



MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

RESOLUCIÓN No 002231

(30 NOV 2020)

Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento del Contrato de Compraventa No. 163 de 2020

EL SECRETARIO GENERAL DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente las conferidas en la Ley 80 de 1993, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, Decreto 1082 de 2015, la Resolución de Delegación de Funciones No. 0014 del 8 de enero de 2013, modificada por la Resolución No. 1052 del 8 de abril de 2015, conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el procedimiento establecido en el Manual de Contratación del Ministerio de Salud y Protección Social, adoptado por la Resolución 5714 de 2018, modificada por la Resolución No. 1256 del 28 julio 2020, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Que ante la declaración del actual brote SARS-CoV-2 (Covid-19) como una pandemia por la Organización Mundial de la Salud - OMS y su propagación en el territorio nacional, el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 385 de marzo 12 de 2020, declaró el estado de emergencia sanitaria, inicialmente, hasta el 30 de mayo de 2020 y se adoptaron medidas tendientes a la prevención y control de la propagación del SARS-CoV-2 (Covid-19) y mitigar sus efectos.

Que el Gobierno Nacional, por medio del Decreto 417 de marzo 17 de 2020, declaró el "Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia del presente decreto" y, con posterioridad, esto es el 6 de mayo de 2020, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 637 de 2020, a través del cual declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional para la atención de los efectos derivados de la pandemia del SARS-CoV-2 (Covid-19), por el término de treinta (30) días calendario contados a partir de la vigencia de este decreto. Así mismo, el Ministerio de Salud y Protección Social, prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 31 de agosto de 2020 en todo el territorio nacional mediante la Resolución 844 de mayo 26 de 2020.

Que en este contexto, el Gobierno Nacional y el Ministerio de Salud y Protección Social han liderado el trabajo intersectorial y ha dispuesto una serie de medidas especiales en el marco de las fases de prevención, contención y mitigación del SARS-CoV-2 (Covid-19) con el propósito de proteger el derecho fundamental a la salud. En este contexto, y a partir de los valores de la población en riesgo identificada de acuerdo con el modelo determinístico implementado por el Instituto Nacional de Salud, se estimó la necesidad de ampliar la capacidad de camas de unidades de cuidado intensivo para la atención de casos de COVID-19, para lo cual, el uso de ventiladores invasivos resulta indispensable.

004

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Que el Ministerio de Salud y Protección Social, como mecanismo de reforzamiento y ampliación de la capacidad instalada de la red de prestación de servicios de salud del país, suscribió una serie de contratos para la adquisición de equipos biomédicos altamente especializados para la atención de los pacientes que lo requirieran; dentro de éstos, se encuentra el Contrato de Compraventa No. 163 de 2020, celebrado a través de la plataforma SECOP II con INSTRUMENTACION S.A. el 29 de marzo de 2020, cuyo objeto fue *"Adquisición de dotación biomédica para atender la emergencia ocasionada por la pandemia del COVID-19"*, celebrado en el marco de la urgencia manifiesta prevista en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, con el fin de enfrentar la emergencia generada por el SARS-CoV-2 (Covid-19), el cual tuvo su origen en la consideración que hiciera el MINISTERIO de la oferta presentada por INSTRUMENTACION bajo comunicación del 26 de marzo de 2020, en donde ofertó la venta de 1000 unidades del VENTILADOR DE CUIDADO INTENSIVO CAREFUSION VELA, con su correspondiente ficha técnica y condiciones comerciales, en las que se destaca su oferta irrevocable de entrega de las 1000 unidades *"en un tiempo estimado de 90 días (noventa días) a partir de la firma y legalización del contrato"* -plazo que se cumplió el pasado 29 de junio de 2020- conforme se lee en su propuesta, la cual hace parte integral del contrato conforme lo establece la cláusula vigésima cuarta del clausulado anexo.

Que en la Cláusula tercera del Contrato de Compraventa No. 163 de 2020, se estableció el plazo en los siguientes términos: *"El plazo de ejecución será a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución, y por el término de cinco (5) meses, sin superar la presente vigencia. La entrega de los equipos se efectuará según el cronograma de entregas dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social"*.

Que en la Cláusula Séptima del clausulado anexo al Contrato de compraventa No. 163 de 2020, DERECHOS, OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DEL CONTRATISTA, se establecieron las condiciones de cumplimiento del contrato, entre las cuales se encuentra:

"1. Entregar en las entidades que el MSPS determine los bienes objeto del contrato. El Contratista deberá cubrir con sus recursos y bajo su propio riesgo y responsabilidad el transporte de los equipos en el territorio nacional hasta las entidades que el MSPS determine en que los bienes serán instalados. Estas entregas se deberán realizar teniendo en cuenta los lineamientos establecidos por el Ministerio, o por quien este designe.

(...)

8. EL CONTRATISTA debe cumplir con la totalidad de las condiciones, calidades, cantidades y especificaciones contenidas en los estudios previos, los documentos e información técnica suministrada y la propuesta presentada. Por tanto, debe garantizar que cada equipo suministrado cumpla en todos los requisitos exigidos en la normatividad vigente, y con las características técnicas señaladas en las especificaciones esenciales descritas en la ficha técnica de los estudios previos.

(...)"

Que en cumplimiento de las condiciones de ejecución, para dar inicio al contrato, se expidió por parte de la Coordinadora del Grupo de Presupuesto de la entidad el Registro presupuestal No. 168620 del 29 de marzo de 2020 y, para amparar las obligaciones surgidas del contrato de compraventa No. 163 de 2020, el contratista constituyó la garantía única de cumplimiento No. 400025281 y la garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual - RCE No. 400025283 de fecha 1ero de abril de 2020 cuyo asegurador es la Compañía Nacional de Seguros S.A, de conformidad con la cláusula novena del clausulado anexo del contrato.

Que la póliza que contiene la garantía única fue aprobada por este Ministerio el día 1° de abril de 2020, fecha que marca el hito para el inicio de la ejecución del contrato, de

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

conformidad con la cláusula Vigésima Octava, Perfeccionamiento y Ejecución del contrato. En consecuencia, es a partir del 1º de abril de 2020 que se empezaron a contar los noventa (90) días ofrecidos por INSTRUMENTACIÓN S.A en su oferta del 26 de marzo de 2020 para realizar la entrega de los 1000 equipos contratados quedando dos meses restantes, el mes 4 y 5 de la ejecución del contrato para cumplir las demás obligaciones pactadas en el contrato, esto es el transporte, la instalación y capacitación, entre otras.

Que, en cuanto a la forma de pago, se pactó un pago anticipado del 50% del valor contratado, hasta por la suma de USD 7.735.000 a una tasa proyectada de \$4.500, para un valor total de hasta \$34.807.500.000, pagado a la TRM del día en que se efectuara el desembolso, previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, lo cual ocurrió, tal como se indicó en considerando anterior, el 1 de abril de 2020, -fecha en que se aprobó la póliza- y un segundo pago, por la suma de USD 7.735.000 a una tasa proyectada de \$4.500, para un valor total de hasta \$34.807.500.000, valor que será pagado a la TRM del día en que se efectúe el desembolso, previo recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato de los ventiladores.

Que la forma de pago se estableció tomando en consideración las condiciones de la compraventa enmarcadas por la inmediatez y urgencia de los bienes a adquirir, con el propósito de garantizar la liquidez de los posibles proveedores que debían salir al mercado para asegurar la adquisición de los equipos en existencia y producción, consideraciones que eran conocidas por las partes al momento de celebrar la contratación, atendiendo a que el mismo se celebró en plena extensión de la Pandemia, no sólo en el territorio colombiano, sino a nivel mundial.

Que, de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Quinta – Forma de Pago - en concordancia con el numeral 11 de la cláusula octava – Derechos y Obligaciones del Ministerio, el día 2 de abril de 2020, se efectuó el primer desembolso por concepto de pago anticipado, por la suma de USD 7.735.000 a una TRM de \$4.081,06 para un valor de \$31.566.999.100, tramite desarrollado previo la presentación de las exigencias contractuales necesarias para realizar el giro de los recursos al contratista INSTRUMENTACIÓN S.A.

Que la cláusula décima quinta del contrato de compraventa No. 163 de 2020: "Supervisión del contrato" estipuló lo siguiente: *"La supervisión del contrato estará a cargo del Director de Prestación de Servicios y Atención Primaria y el Jefe de la Oficina de Gestión Territorial, Emergencias y Desastres o a quien estos designen."* Esta designación de supervisión fue comunicada a los servidores públicos citados mediante correo electrónico del 29 de marzo de 2020, este último delegó la supervisión en el profesional Juan Carlos Garzón Mora, la cual fue le comunicada mediante correo electrónico del 30 de marzo de 2020.

Que, cumplidas por parte del MINISTERIO las obligaciones que hasta ese momento le eran exigibles, referentes a la expedición del registro presupuestal, la aprobación de la garantía única de cumplimiento y de Responsabilidad Civil Extracontractual - RCE y el desembolso del pago anticipado, en el marco de las funciones de supervisión, el MINISTERIO el día 21 de abril de 2020, con radicado número 202017000554481, se les solicitó a INSTRUMENTACIÓN S.A un informe detallado con corte a 30 de abril de 2020, en el que se identificara el avance de las actividades adelantadas para dar cumplimiento a las obligaciones del Contrato de compraventa No. 163 de 2020, así como el cronograma mensual de entregas, los requisitos técnicos y las preinstalaciones necesarias para la puesta en funcionamiento de los equipos ofertados, el listado de consumibles (circuitos, filtros, etc.) y cantidad por paciente para el normal funcionamiento del equipo ofertado e indicar si éstos, debían ser de la marca del fabricante o genéricos y el diligenciamiento del FORMATO PARA HOJA DE VIDA DE EQUIPOS BIOMÉDICOS para cada uno de los

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

equipos, según lo previsto en los numerales 7 y 14 de las obligaciones específicas del contrato suscrito con este Ministerio.

