales del ICBF para resolver

A. Potestad sancionatoria en materia contractual de las Entidades Estatales

36. Que, conforme la jurisprudencia existente se ha determinado la definición conceptual acerca de lo que debe entenderse como la potestad sancionadora de la administración pública y su finalidad. Así, en sentencia C-818 de 2005, señaló que *"a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas".*

37. Que la jurisprudencia administrativa ha reconocido facultad a la administración para que en uso de los mecanismos a su disposición propenda por la consecución de los intereses generales materializados a través el contrato estatal. En ese sentido, la administración deberá propender para dar cabal cumplimiento al objeto y obligaciones pactados en el contrato, logrando el desarrollo y satisfacción de los fines de la contratación pública, así como las prestaciones a su cargo, por medio de prerrogativas que le permiten desarrollar relaciones contractuales en una situación de superioridad, prevalente, privilegiada, pero sobre todo reglada, frente al particular contratista.

38. Que dichas prerrogativas se encuentran determinadas por la ley y, entre otras, corresponden a la declaratoria de caducidad, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral de los contratos, la cláusula de reversión, y la imposición por sí misma de multas y sanciones derivadas de los incumplimientos contractuales por medio de la imposición cláusula penal pecuniaria[1]. La imposición de multas y sanciones, así como la declaratoria de caducidad para los contratos estatales, son manifestaciones de la llamada potestad sancionatoria de la administración pública o *ius puniendi* del Estado, la cual se basa en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

39. Que, conforme se indicó, las facultades otorgadas a las Entidades se encuentran regladas y limitadas conforme la aplicabilidad de los principios propios de la actuación administrativa, así como los derechos propios de los intervinientes y el respeto de las garantías mínimas procedimentales relacionadas de manera principal con el derecho al debido proceso y su garantía del derecho a la defensa y contradicción en desarrollo de la actuación administrativa según su naturaleza. Para el caso en comento, es preciso señalar que el procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tiene por objeto hacer uso de las facultades estatales en pro de la consecución de los fines del estado por medio de la efectiva ejecución del contrato estatal, conforme a los parámetros técnicos, administrativos, financieros y jurídicos exigidos por la Entidad contratante, que garanticen la materialización de la cobertura de las necesidades perseguidas con la contratación estatal.

40. Que, conforme a lo expuesto, la administración pública y, en el caso concreto, el ICBF, tiene la facultad de sancionar al contratista que no ha ejecutado, o que ha ejecutado tardía y/o defectuosamente el objeto contractual o alguna de obligaciones pactadas en el contrato, mediante la declaratoria de incumplimiento parcial o total, con la imposición adicional de las sanciones de orden pecuniario convenidas, tales como la cláusula penal pecuniaria y/o las multas en criterios de *ratione tempori*.

41. Que para determinar si hay lugar o no a la imposición de una sanción al contratista WR INGENIEROS AVALUADORES SAS, en primer lugar, es preciso hacer notar que, como quedó expuesto en los antecedentes de esta decisión, se garantizó el derecho al debido proceso y el derecho de contradicción, los sujetos procesales tuvieron la oportunidad de presentar sus descargos, aportar y controvertir las pruebas aportadas por la Entidad, por lo que, resulta procedente el análisis del acervo probatorio y demás actuaciones de defensa

[1] Según el Consejo de Estado, las sanciones contractuales pueden ser: *"(i) pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas".* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 10 de octubre de 2013, Radicación 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157).

con el fin de identificar el acaecimiento de presunto incumplimiento contractual y las consecuencias jurídicas que de encontrarse probado el mismo podrían derivarse para el contratista.

B. <u>Las obligaciones contractuales supuesta incumplidas por parte de WR INGENIEROS AVALUADORES SAS.</u>

42. Que, como se puede evidenciar del informe expedido por el supervisor del contrato, el presunto incumplimiento que se atribuye al Contratista se centra, fundamentalmente, en la no entrega de los dictámenes periciales de los bienes inmuebles de conformidad con las especificaciones señaladas en el contrato, particularmente, en el numeral 2.1 subnumerales 2.1.5 y 2.1.6, así como numeral 2.8 subnumerales 2.8.13, 2.8.13.1, 2.8.13.2, 2.8.13.3, es decir, que para los procesos reivindicatorios y/o de restitución de la tenencia a título distinto de arrendamiento, los dictámenes periciales carecen de: (i) verificación de linderos y verificación del inmueble; (ii) determinación e identificación de las personas que habitan el citado inmueble, la calidad en la que lo habitan u ocupan, desde que momento, los derechos y acciones que ejercen sobre el mismo y en qué proporción de ser el caso; y (iii) determinación del valor de los frutos naturales o civiles percibidos por cada uno de los ocupantes del inmueble respecto del inmueble, y de los dejados de percibir por el ICBF desde su ocupación y hasta el momento de realización del dictamen.