Que INSTRUMENTACION S.A. mediante comunicación FJB # 200505-01 de mayo 5 de 2020, recibida por la entidad y radicada bajo el No. 202042300761362 del 18 de mayo de 2020, dio respuesta a la comunicación antes indicada, informando las actividades desarrolladas en ejecución del contrato, proponiendo un cronograma de entregas según lo indicado por el fabricante en comunicación adjunta, de 150 ventiladores el para el día 15 de junio, 400 ventiladores para el día 15 de julio y 450 ventiladores para el día 15 de agosto de 2020, precisando los requisitos técnicos que era necesario suministrar por parte de cada institución hospitalaria para asegurar una correcta instalación y funcionamiento de los ventiladores VELA, el listado de consumibles que se requieren por paciente para asegurar el mismo propósito de correcto funcionamiento de los ventiladores y, finalmente, el formato de hoja de vida de los equipos diligenciado.

Que atendiendo a la propuesta de entregas presentada por el contratista, el MINISTERIO, a través de la supervisión, solicitó, mediante comunicación radicada con número 20201700812411 de junio 2 de 2020 dirigida a INSTRUMENTACIÓN S.A., el ajuste del cronograma de acuerdo con la oferta comercial de entrega a noventa (90) días a partir de la firma y legalización del contrato, presentada el 26 de marzo de 2020, la cual hace parte integral del instrumento contractual, conforme lo establece la cláusula vigésima cuarta del clausulado anexo, plazo que se traduce en la entrega de 1000 unidades a más tardar el 29 de junio de 2020

Que INSTRUMENTACIÓN S.A. a través de la comunicación FJB # 20200609-01 de junio 9 de 2020, recibida por la entidad y radicada internamente bajo el No. 202042300929232, manifestó que, en relación con la afirmación efectuada por el Ministerio de Salud y Protección Social de que el plazo de entrega de los equipos es de noventa (90) días, argumenta "(...) hoy, ante la situación que el mundo vive, hay demoras en las fábricas por la alta demanda de ventiladores y por la escasez de los componentes requeridos para la fabricación de los mismos.", manifiesta que se ha comunicado diariamente con el fabricante para lograr los mejores tiempos de despacho y poder instalar con prontitud, y adjunta comunicado de fábrica dirigido al Ministerio de Salud y Protección Social el 27 de marzo de 2020¹ en la cual indica que el suministro de los equipos se haría en los ciento cincuenta (150) días siguientes a la legalización del contrato.

Que, de igual manera, INSTRUMENTACION S.A. manifestó haber solicitado apoyo del cuerpo diplomático de Colombia en Estados Unidos para mediar con el Gobierno Norteamericano y con el fabricante con el propósito de lograr un pronto despacho de los ventiladores. Medida de gestión que en estricto sentido fue iniciativa del MINISTERIO, siendo preciso aclarar que la entidad, como parte del Gobierno Nacional, realizó las gestiones interinstitucionales con la Cancillería, considerando la necesidad de contar con los equipos Ventiladores contratados. Atendiendo la solicitud del Ministerio, la Cancillería entabló conversaciones directas con representantes del fabricante en las que le instó a la compañía VYAIRÉ a cumplir con su compromiso de entrega de equipos dentro de los plazos acordados contractualmente.

Que la Secretaria General del MINISTERIO mediante radicado 202042000880341, convocó a una reunión, con el fin de hacer seguimiento a la ejecución del Contrato de Compraventa No. 163 de 2020, la cual tuvo lugar el día 11 de junio de 2020, en desarrollo de la misma se hicieron presentes representantes de INSTRUMENTACION, para dar cuenta del estado

¹ Revisado el centro de correspondencia de la entidad, la comunicación emitida por el Director Comercial para América Latina Norte de VYAIRÉ MEDICAL el 27 de marzo de 2020, dirigida al Señor Ministro de Salud y Protección Social, presentada como Anexo No. 1 al comunicado FJB #20200609-01 de junio 9 de 2020, no fue radicada por dicho canal.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

de ejecución del contrato, y se realizaron, por parte del Ministerio, las exigencias de cumplimiento de la oferta comercial presentada por el contratista. En dicha reunión se puso, nuevamente de presente, la necesidad inminente de los equipos ante la situación de pandemia que vivía el país y se instó al contratista al cumplimiento del contrato en los términos pactados.

Que INSTRUMENTACION con radicado FJB # 20200617-01 de junio 17 de 2020, manifestó que:

"(...) la fábrica VyAIRE quien suministra los ventiladores VELA, nos estaba informado que tenía serios retrasos en la entrega de nuestra orden de 1000 ventiladores VELA, y que estaba proponiendo unas cantidades de entrega que no eran presentables, y que no corresponden con las entregas que requiere Colombia. Que habíamos estado hablando con fábrica en los últimos días sin lograr una mejora de la situación, y que la tarde anterior nos había confirmado telefónicamente que la situación era realmente delicada. Con el fin de documentar esta situación, nos permitimos adjuntar dos comunicados oficiales recibidos de fábrica (junto con su traducción simple al español) donde: en uno de los comunicados VyAIRE indica el crecimiento impronosticable de la demanda mundial por sus ventiladores y las situaciones globales no previsibles originadas por el COVID que están enfrentando y que afectan seriamente la producción de los ventiladores; en el otro comunicado VYAIRE indica los despachos que desde fábrica están en capacidad de hacer.

Como lo expresamos en nuestra reunión, somos conscientes que estas cantidades de ventiladores son insuficientes, que están fuera de nuestros compromisos de entrega, que también obedecen a situaciones incontrolables de fuerza mayor, y que como lo planteamos durante la reunión hemos estado en reuniones continuas con el primer nivel de directivos de VyAIRE con el fin de construir alternativas que permitan mejorar estos despachos.

Agradecemos el apoyo dado por la Cancillería de Colombia en USA para hacer una llamada diplomática al Vicepresidente Senior de VyAIRE Sr. Sandeep Chalke, requiriéndole por la máxima prioridad de despacho de los ventiladores para Colombia.

Continuamos en continua comunicación con fábrica y esperamos que en los próximos días la fábrica nos pueda confirmar mejores escenarios que compartiremos de inmediato con Usted."

Que anexo al oficio con radicado FJB # 20200617-01 de junio 17 de 2020 INSTRUMENTACION, adjuntó comunicación emitida por el director para Latinoamérica Norte de Vyaire Medical el 8 de junio y oficio expedido por el vicepresidente para Latinoamérica de Vyaire Medical, a través de las cuales se comunican dificultades en la fabricación de los equipos médicos, así como un nuevo cronograma de entregas de los equipos en las siguientes cantidades:

VENTILADOR VELA	Unidades Ordenadas	Junio	Julio	Agosto
	1.000	30	50	50

Que el día 19 de junio de 2020 INSTRUMENTACION mediante comunicación radicada FJB # 20200619-01, presenta una nueva programación de las entregas, sin embargo, se evidencia que no se realizaría de su parte la entrega de las 1.000 unidades contratadas dentro del plazo pactado en el contrato, como se evidencia a continuación:

Mes	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre
-----	-------	-------	--------	------------	---------

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Cantidad de ventiladores que entregará fábrica (FCA)	30 vent.	55 vent.	300 vent.	475 ventiladores	190 ventiladores
Ventiladores puestos en funcionamiento	Aprox 10 días después que el embarcador reciba la mercancía.	Aprox 10 días después que el embarcador reciba la mercancía.	Aprox 15 días después que el embarcador reciba la mercancía.	Aprox 15 días después que el embarcador reciba la mercancía.	Aprox 10 días después que el embarcador reciba la mercancía.

Que, de igual manera, INSTRUMENTACION indicó que el fabricante solicitó considerar el ventilador LTV para el cual tienen mejores tiempos de entrega porque tienen una gran producción para el gobierno de los Estados Unidos; manifestaron que se encuentran importando uno de estos equipos para ser evaluado y verificar si cumple con las condiciones requeridas por el MINISTERIO; se indicó que se seguirá trabajando con la fábrica para buscar la entrega de mayores unidades dentro de los términos del contrato; así mismo solicitan la prórroga del contrato en 3 meses.

Que el MINISTERIO, a través de la supervisión, manifestó que no era viable adelantar prórrogas al contrato, atendiendo a que el plazo pactado debe ser respetado ya que las fechas que ofreció la empresa en su propuesta inicial fueron las que llevaron al MINISTERIO a suscribir el contrato, de acuerdo al modelamiento epidemiológico que se hizo sobre la evolución de la pandemia en el país, y la necesidad de contar con los ventiladores en un momento específico; en cuanto a la posibilidad de considerar el ventilador LTV como un ofrecimiento alternativo al ventilador Carefusion Vela, en comunicación con radicado 202017000940231 del 24 de junio de 2020 se expresó que, adelantada la verificación respectiva por parte del equipo biomédico del Ministerio, se constató que dicho ventilador no cumplía con las especificaciones técnicas mínimas definidas por este Ministerio y con las que fue aprobado el equipo CAREFUSION VELA.

Que, mediante comunicación radicada con número 202017000940231 del 24 de junio de 2020, EL MINISTERIO, a través de la supervisión, dio respuesta a las comunicaciones FJB #20200609-01 y Anexo No. 1; FJB # 20200617-01; FJB # 20200619-01 de 9, 17, y 19 de junio respectivamente provenientes de INSTRUMENTACION, indicando, entre otros aspectos que, frente a la manifestación de entrega de los equipos contratados en un plazo de 150 días, no era de recibo tal propuesta teniendo en cuenta las condiciones de la oferta comercial en la cual el contratista se comprometió a realizar la entrega total dentro de los primeros noventa (90) días de ejecución del contrato, es decir, a más tardar el 29 de junio de 2020.

Que también se informó que revisado el centro de correspondencia del MINISTERIO, la comunicación emitida por el Director Comercial para América Latina Norte de VYAIR MEDICAL del 27 de marzo de 2020, dirigida al Señor Ministro de Salud y Protección Social, presentada como Anexo No. 1 al comunicado FJB #20200609-01 de junio 9 de 2020, no se encontró evidencia de que hubiera sido radicada oficialmente y, por ende, no se tuvo conocimiento de la misma sino hasta el 9 de junio de 2020 con la comunicación de INSTRUMENTACIÓN S.A. Adicionalmente, se requirió al contratista la entrega de los equipos en el plazo de ejecución pactado, por cuanto un término superior excedería el tiempo en que se requiere contar con los equipos adquiridos para hacer frente a la emergencia en el país, para lo cual se solicitó la presentación de un cronograma que respondiera al número total de equipos contratados y al plazo de ejecución pactado en el contrato 163 de 2020, a más tardar el 26 de junio de 2020; es de advertir que no se recibió la respuesta solicitada en su momento (*En comunicación posterior dio respuesta al mismo y aclaró que no había recibido la comunicación - ver radicado 202023001167301, correo del contratista del 1 de agosto de 2020 y oficio FJB # 20200805-01*). Por último, el Ministerio reiteró que el ventilador LTV no cumple con las especificaciones técnicas.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Que el MINISTERIO, a través de la supervisión, el día 7 de julio de 2020, con radicado 202023001009331, notificó el cambio en el estado del riesgo a la aseguradora NACIONAL DE SEGUROS- COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, empresa que expidió las pólizas que amparan la ejecución del contrato de compraventa No. 163 de 2020, con el propósito de informar que se había adelantado el seguimiento del cumplimiento del contrato mediante reuniones y comunicaciones con el contratista, sin que se observara por parte INSTRUMENTACION la forma de satisfacer las obligaciones comprometidas dentro del plazo del contrato, logrando la entrega únicamente de treinta (30) equipos en fecha 8 de julio de 2020 de un total de mil (1000) que para esta época se esperaban recibir. Por lo anterior se solicitó procurar mecanismos en conjunto con su asegurado que permitieran lograr el cumplimiento de lo pactado en los términos ofertados y contratados.

Que, el día 8 de julio de 2020 en las instalaciones de la entidad, se hicieron presentes representantes del garante del contrato de compraventa No. 163 de 2020 aseguradora NACIONAL DE SEGUROS- COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES y el intermediario de seguros, atendiendo la convocatoria realizada por el Ministerio bajo radicado No. 2020420001004301. En la reunión se expresaron las razones presentadas por el contratista INSTRUMENTACIÓN S.A frente a los retrasos en las entregas de los equipos y se le solicitó a la Aseguradora el apoyo para que su garantizado pudiera cumplir lo pactado dentro del plazo del contrato, advirtiéndole que el Ministerio no podía pactar prórrogas del contrato atendiendo las necesidades inminentes de contar con los equipos en las fechas contratadas, y, más aún, cuando no se evidenciaba mayor porcentaje de cumplimiento.

Que el día 13 de julio de 2020, mediante radicado 20200710-01, INSTRUMENTACIÓN S.A. confirmó la entrega, instalación y capacitación que corresponde a treinta (30) ventiladores, propuso la entrega de cien (100) ventiladores en julio, trescientos veinticinco (325) ventiladores en agosto y quinientos cuarenta y cinco (545) ventiladores en septiembre, presentó alternativas a los equipos adquiridos y manifestó las gestiones a desarrollar para mejorar los despachos.

Que INSTRUMENTACION, mediante comunicación FBJ #20200717-01 del 17 de julio de 2020, confirmó que la fábrica estaba trabajando para despachar la siguiente semana los cien (100) ventiladores VELA comprometidos para julio, el incremento del despacho de setenta y cinco (75) ventiladores en agosto, para un cronograma de entregas de treinta (30) ventiladores en junio, cien (100) en julio, cuatrocientos (400) en agosto y cuatrocientos setenta (470) en septiembre y manifiesta la posibilidad de entregar cien (100) ventiladores iX5 la primera semana de agosto, siendo este equipo una alternativa al VELA, para que sea considerada por parte del MINISTERIO.

Que el día 24 de julio de 2020, en intercambio de correos entre el MINISTERIO e INSTRUMENTACION, se precisaron las condiciones técnicas del ventilador iX5, para la revisión técnica por parte del equipo de biomédicos del Ministerio; estos correos se radican en la entidad bajo el número 202042301199232 del 27-07-2020. Así mismo, INSTRUMENTACION, mediante comunicación radicada en la entidad bajo el número 202042301212902 del 28 de julio de 2020, remitió la cotización No. CAMB-001-28072020 para el equipo iX5.

Que a las anteriores comunicaciones, el MINISTERIO dio respuesta mediante radicado 202023001167301, del 31 de julio de 2020, en el cual los supervisores se pronunciaron manifestando la imposibilidad de aceptar la propuesta de prorrogar la fecha de entrega de los ventiladores presentada por el contratista. Una vez más la supervisión reiteró la exigencia de dar cumplimiento al contrato con calidad y oportunidad.

Que INSTRUMENTACION, mediante oficio número FJB # 20200803-01, radicado internamente en el Ministerio bajo el número 202042301247752 del 3 de agosto de 2020,

30 NOV 2020

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

dio respuesta al requerimiento de la entidad bajo oficio 202023001167301, del 31 de julio de 2020, describiendo el contexto de la fabricación de los equipos que ha llevado al retraso en la entrega de los mismos, resaltando su experiencia y trayectoria; presentó nuevamente el cronograma de despachos concertado con la fábrica, incluyendo la posibilidad de entrega de doscientos (200) ventiladores de la referencia IX5 en el mes de agosto. Así mismo, relacionó todas las comunicaciones entre el Ministerio e INSTRUMENTACIÓN S.A. que se han venido indicando párrafos atrás.

Que el MINISTERIO dio respuesta a la comunicación anterior con el radicado 202023001200401 del 5 de agosto de 2020, haciendo precisión sobre algunos de los aspectos indicados por el contratista en la comunicación del 3 de agosto, ya referida y en los que se resalta lo siguiente: sobre el contexto de fabricación de los ventiladores se indicó que el contratista debió prever o gestionar con sus proveedores las acciones necesarias y la mitigación de los posibles riesgos de incumplimiento o cumplimiento tardío antes de comprometerse con su oferta a fin de ofrecer unas condiciones realizables en un contexto de antemano conocido, requiriendo del contratista mayores acciones que resulten en una ejecución significativa y dentro del plazo inicialmente pactado. En cuanto al cronograma, se reiteró que no es posible aceptar entregas y el cumplimiento de las obligaciones más allá del plazo previsto, el cual vence el 30 de agosto de 2020, por lo que nuevamente se le requirió un cronograma dentro de dicho plazo.

Que INSTRUMENTACION, el mismo 5 de agosto de 2020, remite mediante correo electrónico el oficio identificado con el número FJB # 20200805-01, respuesta al radicado 202017000940231 del 24 de junio de 2020, que en su momento no fue respondido y en el que se le había solicitado el cronograma. En su comunicado señala que no le fue posible recibir el radicado No.202017000940231 y por tal razón no había dado respuesta, ante un posible error en el envío del correo, puesto que se envió al dominio INSTRUMENTACIÓN S.A (con tilde, siendo correcto sin tilde). Pese a ello, hace referencia al plazo, indicando que el día que se suscribió el contrato remitió actualización del mismo conforme a comunicado de la fábrica, indicando que el plazo era de ciento cincuenta (150) días y no de noventa (90) días, como se señaló en la oferta inicial, que hace parte del contrato y señala un intercambio de correos con algunos funcionarios del Ministerio, para soportar que informó al contratante. De igual forma, mencionó las gestiones y los diferentes cronogramas que ha venido concertando con la fábrica para cumplir con la entrega de los equipos dentro del menor tiempo posible.

Que INSTRUMENTACION S.A, en respuesta al MINISTERIO, contenida en el oficio con radicado 202023001200401, bajo comunicación o FJB # 20200810-01 del 9 de agosto de 2020, remitió el cronograma solicitado por parte de la supervisión comprometiéndose con las siguientes entregas, siempre y cuando se le permitiera la entrega de doscientos (200) ventiladores de referencia IX5 (diferente a la referencia contratada).

TABLA 1: CRONOGRAMA SEMANAL VENTILADORES VELA:

Semana de producción	Cantidad Ventiladores VELA	Ventiladores listos en VYAIR Palm Spring	Ventiladores nacionalizados en Bogotá
AGOSTO 17	393	Viernes, agosto 21	Lunes, agosto 24
AGOSTO 24	107	Jueves, agosto 27	Sábado, agosto 29
SEPT 14	170	Viernes, sept 18	Lunes, Sept 21

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

TABLA 2: CRONOGRAMA VENTILADORES IX5:

Semana de producción	Cantidad Ventiladores IX5	Ventiladores listos en VYAIRÉ Sao Paulo Brasil	Ventiladores nacionalizados en Bogotá
AGOSTO 17	200	Viernes, agosto 21	Lunes, agosto 24

Que el MINISTERIO con oficio radicado 202023001214471 del 10 de agosto de 2020, dio respuesta a la propuesta de entrega de unidades del **ventilador IX5 del fabricante VYAIRÉ**, señaladas en las comunicaciones remitidas por INSTRUMENTACION (FJB # 20200710-01 del 13-07-2020; FJB # 20200717-01 del 17-07-2020; correo del 24 de julio con radicado interno 202042301199232; Cotización No. CAMB-001-28072020 con radicado interno 202042301212902 del 28-07-2020; y mencionado en respuesta FJB # 20200803-01 de 03-08/2020 con radicado 202042301247752) y entregó concepto técnico sobre la propuesta del ventilador IX5, indicando las razones técnicas y jurídicas por las que no es viable recibir el mismo.

Que, mediante radicado 202023001254241 del 18 de agosto de 2020, se dio respuesta por parte del MINISTERIO a los comunicados del 5 de agosto de 2020 (mediante el cual dio respuesta al radicado del Ministerio 202017000940231 del 24-06-2020) y FJB # 20200810-01 calendarado el 09 de agosto de 2020 reiterando que el plazo de la entrega de los equipos era de noventa (90) días y no de ciento cincuenta (150) días y se señaló que, ante el estado crítico de entregas e instalación de los equipos faltantes, y dado que se está a menos de un mes de finalizar el contrato, no es posible que las entregas y demás obligaciones derivadas del mismo superen el plazo del contrato actualmente pactado, siendo imposible para la supervisión aprobar el cronograma propuesto. Por lo anterior, se le requirió al contratista para que adoptara todas las medidas para dar cumplimiento al contrato y remitiera la programación de actividades y entregas para el mes de agosto, indicando como mínimo fecha de fabricación, fecha de entrega por parte del fabricante a INSTRUMENTACIÓN S.A, así como fechas de importación, nacionalización, instalación y capacitación, teniendo en cuenta que el contrato finalizaba dicho mes.