43. Que, en otras palabras, no se trata de un incumplimiento total o definitivo, sino de un cumplimiento imperfecto, en tanto los dictámenes periciales elaborados no satisfacen integralmente las exigencias contractuales y, por lo mismo, no son los productos que había contratado el ICBF.

44. Que, para soportar esos supuestos incumplimientos, el supervisor adjunta a su informe: (i) copia de los requerimientos realizados al Contratista; (ii) copia de las comunicaciones cruzadas entre el supervisor y el Contratista conforme los requerimientos contractuales realizados; (iii) copia de las actas de reuniones adelantadas y relacionadas con el presunto incumplimiento (iv) Copia de dictámenes periciales relacionados con el presunto incumplimiento contractual, trazabilidad de la cual se dejó expresa constancia en el capítulo III del presente acto administrativo.

45. Que, establecida la posición del supervisor del contrato respecto de los posibles incumplimientos, a continuación, se procederá con el análisis probatorio respecto del reparo efectuado por la supervisión, de la siguiente manera:

C. <u>En relación con el supuesto incumplimiento en la entrega de dictámenes periciales sin el cumplimiento de los requisitos pactados contractualmente.</u>

46. Que el supervisor en el informe de presunto incumplimiento remitido con radicado 20191224000013386 3 del 25 de noviembre de 2019, reprocha la falta de aclaración y/o corrección de dictámenes periciales conforme los requisitos contractuales, pese a que realizó, en repetidas ocasiones, solicitudes de corrección al contratista por presuntas omisiones en el contenido de dichos documentos, específicamente en el cumplimiento de los requisitos exigidos en el numeral 2.8.13 de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018, relacionados con los procesos reivindicatorios y/o de restitución de la tenencia a título distinto de arrendamiento.

Resolución N° 3341 de 2021 16 JUN 2021

"Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por posible incumplimiento de la Aceptación de la Oferta 1370 de 2018 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y WR Ingenieros Avaluadores S.A.S"

47. Que, en virtud de la situación expuesta en el considerando anterior, no fue posible obtener la documentación completa para los predios que se describen a continuación:

No.	IDENTIFICACIÓN DICTAMEN PERICIAL	DIRECCION O LOCALIZACIÓN	MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	FOLIO MATRICULA INMOBILIARIA	FECHA RADICACIÓN INFORMES	FECHA SOLICITUD DE CORRECCIÓN O AJUSTE
1	WR - 267 - 2018	CALLE 2 No. 6-22 - CHAPIÑERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38145	10/12/2018	21/03/2019
2	WR - 277- 2018	EL SALVIO - VEREDA LA CUBA	LENGUAZAQUE	CUNDINAMARCA	172-29093	28/12/2018	21/03/2019
3	WR - 290 - 2018	EL VOLCAN - VEREDA LA CUBA	LENGUAZAQUE	CUNDINAMARCA	172-29725	28/12/2018	21/03/2019
4	WR - 292- 2018	LOTE 20 PARCELACION - VEREDA CALAHORRA	CAJICA	CUNDINAMARCA	176-19829	28/12/2018	21/03/2019
5	WR - 293- 2020	LOTE 2B - VEREDA BOJACÁ	CHIA	CUNDINAMARCA	50N-1002064	28/12/2018	21/03/2019
6	WR - 294 - 2018	LOTE EL MILAGRO - VEREDA CENTRO ALTO	SOPÓ	CUNDINAMARCA	176-10975	28/12/2018	21/03/2019
7	WR - 295 - 2018	CALLE 2 No. 6-42 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38153	28/12/2018	21/03/2019
8	WR - 296 - 2018	CALLE 2 No. 6-46 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38152	28/12/2018	21/03/2019
9	WR - 297 - 2018	CARRERA 3 No. 2-135 - CENTRO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38149	28/12/2018	21/03/2019
10	WR - 298 - 2018	CALLE 5 No. 5-46 - CHAPINERO	FACATATIVÁ	CUNDINAMARCA	156-38151	28/12/2018	21/03/2019
11	WR - 300 - 2018	CARRERA 8 No. 23-41/45	GIRARDOT	CUNDINAMARCA	307- 656	28/12/2018	21/03/2019
12	WR - 154 - 2018	CARRERA 28 No. 40A-17 - LA MILAGROSA - COMUNA No. 9 - BUENOS AIRES	MEDELLIN	ANTIOQUIA	001-9838	25/09/2018	21/03/2019
13	WR - 155 - 2018	CARRERA 40 No. 52-32 - BOSTON COMUNA 10 - LA CANDELARIA	MEDELLIN	ANTIOQUIA	01N-5171622	25/09/2018	21/03/2019