Que INSTRUMENTACION, el día 15 de agosto de 2020, mediante oficio #FJB 20200815-01, reiteró al MINISTERIO la alta demanda de equipos que ha llevado al fabricante VyAIRE a exceder la capacidad de producción de la industria y solicitó al ente ministerial reconsiderar el recibo de doscientos (200) ventiladores referencia IX5 acompañando dicha solicitud de dos escenarios de cronograma uno con entregas de IX5 y otro con entregas de ventiladores VELA; así:

OPCIÓN 1:

CRONOGRAMA BASADO EN EL SUMINISTRO DE VENTILADORES IX5 y VELA

VENTILADOR	Instalados	Agosto	Septiembre
VELA	130	500	20
IX5		350*	

*Debe confirmarse la aceptación hasta el 19 de agosto de 2020.

OPCIÓN 2:

CRONOGRAMA BASADO EN EL SUMINISTRO DE VENTILADORES VELA

VENTILADOR	Instalados	Agosto	Septiembre	Octubre
VELA	130	500	170	200

Que, en reunión llevada a cabo el 21 de agosto de 2020, la cual tenía por objeto dar seguimiento a la ejecución contractual del contrato de compraventa No. 163 de 2020², el Ministerio dio respuesta al oficio #FJB 20200815-01, reiterando las razones por las cuales

² En esta reunión estuvieron presentes los Supervisores por parte del Ministerio, la Interventoría ejercida por la Universidad Manuela Beltrán, y representantes del proveedor INSTRUMENTACIÓN S.A. y del Garante Nacional de Seguros

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

declinó la propuesta de recibir el equipo IX 5 en lugar del ventilador contratado inicialmente, decisión registrada en el acta de la respectiva reunión.

Que mediante Modificación No. 1 del día 24 de agosto de 2020 se varió el contrato de compraventa No. 163 de 2020 celebrado con INSTRUMENTACIÓN S.A, en cumplimiento de las estipulaciones contractuales pactadas en el contrato de prestación de servicios No. 9677-MECOV19-595-2020 celebrado entre EL FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, quién actúa a través de FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora, y la UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN-UMB cuyo objeto es la *"Prestación de servicios para realizar actividades técnicas, económicas y científicas en la fase de selección y evaluación de las ofertas que se reciban, para la contratación de la provisión de bienes y servicios requeridos para contener, mitigar y evitar la extensión de los efectos adversos derivados de la pandemia COVID-19 para el fortalecimiento del sistema de salud, así como la interventoría técnica, administrativa, financiera y legal de los contratos que se suscribían para este efecto"* y su Otrosí No.1 procediendo a modificar la cláusula Décima Quinta del contrato de compraventa No. 163 de 2020 eliminando la figura de la supervisión y reemplazándola por la figura de la interventoría del prenombrado contrato a cargo de la UMB, en adelante la INTERVENTORÍA, modificación de la cual se informó a INSTRUMENTACIÓN S.A. y esta a su vez reportó dicha modificación a su aseguradora, la cual acusó recibido de tal comunicación mediante oficio del 28 de agosto de 2020.

Que mediante comunicación FJB # 20200826-01 del 25 y FJB # 20200826-01 del 26 de agosto INSTRUMENTACION S.A., solicitó al MINISTERIO modificar el contrato de compraventa No. 163 de 2020, prorrogando el plazo de ejecución hasta el 30 de septiembre de 2020 (acompaña la solicitud de un nuevo cronograma de entrega de los equipos) y disminuyendo las cantidades de los equipos contratados.

Que la INTERVENTORÍA solicitó al ordenador del gasto, la prórroga No. 1 al contrato de compraventa No. 163 de 2020, celebrado con INSTRUMENTACION SAS, la cual contó con el visto bueno del Director de la Dirección de Prestación de Servicio y Atención Primaria, del Jefe de la Oficina de Gestión Territorial de Emergencias y Desastres y del Viceministro de Salud Pública y Prestación de Servicios, la cual fue llevada a sesión extraordinaria del Comité Asesor de Contratación del 28 de agosto de 2020, en la cual se analizaron las condiciones técnicas, administrativas, financieras y jurídicas de la solicitud, recomendando su suscripción, y estableciendo como nuevo plazo del contrato el 20 de septiembre de 2020 *"exclusivamente para la ejecución de las actividades necesarias y posteriores a la nacionalización de los equipos, establecidas en el marco contractual fijado entre las partes, de aquellos equipos que se alcancen a nacionalizar hasta el 30 de agosto de 2020"*. Esta modificación fue aceptada por el proveedor el 28 de agosto de 2020; de la misma forma, en el OTROSI se estableció la ampliación de la garantía única de cumplimiento No. 400025281 y la garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual - RCE No. 400025283 por parte de INSTRUMENTACION, las cuales fueron aprobadas en SECOP II el 14 de septiembre de 2020.

Que, en concepto de la INTERVENTORIA y del MINISTERIO, la extensión del término de prórroga no implicó una modificación de la cantidad y/o calidad de equipos contratados, en tanto, lo que se pretendía era obtener la mayor cantidad de equipos posibles a la primer fecha de terminación del contrato, esto es a 30 de agosto de los corrientes, debiendo resaltar que el hecho de recibir tales bienes no eximía de sus obligaciones contractuales a INSTRUMENTACION S.A, la cuál debía cumplir con la entrega dentro del término contractual de la totalidad de los bienes contratados, extendiendo el término únicamente para el proceso de instalación, puesta en marcha, funcionamiento y capacitación.

Que, mediante los oficios – FJB#20200830-01 del 30 de agosto de 2020 - FJB # 20200902-01 del 2 de septiembre de 2020, INSTRUMENTACION solicitó la modificación de las

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

cantidades pactadas para dar paso a la etapa de liquidación y dar pago a los valores que reportará el balance financiero del contrato.

Que, mediante oficio UMB-MSPS-INSTRUMENTACION-163-003 del 4 de septiembre de 2020, notificado a INSTRUMENTACION S.A y su garante, la Interventoría dio respuesta a las peticiones elevadas, recordando, en primer lugar, que el otrosí de prórroga no modificó el criterio de cantidad y calidad de equipos contratados, siendo improcedente acceder a la solicitud estimada; además, resaltó que los equipos nacionalizados fueron integrados al plan de entregas del Ministerio de Salud y Protección Social, para satisfacer la necesidad hospitalaria, que en el país no ha cesado. Por lo anterior, se concluyó que bajo ninguna circunstancia era dable acceder a las solicitudes elevadas por la contratista.

Que, mediante oficio FJB # 20200916-01 del 16 de septiembre de 2020, INSTRUMENTACION S.A, solicitó prórroga en caso de necesitarse más ventiladores de los seiscientos cuarenta y cuatro (644) entregados o, en su lugar, proceder a la terminación bilateral a la relación contractual derivada del contrato de compraventa No.163 de 2020, aludiendo una reducción en las cantidades de ventiladores contratados y, a su criterio, habiendo entonces culminado con las obligaciones de su resorte.

Que, mediante oficio UMB-MSPS-INSTRUMENTACION-163-004 del 18 de septiembre de 2020, notificado a INSTRUMENTACION S.A y su garante, la INTERVENTORÍA dio una respuesta negativa a la petición elevada, con fundamento en las disposiciones contractuales derivadas del contrato de compraventa y los argumentos que dieron origen a la prórroga que extendió el plazo de ejecución del contrato hasta el 20 de septiembre de 2020.

Que, a 20 de septiembre de 2020, INSTRUMENTACION S.A realizó entrega de un total de seiscientos cuarenta y cuatro (644) equipos ventiladores, quedando un total de trescientos cincuenta y seis (356) equipos no entregados.

Que, mediante oficio FJB # 20200921-01 del 21 de septiembre de 2020, INSTRUMENTACION solicitó al MINISTERIO y a la INTERVENTORIA que se procediera a la etapa de liquidación contractual por haberse cumplido el objeto contractual.

Que, mediante Oficio del 25 de septiembre de 2020, INSTRUMENTACION S.A remitió "INFORME EJECUCIÓN FINAL CONTRATO No. 163 de 2020", mediante el cual ratifica la entrega de seiscientos cuarenta y cuatro (644) equipos.

Que la INTERVENTORÍA ante la falta de cumplimiento total de las entregas por parte de INSTRUMENTACION S.A en los términos de la oferta, dentro del plazo de ejecución previsto en el contrato, informó al señor Secretario General, mediante oficio No. UMB-MSPS-INSTRUMENTACION-163-005 radicado bajo el No. 202042301648772 del 30 de septiembre de 2020, una situación de posible incumplimiento del Contrato de compraventa No.163 de 2020, ante lo cual, solicitó adelantar el trámite administrativo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que, atendiendo la noticia anterior y observando que la misma versa sobre la evidencia de un posible incumplimiento a cargo de las obligaciones del contratista, mediante oficio No. 202042701567411 del 7 de octubre de 2020, dirigido a la firma contratista INSTRUMENTACION S.A. y el oficio No. 202042701567241 del 7 de octubre dirigido al garante NACIONAL DE SEGUROS- COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES-, se realizó la mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento, acompañándolos del informe de interventoría en el que se sustenta la actuación y enunciando las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Así mismo, en dichos oficios, el

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Secretario General de la entidad bajo los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, citó a los partes mencionados para que asistieran a la Audiencia de proceso administrativo sancionatorio fijada para el día 14 de octubre de 2020, con el fin de que rindieran sus descargos, controvirtieran los fundamentos de hecho y de derecho en que se fundamenta este proceso administrativo sancionatorio, rindieran las explicaciones del caso, aportaran y/o controvirtieran las pruebas presentadas por la entidad y en general desplegaran todas las acciones inherentes al derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción para lo cual podrían, además, designar apoderado si a bien tuvieran hacerlo.

Que, llegado el día y la hora señalados en la citación, esto es, el día 14 de octubre de 2020, en las instalaciones del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, se inició la audiencia del proceso administrativo sancionatorio a causa del posible incumplimiento del Contrato de compraventa No. 163 de 2020, cuyo objeto es *"Adquisición de dotación biomédica para atender la emergencia ocasionada por la pandemia del COVID-19"*, siendo el alcance: *"La adquisición de ventiladores para fortalecer la capacidad instalada de Unidades de Cuidados Intensivos en todo el territorio nacional"*, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos establecidos en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en dicha diligencia participó el señor Francisco Javier Bravo Montenegro obrando en su calidad de representante legal suplente de la firma contratista INSTRUMENTACION S.A. en conjunto con su apoderado abogado Alfredo Vásquez Villarreal; también se hizo presente su garante compañía NACIONAL DE SEGUROS a través de la apoderada abogada Yudy Francisca Amaya Barrera, calidades que fueron debidamente revisadas en la audiencia. Así mismo, la doctora Gloria Lucía Ospina Sorzano Gerente de proyecto y el doctor Carlos Eduardo Sánchez Riveros Referente Técnico, representantes de la Interventoría UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN y funcionarios y contratistas del Ministerio.

Que, presentadas las partes, el Secretario General preguntó a la contratista y su garante si conocían las circunstancias de hecho que motivan la actuación, las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, a lo que estos informaron que si las conocían y que no sería necesario su lectura o enunciación, dando paso a la siguiente etapa de la audiencia.

Que, por petición del contratista y su garante, se procedió a presentar por parte de la Interventoría los aspectos centrales del Informe que sustenta la actuación, trayendo a la audiencia las consideraciones expuestas en el acápite 3.2 *"Consideraciones de la Interventoría"* establecidas en el informe conocido por las partes.

Que, finalizado lo anterior, se le concedió el uso de la palabra al señor Francisco Javier Bravo Montenegro obrando en su calidad de representante legal suplente de la firma contratista INSTRUMENTACION S.A quien presentó en diez (10) folios documentos para que sean tenidos en cuenta al momento de adelantar el fallo.

Que, acto seguido, se concedió el uso de la palabra al abogado Alfredo Vásquez Villarreal, apoderado de la firma contratista INSTRUMENTACION S.A, quien presentó sus descargos -los cuales se citarán en un acápite posterior de este documento- y además solicitó el decreto y la práctica de las siguientes pruebas: 1) Testimoniales a saber: a) Declaración de representante de la compañía VYAIR MEDICAL (fabricante de los ventiladores), acompañado de la traducción a que haya lugar, con la finalidad de que rinda las explicaciones y justificaciones del caso en relación con los efectos de la pandemia en la producción y entrega de los ventiladores y b) Declaración de los supervisores del contrato

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

de compraventa No. 163 de 2020 para que procedan a rendir explicaciones en relación a los antecedentes e historia de cómo se llegó a la celebración del Otrosí modificatorio del plazo. 2) Prueba documental: presentación de comunicaciones con la compañía VYAIR MEDICAL (fabricante de los ventiladores) con su correspondiente traducción oficial.

Que la apoderada del garante compañía NACIONAL DE SEGUROS, abogada Yudy Francisca Amaya Barrera, también expuso sus descargos -los cuales se citarán en un acápite posterior de este documento- y solicitó al despacho el decreto y práctica de las siguientes pruebas, siendo de carácter documental: a) Copia de la comunicación FJB# 20200916-01 de fecha 16 de septiembre de 2020 (la cual aporta en dos folios) b) la certificación del valor de los saldos pendientes adeudados al contratista en virtud del contrato de compraventa No. 163 de 2020.

Que cumplidos los ritos de que trata el en literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, oídos el contratista y el garante, el señor Secretario General suspendió la Audiencia para efectos de analizar los descargos presentados y pronunciarse sobre el decreto y practica de medios probatorios, en ejercicio de las facultades establecidas en el literal en literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

Que, cumplido lo anterior, el señor Secretario General reanudó la audiencia informando que, bajo los postulados del debido proceso y con la finalidad de contar con elementos probatorios que permitan llegar a la certeza de los hechos y circunstancias que aquí se debaten, para posteriormente ser analizados en la etapa de fallo, era necesario suspender nuevamente la audiencia para pronunciarse de fondo sobre el decreto y práctica de pruebas, indicando que la entidad adelantaría lo pertinente. En consecuencia, se programó la continuación de la audiencia para el 21 de octubre de 2020 a las 10:00 am.

Que, mediante correo electrónico del día 20 de octubre de 2020, el apoderado de la firma contratista INSTRUMENTACION S.A., profesional del derecho Alfredo Vásquez Villarreal, solicitó la reprogramación de la audiencia atendiendo la jornada de Paro Nacional fijada para el día 21 de octubre de 2020.

Que el señor Secretario General accedió a la misma fijando como nueva fecha y hora para la continuación de las diligencias el día 26 de octubre de 2020 a las 9:00 am, reprogramación que fuera comunicada a las partes a través de los oficios No. 202042701633441 del 20 de octubre de 2020 dirigido a INSTRUMENTACION S.A. y el No. 202042701633511 del 20 de octubre de 2020 con destino a la aseguradora NACIONAL DE SEGUROS-COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES.

Que, llegado el día y la hora fijados, esto es el día 26 de octubre de 2020 a las 9:00 am, con la finalidad de resolver la solicitud elevada por los peticionarios respecto de la práctica de pruebas, el MINISTERIO procedió a analizar la conducencia y pertinencia de las pruebas, surtiendo la correspondiente etapa, en audiencia, actuaciones sobre las cuales se dará cuenta en el acápite atinente a las pruebas de esta Resolución.

Que surtida las ritualidades contenidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es procedente reanudar la Audiencia de posible incumplimiento del Contrato de Compraventa No. 163 de 2020, para la toma de decisión por parte de la administración, así:

II MARCO NORMATIVO

El procedimiento sancionatorio por presunto incumplimiento del contrato de compraventa No. 163 de 2020, se adelanta en las condiciones previstas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el procedimiento establecido en el Manual de Contratación del Ministerio de Salud y Protección Social, adoptado por la Resolución

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

5714 de 2018, modificada por la Resolución No. 1256 del 28 julio 2020, vigente tanto durante la ejecución del contrato, como al momento en que se inició el procedimiento administrativo, así como también aquellas normas que por remisión o suplencia deban ser consideradas.

III. CLÁUSULAS CONTRACTUALES PRESUNTAMENTE INCUMPLIDAS POR EL CONTRATISTA

En este acápite se indicará la imputación fáctica y jurídica que en criterio de la INTERVENTORÍA dieron lugar a las presentes diligencias por un posible incumplimiento, consideraciones que fueron puestas en conocimiento, tanto del contratista, como de su garante en cumplimiento de lo establecido en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Obligación Contractual (Cláusula, literal y/o numeral)	Descripción y/o concepto de Interventor
OBLIGACIONES GENERALES	
Obligación general No. 1 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista"	Dentro del plazo del contrato sólo se entregaron 644 de los 1000 ventiladores contratados, por lo que se presenta un presunto incumplimiento de la obligación por parte de INSTRUMENTACION en la entrega de 356 unidades faltantes conforme a los términos contractuales.
Cumplir el objeto pactado en el contrato, las especificaciones técnicas previstas en los estudios previos, la propuesta presentada, los anexos técnicos y demás documentos técnicos asociados a la presente contratación.	
Obligación general No. 2 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista"	El contratista incumplió parcialmente al no haber realizado la entrega de 356 equipos.
Cumplir con las condiciones técnicas, económicas, de gestión y demás relacionadas y presentadas en su propuesta, en atención a lo requerido en los estudios previos y garantizar su ejecución dando pleno cumplimiento a los lineamientos y políticas establecidos por EL MINISTERIO y a las instrucciones que éste imparta a través del supervisor.	
Obligación general No. 5 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista"	El contratista ejecuto el objeto contractual de manera parcial y únicamente sobre los 644 equipos entregados, bajo su propio riesgo y responsabilidad, sin sujeción o condiciones diversas a aquellas que requieran para el cumplimiento del mismo.
Realizar las actividades relacionadas con el objeto contractual, bajo su propio riesgo y responsabilidad, sin sujeción o condiciones diversas a aquellas que requieran para el cumplimiento del mismo	
Obligación general No. 24 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista"	El Contratista cumplió con el objeto contractual de manera parcial. En lo que respecta a la entrega de los equipos, únicamente suministró a la fecha de vencimiento de plazo del contrato un total de 644 equipos, cumpliendo de manera parcial con las condiciones del contrato a la fecha 20 de septiembre de 2020.
Las demás obligaciones que se deriven de las especificaciones técnicas, estudios previos, anexo técnico, insumos y de la propuesta presentada, documentos que forman parte integral del contrato y aquellas que estén directamente relacionadas con el objeto del contrato.	
OBLIGACIONES ESPECÍFICAS	
Obligación específica No. 1 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista"	Dentro del plazo del contrato sólo se entregaron 644 de los 1000 ventiladores contratados, por lo que se presenta un presunto incumplimiento de la obligación por parte de INSTRUMENTACION S.A en la entrega de 356 unidades faltantes conforme a los términos contractuales, reflejándose de ello un cumplimiento parcial de la obligación.
Entregar en las entidades que el MSPS determine los bienes objeto del contrato. El Contratista deberá cubrir con sus recursos y bajo su propio riesgo y responsabilidad el transporte de los equipos en el territorio nacional hasta las entidades que el MSPS determine en que los bienes serán instalados. Estas entregas se deberán realizar teniendo en cuenta los lineamientos establecidos por el Ministerio, o por quien este designe.	