14	WR - 157 - 2018	CALLE 1AA No. 2C-33 - CALLE 58 SUR No. 63-35 - CORREGIMIENTO SAN ANTONIO DE PRADO	MEDELLIN	ANTIOQUIA	001-558940	25/09/2018	21/03/2019
15	WR - 158 - 2018	CALLE 44A No. 69-61 NARANJAL - COMUNA No. 11 LAURELES - ESTADIO	MEDELLIN	ANTIOQUIA	001-42816	25/09/2018	21/03/2019
16	WR - 159 - 2018	CARRERA 81 No. 52B-114 - FERRINI - COMUNA No. 12 LA AMERICA	MEDELLIN	ANTIOQUIA	01N-5078727	25/09/2018	21/03/2019
17	WR - 163 - 2018	TRANSVERSAL 65E No. 41B-45 - APTO 502 BLOQUE 13 - CONJUNTO RESIDENCIAL TORRES DE PARMA ETAPA VI - LA MANSION - COMUNA No. 8 VILLA HERMOSA	MEDELLIN	ANTIOQUIA	01N-5066283	25/09/2018	21/03/2019
18	WR - 257 - 2018	CALLE 72 No. 40-94 - EL POMAR - COMUNA 3 MANRIQUE	MEDELLIN	ANTIOQUIA	01N-5105225	10/12/2018	21/03/2019

48. Que, por su parte, el Contratista en su defensa manifestó que la intervención de terceros (ocupantes de los predios como poseedores) imposibilitó la toma de datos solicitados, situación que fue informada oportunamente de su parte y constatada por funcionarios del ICBF, determinándose que el presunto incumplimiento contractual no le sería imputable. Como medio de prueba para sustentar su argumento, solicitó la prueba testimonial del apoyo a la supervisión de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018.

49. Que, al respecto, la compañía garante coadyuvó la defensa esgrimida por el Contratista, reiterando el recibo a satisfacción de los dictámenes periciales presentados por su afianzada, además de la existencia de causal eximente de responsabilidad determinada en el actuar de un tercero.

50. Que, a juicio de este despacho, es claro que las obligaciones reportadas por la supervisión como presuntamente incumplidas se encuentran pactadas dentro del vínculo contractual que da origen a la presente actuación administrativa, por lo que, en primera medida, la ejecución de estas obligaciones a cargo del contratista debía cumplirse de acuerdo con lo allí previsto.

51. Que, de acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra probado que efectivamente el contratista no ejecutó los trabajos encomendados por el supervisor -hecho que nunca fue desvirtuado por el contratista en sus descargos-, lo cual, por sí mismo, debería ser suficiente para concluir que existe un incumplimiento contractual. No obstante, es necesario determinar si dicha inejecución de las obligaciones contractuales a cargo del contratista tiene alguna clase de justificación válida y, por lo mismo, no se trata de un verdadero incumplimiento contractual susceptible de ser sancionado.

52. Que, en ese sentido, la doctrina ha destacado que una cosa es el incumplimiento contractual y otra el simple no cumplimiento contractual, respecto de lo cual solo el primero de ellos puede generar responsabilidad. Según la doctrina: *"Al margen de las dos instituciones contrapuestas [cumplimiento e incumplimiento] está la insatisfacción del acreedor por el no cumplimiento del deudor: este no cumplió, pero no incumplió. Su conducta diferente de la exigida en el título acarreó ese resultado nocivo para el acreedor, sin embargo de lo cual no se le deduce responsabilidad o esta se atempera, e inclusive en oportunidades resulta liberado de la propia obligación, como también de la aneja indemnizatoria, ora por haberse debido aquellas conductas y situaciones a un elemento extraño, ora, simplemente, por no haber sido culposa (arts. 1616 [inc. 2.°] y arts. 1729 ss. c.c.)"*[2].