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Obligación específica No. 2 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista" <i>En el evento en que se requiera realizar preinstalaciones para el correcto funcionamiento del equipo, deberá informar por escrito las actividades, materiales y cantidades requeridas para su estudio y aprobación por parte de la Supervisión dentro de los cinco (5) calendarios siguientes al inicio de la ejecución del contrato. Los tiempos de instalación deberán estar contemplados en el cronograma enviado al supervisor del contrato.</i>	Los tiempos de instalación se vieron afectados, por NO haberse contado a la fecha del 30 de agosto de 2020 con el total de los 1000 equipos, los que no fueron entregados en su totalidad, por lo que se presenta un presunto incumplimiento de la obligación por parte de INSTRUMENTACION S.A en la entrega de 356 unidades faltantes conforme a los términos contractuales.
Obligación específica No. 3 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista" Instalar correctamente los equipos en el lugar de funcionamiento: La instalación deberá realizarse de acuerdo con los protocolos establecidos en los manuales de usuario del fabricante y realizar registro de esta actividad.	INSTRUMENTACION S.A únicamente cumplió la obligación en lo correspondiente a la entrega de 644 equipos, quedando pendiente por entregar e instalar un total de 356 ventiladores de los 1000 contratados.
Obligación específica No. 4 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista" Poner en funcionamiento los equipos de acuerdo con los protocolos establecidos en los manuales de instalación del fabricante. Haciendo entrega del equipo en pleno funcionamiento al supervisor o quien este delegue en las entidades que el MSPS determine.	La obligación sólo se cumplió en relación con los ventiladores entregados a fecha 20 de septiembre de 2020, es decir, un total de 644 equipos, por lo que se presenta un presunto incumplimiento de la obligación por parte de INSTRUMENTACION S.A en la puesta en funcionamiento de 356 unidades faltantes conforme a los términos contractuales.
Obligación específica No. 5 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista" <i>Realizar capacitaciones al personal asistencial y de mantenimiento de cada entidad receptora de acuerdo con la distribución definida por el MSPS, de acuerdo con los protocolos establecidos en los manuales de usuario y mantenimiento del fabricante. De esta actividad deberá entregar registro diligenciado.</i>	La obligación sólo se ejecutó respecto de los 644 ventiladores entregados a fecha 20 de septiembre de 2020, por lo que el cumplimiento es parcial, por lo que se presenta un presunto incumplimiento de la obligación por parte de INSTRUMENTACION en las capacitaciones al personal asistencial y de mantenimiento de cada entidad receptora de acuerdo con la distribución definida por el MINISTERIO de 356 unidades faltantes conforme a los términos contractuales.
Obligación específica No. 7 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista" Elaborar, diligenciar y entregar a la interventoría del contrato carpeta de hoja de vida por cada uno de los bienes objeto del contrato que contenga como mínimo: a) Formato diligenciado de hoja de vida (formato será suministrado por el MSPS) b) Copia del registro sanitario o permiso de comercialización c) Cronograma de mantenimiento preventivo durante la vigencia de la garantía d) Registro de capacitación e) Registro de instalación f) Manual/guía de instalación g) Manual de operación/usuario h) Manual de mantenimiento/servicio i) Diagrama de partes j) Guía rápida de funcionamiento (que será ubicada en un lugar visible) k) Lista de chequeo para mantenimiento preventivo.	La obligación solo fue cumplida parcialmente, en tanto se ejecutó solo respecto de los 644 ventiladores entregados a fecha 20 de septiembre de 2020, por lo que se presenta un presunto incumplimiento de la obligación por parte de INSTRUMENTACION S.A en la elaboración, diligenciamiento y entrega a la INTERVENTORÍA de la carpeta de hoja de vida para cada uno de los bienes objeto del contrato, respecto de 356 unidades faltantes conforme a los términos contractuales.

30 NOV 2020

RESOLUCIÓN NÚMERO 10062231

DE 2020

HOJA No. 16

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

l) Guía de limpieza y desinfección	
Obligación específica No. 8 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista. EL CONTRATISTA debe cumplir con la totalidad de las condiciones, calidades, cantidades y especificaciones contenidas en los estudios previos, los documentos e información técnica suministrada y la propuesta presentada. Por tanto, debe garantizar que cada equipo suministrado cumpla en todos los requisitos exigidos en la normatividad vigente, y con las características técnicas señaladas en las especificaciones esenciales descritas en la ficha técnica de los estudios previos.	A la fecha de vencimiento de la prórroga el contratista entregó únicamente un total de 644 equipos, haciendo falta un total de 356 equipos, lo que da cuenta del presunto incumplimiento parcial a esta obligación, pues en lo referente al criterio de cantidades, el mismo no entregó de manera total lo pactado en el contrato.
Obligación específica No. 9 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista. EL CONTRATISTA debe ejecutar el objeto del contrato en el plazo establecido. Por tanto, deberá suministrar cada uno de los equipos ofertados de conformidad con el cronograma de entregas establecidas por el Ministerio, aceptadas por el contratista, haciendo entrega a satisfacción a cada entidad receptora de acuerdo con la distribución definida por el MSPS, dentro de los plazos pactados para cada entrega de acuerdo con el plan de entregas y cronograma de qué trata la obligación específica número 2. El contratista asumirá por su cuenta las entregas del producto a cada entidad receptora de conformidad con la asignación aprobada por el Ministerio. Los costos relacionados con fletes, seguros de carga y demás gastos relacionados con el transporte del bien hasta las instalaciones y puesta en funcionamiento en cada entidad receptora de acuerdo con la distribución definida por el MSPS, serán asumidos por cuenta y riesgo del contratista.	El contratista cumplió parcialmente el objeto del contrato dentro del plazo pactado y extendido mediante la prórroga. Únicamente realizó la entrega de un total de 644 equipos ventiladores, restando por entregar 356.
Obligación específica No. 10 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista. EL CONTRATISTA debe entregar, equipos nuevos (sin uso), que estén disponibles en stock o en producción por parte del fabricante. Todos y cada uno de los equipos deben incluir accesorios originales de fábrica que garanticen su normal y correcto funcionamiento de acuerdo con lo indicado por el fabricante.	Los 644 equipos entregados por el contratista cumplen con la condición inmersa en esta obligación; sin embargo, al contratar 1000 unidades, se observa que esta obligación no se pudo verificar frente a 356 equipos que no fueron entregados, lo que da cuenta del presunto incumplimiento parcial a esta obligación.
Obligación específica No. 13 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista. EL CONTRATISTA debe cumplir con las condiciones bajo las cuales se otorgó el registro sanitario correspondiente.	El contratista cumplió con la obligación de manera parcial, teniendo en cuenta que solo entregó un total de 644 equipos de un total de 1000, mismos sobre los cuales se ha cumplido con lo previsto en el Decreto 4725 de 2005.
Obligación específica No. 14 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista. EL CONTRATISTA deberá garantizar en la entrega en formato físico y digital de cada equipo: El contratista deberá entregar a la interventoría en a. Formato diligenciado de hoja de vida (formato será suministrado por el MSPS) b. Copia del registro sanitario o permiso de comercialización c. Cronograma de mantenimiento preventivo durante la vigencia de la garantía d. Registro de capacitación e. Registro de instalación f. Manual/guía de instalación g. Manual de operación/usuario h. Manual de mantenimiento/servicio i. Diagrama de partes j. Guía rápida de funcionamiento (anexa a cada equipo en un lugar visible) k. Lista de chequeo para mantenimiento	El contratista entregó a la INTERVENTORIA en formato físico, las hojas de vida con el contenido detallado en el contrato: Formato diligenciado de hoja de vida, Copia del registro sanitario o permiso de comercialización, Cronograma de mantenimiento preventivo durante la vigencia de la garantía, Registro de capacitación, Registro de instalación, Manual/guía de instalación, Manual de operación/usuario, Manual de mantenimiento/servicio, Diagrama de partes, Lista de chequeo para mantenimiento preventivo, Guía de limpieza y desinfección y Guía rápida de funcionamiento plastificada ubicada en cada ventilador.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

preventivo l. Guía de limpieza y desinfección Por tanto, debe presentar al supervisor del contrato, acta que relacione las entregas de los equipos y los respectivos documentos detallados anteriormente, con recibo a satisfacción por parte del representante legal de cada entidad receptora de acuerdo con la distribución definida por el MSPS y de la persona encargada del almacén o activos fijos. Las actas de entrega con recibo a satisfacción deberán ser copiadas al supervisor del contrato.	La obligación se cumplió de manera parcial, teniendo en cuenta que la misma se encuentra sometida al total de equipos contratados. Teniendo en cuenta que INSTRUMENTACION S.A., entrego únicamente un total de 644 equipos, hizo falta por cumplir el total de entregas inicialmente pactadas, impidiendo que esta obligación se viera satisfecha de manera total al entregarse el registro únicamente de 644 equipos y la respectiva información exigida en esta obligación contractual.
Obligación específica No. 20 establecida en la cláusula séptima "Derechos, Obligaciones y Prohibiciones del Contratista. EL CONTRATISTA debe garantizar el cumplimiento de las demás obligaciones que se deriven de la naturaleza del contrato.	Dentro del plazo del contrato sólo se entregaron 644 de los 1000 ventiladores contratados, por lo que se presenta un presunto incumplimiento de la obligación por parte de INSTRUMENTACION S.A en la entrega de 356 unidades faltantes conforme a los términos contractuales, reflejándose de ello un cumplimiento parcial de la obligación

IV. INTERVENCIONES DURANTE LA AUDIENCIA DE TRÁMITE SANCIONATORIO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA No. 163 DE 2020.

1. INTERVENCIÓN DEL CONTRATISTA INSTRUMENTACION S.A.

En una primera instancia tomó el uso de la palabra el doctor Francisco Bravo Montenegro, primer representante legal suplente de la firma INSTRUMENTACION S.A. En su intervención se refirió al impuesto al valor agregado -IVA como elemento a ser considerado tanto dentro del valor del contrato como en el momento de establecer la dosimetría de la sanción; luego hizo mención a las condiciones de la entrega de los equipos y afirmó que las circunstancias que finalmente llevaron al contrato a estas instancias son hechos ajenos a la operación de INSTRUMENTACION S.A y de responsabilidad de la fábrica, ocasionadas por las circunstancias del mercado y la consecuente afectación de la producción por el COVID-19. Aporta en diez (10) folios, soportes documentales de su intervención.

A continuación, el abogado Alfredo Vásquez Villarreal, actuando en calidad de apoderado del contratista la cual fue verificada en la sesión de la audiencia celebrada el día 14 de octubre de 2020 y su continuación del 26 de octubre de 2020, presentó a consideración del despacho los argumentos de la defensa, realizando primeramente una exposición de los aspectos generales de la contratación, luego citó aspectos relacionados con la tasación a la sanción a imponer referenciando la tasa de cambio usada en la tasación de la sanción, luego, pasó a pronunciarse sobre algunos de los hechos expuestos en la citación realizando manifestaciones en relación a las mismas, de los cuales se destacan los siguientes apartes a saber:

"El hecho 2.2., expresa como, por la situación anotada en el punto anterior, el MINISTERIO suscribió un grupo de contratos para la adquisición de equipos biomédicos, dentro de estos el Contrato de Compraventa No. 163 de 2020, que tuvo su origen en la consideración que hiciera el MINISTERIO de la oferta presentada por INSTRUMENTACION bajo comunicación del 26 de marzo de 2020, en donde oferto la venta de 1.000 unidades del VENTILADOR DE CUIDADO INTENSIVO VELA, en las que se destaca su oferta irrevocable de entrega de las 1.000 unidades en un tiempo estimado de 90 días a partir de la firma y legalización del contrato, el cual se cumplió el pasado 29 de Junio de 2020, lo que no es cierto, como se verá más adelante.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Cuenta el hecho 2.4., cómo en la cláusula tercera se estableció el plazo del contrato en los siguientes términos "el plazo de ejecución será a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución, y por el término de cinco (5) meses sin superar la presente vigencia. La entrega de los equipos se efectuará según el cronograma de entregas dispuesto por el Ministerio de Salud y protección Social"

Dice el hecho 2.7., que la forma de pago se estableció tomando en consideración las condiciones de inmediatez y urgencia, con el propósito de garantizar la liquidez de los posibles proveedores Según el hecho 2.8., para tales efectos se efectuó el primer desembolso por la suma de SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOLARES AMERICANOS (USD7.735.000) a una TRM de CUATRO MIL OCHENTA Y UN PESOS CON SEIS CENTAVOS (\$4.081,06) para un valor de TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVE CIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIEN PESOS M/CTE (\$31.566'999.100), lo que claramente demuestra la aplicación de la tasa TRM al día de pago, y no la proyectada de CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$4.500).

El hecho 2.9., estima que, habiéndose cumplido los requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del contrato del día 1º de Abril de 2020, "en este día se empieza a contar los 90 días ofertados por INSTRUMENTACION en su oferta del 26 de marzo de 2020 para realizar la entrega de los 1.000 equipos contratados quedando dos meses restantes, el mes 4 y 5 de la ejecución del contrato para cumplir las demás obligaciones pactadas". Es claro aquí, que la citación incurre en el fundamental error, en cuanto a la lectura del contrato, del término de duración de este era de 90 días según la oferta del 25 de marzo para entregar los 1.000 equipos contratados, mientras que los dos meses restantes se dedicarían a cumplir las demás obligaciones pactadas en el contrato. Y puedo afirmar la existencia del error fundamental, porque, como ya se dijo, la cláusula tercera del contrato establece textualmente que el término del mismo es de 5 meses, es obvio que cualquier diferencia entre la etapa precontractual y la realidad contractual se define en favor de lo que diga el contrato, por cuanto, si bien los tratos precontractuales son elementos útiles para la interpretación del contrato, no hay aquí un asunto de interpretación sino una confrontación entre dos disposiciones contradictorias y excluyentes, y en tal situación prima lo dispuesto en el contrato, porque es claro que la diferencia esencial solo puede interpretarse como la existencia de una voluntad convenida y plasmada en el contrato que por común acuerdo pudo ajustar, aclarar o aun modificar condiciones previstas en la etapa precontractual. En este escrito se podrá en adelante apreciar las consecuencias de esta claridad conceptual.

Expresa el hecho 2.13., que INSTRUMENTACION en comunicación de mayo 5 de 2020 informó al MINISTERIO las actividades desarrolladas en ejecución del contrato proponiendo un cronograma de entregas según lo indicado por el fabricante en comunicación adjunta por 150 Ventiladores para el día 15 de junio, 400 ventiladores para el día 15 de Julio y 450 Ventiladores para el día 15 de agosto de 2020.

Según los hechos 2.18., y 2.19., el MINISTERIO afirma que INSTRUMENTACION, en comunicación de Junio 17 de 2020, manifestó que la fábrica Vyaire, informó que tenía serios retrasos en la entrega de los 1.000 ventiladores, por razones relacionadas con la pandemia, por lo cual habían informado mediante comunicación emitida el 8 de Junio por el Director para Latinoamérica Norte y el Vicepresidente para Latinoamérica sus dificultades para la oportuna entrega de los ventiladores comprometidos, así como un nuevo cronograma de entregas, según el cual de las 1.000 unidades ordenadas, podrán entregar 30 en el mes

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

de Junio, 50 en Julio y 50 en Agosto.

El hecho 2.26., narra como INSTRUMENTACION el 13 de Julio de 2020 informó que había logrado confirmación de entrega, instalación y capacitación de 30 ventiladores, con 100 más previstos para Julio, 325 para Agosto y 545 para Septiembre, lo que totalizaba entonces 900 ventiladores y un mes de retraso, y presentó alternativas a la consideración del MINISTERIO para mejorar las condiciones de la dotación de equipos, ofreciendo ventiladores de la misma fabrica pero de otras especificaciones, inclusive teniendo un precio mayor pero que INSTRUMENTACION no trasladaría al MINISTERIO. El MINISTERIO no considero aceptable el cambio de equipos.

El hecho 2.31, es especialmente significativo; informa que el MINISTERIO, con respecto a todas las anteriores comunicaciones sobre la situación presentada por la falta de entrega oportuna, por parte de Vyaire, que esta justificaba por circunstancias de la pandemia, se indicó (dice la citación) el contratista debió prever o gestionar con sus proveedores las acciones necesarias y la mitigación de los riesgos respectivos, para así poder comprometerse con su oferta a unas condiciones realizables en un contexto de antemano conocido requiriendo del contratista mayores acciones que resulten en una ejecución significativa y dentro del plazo inicialmente pactado

En la continua perseverancia en buscar una solución a la situación descrita, narra el hecho 2.39., que en comunicación de 26 de Agosto INSTRUMENTACION solicito modificación conjunta a las disposiciones contractuales establecidas en el contrato No. 163 de 2020", y entre otras solicitó tener en cuenta interpretando que la cantidad de equipos contratada en principio ya no es necesaria, y sustentando su presunto incumplimiento en motivos de fuerza mayor que no respaldo ni siquiera sumariamente" **Este hecho no corresponde a la realidad en cuanto a la falta de respaldo de motivos de fuerza mayor; la existencia de tales motivos es cuestión de normas con carácter de ley y características de hecho notorio,** elementos ambos comprobados precisamente por el hecho No. 1 narrado en la citación, que cuenta sobre las declaraciones de Covid-19 como pandemia por la Organización Mundial de la Salud y las medidas al efecto tomadas por el MINISTERIO en Resoluciones Nos. 385 de marzo 12 de 2020 y 844 de Mayo 26 del mismo año, y por el Gobierno Nacional en Decretos 417 de marzo 17 de 2020 y 637 de Mayo 6 del mismo año, entre otras normas, y en cuanto a su afectación directa e individual al fabricante de los equipos y proveedor insustituible, por ser el fabricante mencionado en el contrato, la prueba, más que sumaría, sin duda está en múltiples comunicaciones en que explicaba como las condiciones de la pandemia, las limitaciones de transporte, la imposibilidad de funcionamiento de los fabricantes de partes y piezas, la enfermedad misma del virus en sus propias instalaciones, el aumento de pedidos en proporciones inimaginables, etc., no le permitirían cumplir el compromiso que había expresamente aceptado dos meses antes; **y no se diga que hay aquí una imprevisión o falta de diligencia en el control de las circunstancias por parte de INSTRUMENTACION, o de diligencia para ello; baste recordar como el mismo Gobierno, con el ejercicio de todas sus facultades en uso de todas sus fuentes de información, no pudo prever las características de la pandemia, declarando estados de emergencia iniciales por uno o dos meses, que debió prorrogar por cuatro más, hasta el 31 de Agosto de 2020, según narra el hecho primero, y el continua teniendo que sufrir las consecuencias de la irresistible e imprevisible fuerza mayor.**

Dentro de toda la anterior situación, como cuenta el hecho 2.40, las partes convinieron un otrosí, cuya clausula primera expresamente dispone:

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

"CLAUSULA PRIMERO: - Prorrogar la duración del Contrato de Compraventa 163 de 2020, hasta el 20 de septiembre de 2020.

PARAGRAFO.' La presente prorrogase celebra exclusivamente para la ejecución de las actividades y necesarias posteriores a la nacionalización de los equipos establecidas en el marco contractual fijado entre las partes, de aquellos equipos que se alcancen a nacionalizar hasta el 30 de Agosto de 2020. Por tanto, las partes acuerdan que bajo ninguna circunstancia **EL CONTRATISTA ENTREGARÁ MAYOR CANTIDAD DE EQUIPOS**, ni el **MINISTERIO** estará obligado a recibirlos durante el plazo de la presente prorrogas. Lo anterior sin perjuicio de la revisión por parte de la entidad, de las actuaciones administrativas a que hubiere lugar pactadas en las cláusulas décima primera y décima octava del contrato de compraventa No. 163 de 2020'

El hecho 2.42., sostiene "Que en concepto de esta interventoría y del MINISTERIO, la extensión del término de prorrogas no implicaba cambio o modificación a la cantidad y calidad de equipos contratados". Sobre anotar que se trata aquí, no de un hecho sino de un concepto, que éste concepto es la opinión personal de quien lo sostenga, pero no constituye un hecho susceptible de ser probado o desvirtuado dentro del acopio probatorio en un proceso legal, pero de todas formas el concepto es absolutamente contrario al texto de la norma contractual sobre la cual "conceptual", pues si la cláusula primera se inicia diciendo "prorrogas la duración del contrato" y continua expresando que la prorrogas es para entregar los equipos nacionalizados hasta el 30 de Agosto, y que ni el contratista entregara ni el MINISTERIO recibirá una mayor cantidad de equipos, conceptuar que el otrosí no implicaba modificación de la cantidad de equipos contratados es simplemente una negativa insostenible ante la realidad de los términos de la modificación contractual del otrosí.