53. Que el Contratista en su defensa manifestó que, a pesar de los esfuerzos realizados para obtener la información requerida para la gestión de los procesos reivindicatorios y/o de restitución de la tenencia a título distinto de arrendamiento, entre los cuales se encuentran las visitas realizadas a cada predio, no fue posible obtener la determinación e identificación de las personas que habitan el citado inmueble, la calidad en la que lo habitan u ocupan, desde que momento, los derechos y acciones que ejercen sobre el mismo y en qué proporción de ser el caso, y la determinación del valor de los frutos naturales o civiles percibidos por cada uno de los ocupantes del inmueble respecto del inmueble, y de los dejados de percibir por el ICBF desde su ocupación y hasta el momento de realización del dictamen. En otras palabras, el Contratista alega la existencia de un *hecho del tercero* como causal eximente de su responsabilidad contractual.

54. Que, al respecto, el garante del contrato, manifestó que se configura el eximente de responsabilidad denominado "*hecho de un tercero*", en tanto que las obligaciones no pudieron ser cumplidas por el contratista, debido a que las personas que habitaban los predios no permitieron obtener la información necesaria para emitir los dictámenes periciales objeto del contrato.

55. Que el Consejo de Estado ha expresado que para que un hecho proveniente de un tercero tenga la entidad suficiente para eximir de responsabilidad a un sujeto obligado se requiere:

> *"(i) **Que sea la causa exclusiva del daño**. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subrogue en los derechos del afectado para*

[2] HINESTROSA, Fernando. "Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones", en *Revista de Derecho Privado*, n° 36, Bogota, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2019, p. 24.

pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención .

*(ii) **Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad**, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado.*

*(iii) **Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad**; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, "sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor".*

*En relación con **la imprevisibilidad, se señala que este elemento no se excluye la responsabilidad con la simple posibilidad vaga o abstracta de que el hecho pueda ocurrir, sino con la posibilidad concreta y real de que tal hecho pudiera ser previsto**. Y en relación con la irresistibilidad, cabe señalar que ésta se vincula con juicios de carácter técnico y económico, es decir, que la valoración sobre la resistibilidad de los efectos del suceso involucra una valoración de los avances de la técnica, pero también de los recursos de que deba disponerse para conjurar los del daño.*

Para que el hecho del tercero constituya causa extraña y excluya la responsabilidad de la entidad demandada no se requiere ni que aparezca plenamente identificado en el proceso ni que el tercero hubiere actuado con culpa, porque la relación causal es un aspecto de carácter objetivo. Lo determinante en todo caso es establecer que el hecho del tercero fue imprevisible e irresistible para la entidad demandada, y que su actuación no tuvo ningún vínculo con el servicio, amén de haber constituido la causa exclusiva del daño"[3].

56. Que, frente a esos requisitos, es preciso hacer notar que durante la presente actuación se obtuvo el testimonio del señor Jaime Eduardo Mosquera quien fungió como apoyo a la supervisión de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018, quien manifestó, además de haber acompañado las visitas realizadas por el contratista a los predios objeto de reparo por parte del supervisor del contrato, que no fue posible ingresar a estos inmuebles debido a situaciones ajenas a la responsabilidad del contratista y al no contar con una orden judicial que permitiera el ingreso a estos predios.

57. Que, a juicio de este Despacho, además de los documentos recibidos a satisfacción durante la ejecución del contrato y la certificación de cumplimiento entregada en su momento a contratista, a través del testimonio rendido por el apoyo a la supervisión de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018, se pudo establecer que el contratista dio cumplimiento al cronograma de visitas previstas para recaudar la información prevista para elaborar los

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de febrero de 2013, expediente 18.148.

dictámenes periciales y adelantar los procesos reivindicatorios y/o de restitución de la tenencia a título distinto de arrendamiento, sin que haya podido llevarse a feliz término, por hechos de terceros que lo impidieron, poniendo en riesgo la integridad de quienes acompañaron esas visitas, y sumado a no contar con una orden judicial que lo permitiera pese a solicitarse el apoyo de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF.

58. Que, además, del dicho de quien fue el apoyo a la supervisión de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018 se evidencia que la causa única que impidió hacer los ajustes en los avalúos fue la intervención de los terceros que impidieron realizar la totalidad de las actividades asociados a dichos avalúos, intervención esta que es absolutamente ajena al contratista y que puede ser calificada como imprevisible -en el sentido de que si bien podía pensarse vagamente que ello pudiera llegar a pasar, no se determinó en el negocio jurídico la posibilidad real y concreta de que efectivamente ello podría pasar, por lo cual, a la luz de la jurisprudencia administrativa, se configura la imprevisibilidad- y como irresistible -en el sentido de que nada podía hacer el contratista para evitar las afectaciones que los terceros pudieran hacer a su trabajo-. En ese orden de ideas, no cabe duda de que se configura el hecho del tercero como causal de exoneración de responsabilidad contractual.

59. Que, en esos términos, el cumplimiento de la obligación pactada en el contrato resultaba imposible para el Contratista, pues, en primer lugar, no se contaba con una orden judicial que permitiera garantizar el acceso a los predios, y, por otro lado, esta actividad, en algunas ocasiones, puso en riesgo la integridad física de quien acompañaba las visitas, es decir, personal de apoyo a la supervisión y el equipo del contratista. Por otra parte, queda claro que el contratista entregó al ICBF los dictámenes periciales de todos los predios que fueron objeto del contrato, pues ello da cuenta el informe de supervisión que originó la presente actuación, a los cuales incorporó la información que en el marco de sus capacidades contractuales pudo obtener.

60. Que, frente a lo anterior, no debe perderse de vista que, como consecuencia de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, las obligaciones de un contrato estatal siempre deben ser interpretadas en concordancia con lo previsto en la Constitución Política. En ese sentido, resulta inaceptable pretender que el contratista puede ser obligado a cumplir con una obligación que puede poner en riesgo la integridad de su equipo de trabajo, como ocurriría en el caso concreto si se pretendiera obligar al contratista a obtener la información necesaria para adelantar los procesos reivindicatorios y/o de restitución de la tenencia a título distinto de arrendamiento, en el que hay terceros que lo impiden, más aún cuando la seguridad pública es un asunto que incumbe exclusivamente al Estado.

61. Que, en consecuencia, el no cumplimiento de las obligaciones reportadas como incumplidas por parte de la supervisión, es decir, el numeral 2.1 subnumerales 2.1.5 y 2.1.6, así como numeral 2.8 subnumerales 2.8.13, 2.8.13.1, 2.8.13.2, 2.8.13.3 de la Aceptación de Oferta No. 1370 de 2018, se encuentran plenamente justificadas por el Contratista en el testimonio rendido por el apoyo a la supervisión del contrato, motivo suficiente para este Despacho para concluir que no hay lugar a la declaración del incumplimiento contractual ni al cobro de la cláusula penal pecuniaria.

D. <u>Conclusión</u>

62. Que, con base en las anteriores consideraciones, el ICBF concluye que no resulta procedente la imposición de la sanción de incumplimiento parcial con exigibilidad de la cláusula penal

Resolución N° 3341 de 2021 16 JUN 2021

"Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por posible incumplimiento de la Aceptación de la Oferta 1370 de 2018 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y WR Ingenieros Avaluadores S.A.S"

pecuniaria con fines resarcitorios en contra de WR INGENIEROS AVALUADORES SAS, pues no resultaron probados los presuntos incumplimientos enunciados por el supervisor del contrato en el informe No. 201912240000133863 de fecha 25 de noviembre de 2019, el cual dio origen a la presente actuación administrativa.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CERRAR el presente procedimiento administrativo sancionatorio contractual en contra de WR INGENIEROS AVALUADORES SAS con NIT. 830096397, representado por William Mauricio Robledo Tangarife, con cédula de ciudadanía No. 80.073.222, adelantado con ocasión del presunto incumplimiento parcial de la Aceptación de la Oferta 1370 de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva.

ARTÍCULO SEGUNDO. La presente resolución se notifica en audiencia de acuerdo con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO TERCERO. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición el cual deberá ser interpuesto, sustentado y decidido en la misma audiencia de debido proceso, de acuerdo con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO CUARTO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria.

ARTÍCULO QUINTO. Ejecutoriada la presente resolución, procédase inmediatamente a la liquidación del contrato, de conformidad con la normatividad vigente, términos contractuales y la Guía del Supervisor de Contratos y Convenios suscritos por el ICBF.

ARTÍCULO SEXTO. Comunicar la presente Resolución al supervisor del contrato y a las dependencias y funcionarios encargados de atender su cumplimiento.

Dada en Bogotá D.C., 16 JUN 2021

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HELEN ORTIZ CARVAJAL
Dirección de Contratación

ROL	NOMBRE	CARGO	FIRMA
Revisó	Jorge Enrique Santos Rodríguez	Asesor Dirección de Contratación	
Revisó	Dayana Vargas	Contratista Dirección de Contratación	
Revisó	Christian Vitery	Contratista Dirección de Contratación	
Proyectó	Luisa Fernanda Díaz	Contratista Dirección de Contratación	