Finalmente, debe anotarse que los hechos 2.44 y 2.46., contienen hechos sin valor legal en el presente asunto, si es que se pueden considerar como hechos, como son respuestas de la Interventoría a peticiones elevadas por INSTRUMENTACION; obviamente, tales respuestas podrán implicar la existencia de otros "conceptos" pero en ningún caso pueden considerarse como manifestaciones del MINISTERIO como parte del contrato, porque la Interventoría no es parte, ni tiene facultades para decidir. en nombre de la parte contratante, sobre peticiones elevadas por la otra parte contratante; la interventoría es un instrumento de control y vigilancia sobre el desarrollo de un contrato, pero en manera alguna puede considerarse la representante legal contractual de una parte en un contrato o arrogarse la facultad de modificar las condiciones contractuales de las partes con base en sus "conceptos".

Posteriormente centra su ejercicio de defensa en invocar la fuerza mayor y pasa a respaldar su dicho de la siguiente forma:

"5 Para cumplir con el objeto del presente escrito, puede entonces a esta altura determinarse el alcance de los presuntos incumplimientos y sus consecuencias propuestas, según cuanto llevo dicho:

a) La existencia de un incumplimiento sancionable, por haberse cumplido el término contractual con la entrega del 64.4% de los elementos a que INSTRUMENTACION estaba obligada según en el contrato

b) Que dicho incumplimiento debe resultar en tener incurso a la contratista en la Cláusula Penal que el contrato estableció en un 15% del valor del mismo;

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

c) *La vigencia del contrato en el tiempo, teniendo en cuenta el Otrosí por medio del cual se prorrogó y se establecieron las cantidades de ventiladores que la vendedora entregaría y la compradora recibiría.*

d) *La tasación de la pena, resultante del valor del contrato.*

6. a) *En cuanto al incumplimiento sancionable, es un error medir el presunto incumplimiento con base en el número de ventiladores entregados, correspondiente al 64.4% del total previsto en el contrato. En verdad, de los mil contratados solo se entregaron 644, pero ello no resulta automáticamente en incumplimiento, pues previamente debe determinarse si la menor cantidad es imputable a título de incumplimiento. Veamos: La razón de la diferencia es imputable a la fabricante, Vyaire lo que está plenamente demostrado por su propia admisión, como se puede ver en la correspondencia, contenida toda en cartas y correos electrónicos que constituyen plena prueba, según el siguiente detalle:*

En comunicación de mayo 5 de 2020, Vyaire hace constar que ha sido afectada por un exceso imprevisto de pedidos causados por la extensión mundial de la pandemia Covid-19, por lo cual la entrega de los 1.000 equipos podría tener lugar así para junio 15 150; para julio 15,400 y para agosto 15 450.

En comunicación de 8 de junio, sin embargo de lo anterior, en comunicación a INSTRUMENTACION, Vyaire anuncia que solo podrá despachar en el mes de Junio, 30 ventiladores; en Julio, 50; y en Agosto, 50 ventiladores. El 11 de junio INSTRUMENTACION le responde que el Ministerio exige un mínimo de 300 Ventiladores entregados Junio y los restantes 700 para Agosto.

El 15 de junio Vyaire explica que la demanda inesperada destruyó las posibilidades de entrega para todo el mundo, y que en su caso particular ha sufrido agravantes por la saturación de partes, las complicaciones en el transporte, problemas de contagio pandémico en sus propias instalaciones, por lo cual presenta un plan actualizado de sus posibilidades de entrega, así. Para junio 30 ventiladores, para julio 55 ventiladores; para agosto 300 ventiladores y para septiembre 475 ventiladores, para octubre 190 ventiladores para un total de 1050 ventiladores

Dijo además que si los compradores aceptaban cambiar el modelo Vela por el LTB2200, podría eventualmente adelantar la entrega anunciada para Octubre para que tuviera lugar en septiembre.

El 23 de junio, INSTRUMENTACION transmitió a Vyaire el rechazo del MINISTERIO al nuevo plan actualizado de entrega. El Ministerio manifestó requerir la entrega de los 1000 ventiladores antes del 31 de agosto, y requerir además un cronograma de entregas semanales previstas para cumplir con tal exigencia contractual.

El 26 de junio, Vyaire confirma la primera entrega para el 3 de julio en Bogotá, pero el 7 de julio, Vyaire presenta un nuevo plan de entregas, así: En junio 30; en julio 100; en agosto 325; En septiembre 545 y en octubre 50.

Además, Vyaire condiciona la adelantada de los 190 ventiladores antes prevista para el 15 de junio a la aceptación del cambio de modelo por el LTB2200. No es claro si el cambio sería únicamente para los 190 ofrecidos para octubre o si correspondería a la totalidad de los ventiladores previstos para entrega.

Estando entonces ante la imposibilidad alegada por el fabricante de cumplir con las

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

entregas a que se había comprometido, INSTRUMENTACION, en vez de simplemente alegar la situación de fuerza mayor resultante de la imposibilidad de su proveedor fabricante de entregarle los productos contratados, como bien podría hacerlo según la ley, resolvió empeñarse en buscar caminos para suplir la falta de capacidad de su proveedor, denodadamente persiguiendo el cumplimiento, no solo en defensa de su reputación en el mercado sino por colaboración en la lucha por el control y el mitigamiento de los efectos de la pandemia. Veamos por qué: -

b) En primer lugar, debemos llamar la atención sobre el artículo 64 del Código Civil, que a la letra dice: Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

El alcance de esta disposición legal ha sido definido a través de constante jurisprudencia, reiterada permanentemente; una de las decisiones de las altas cortes que en forma reciente ha vuelto sobre el asunto es el facto del Consejo de Estado, Sección III, No. 14392/05, dictado dentro de un proceso de características similares a las del presente caso, pues se refieren específicamente a la situación presentada por un demandante que incumplió su obligación contractual de entregar unas carpas al Ministerio de Defensa. Solicito el demandante ser exonerado de la responsabilidad por su incumplimiento, alegando que la razón del mismo resultaba que su propio proveedor de las telas necesarias para la elaboración de las carpas no había cumplido su obligación de suministrar el material. El Consejo de Estado reafirmo la jurisprudencia tradicional, que dispone que, ante una circunstancia extraña al contratante incumplido, imprevisible y además irresistible, el artículo 64 citado encuentra justificación para el incumplimiento. La redacción misma del artículo 64 hace referencia, como la más evidente prueba de la calificación como fuerza mayor, de una relación de hechos y circunstancias que corresponden básicamente a fuerzas de la naturaleza, las llamadas en la jurisprudencia anglosajona "acts of God" que en español se traduciría como actos de Dios, que por su naturaleza no obedecen a conductas de las partes, siendo extraños a ellas, no pueden preverse para anticiparse a ellas y evitar sus consecuencias, y no pueden resistirse, porque su existencia y sus efectos son inmunes a cualquier intento de las partes para evitarlos o evadir sus consecuencias.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de anotarse que esta disposición legal no se exige que deba pactarse expresamente en el texto de un contrato. Es una consecuencia necesaria de las mismas condiciones de ser extraña a las partes, de ser imprevisible y de ser irresistible. y entonces estas mismas condiciones no permiten exigir a la parte de un contrato que dé solución a la que le es extraño, o pueda prever su ocurrencia, o pueda resistirse a que suceda, o a sus consecuencias cuando efectivamente suceda.

c) El tercer elemento para determinar la existencia de una fuerza mayor es su condición de irresistible. Ella no requiere prueba, como hecho público y notorio que es, por el principio de derecho probatorio de que hechos de tal categoría se presumen conocidos hasta el punto que para acreditarlos no es necesario el aporte de elementos de prueba. Baste mencionar que, según las estadísticas llevadas por la Universidad John Hopkins, centro académico estadounidense que ha asumido el trabajo del acopio y los análisis estadísticos de la pandemia y su divulgación a nivel mundial, a 20 de julio de 2020, en el mundo había 14.640.326 contagios, de los cuales se habían recuperado aproximadamente el 60%, 5.301.124 estaban activos, y se habían producido 608.854 casos de muertes por tal afición. En Colombia los contagios han llegado a más de un millón, y se acercan a 30.000 los muertos.

“Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020”

d) Ahora bien, en la decisión jurisdiccional del asunto de las carpas del Ministerio de Defensa, la Sección III del Consejo de Estado no encontró probada la fuerza mayor, porque considero que la solución del incumplimiento del proveedor de la tela al contratista hubiera estado al alcance de éste, si hubiera tomado las medidas y correctivos que con conducta más diligente otro hubiera intentado. Aquí está la gran diferencia entre lo sucedido en el caso conocido por el Consejo de Estado y el presente caso. En este presente asunto, el contratista del Estado, Instrumentación S.A., fue tan diligente en su actuación para evitar los efectos de la situación del mercado de ventiladores ante la pandemia, que insistió permanentemente ante su proveedor en la urgencia del despacho, en los compromisos con el Ministerio de Salud Pública de Colombia y las consecuencias de la demora en la entrega, alegando inclusive a abonar por adelantado una porción sustancial del precio que aún no se había causado para incrementar la posibilidad del cumplimiento oportuno. En la correspondencia sobre este asunto encontramos cartas dirigidas por Instrumentación S.A., a Vyaire Medical el 23 de junio, haciéndoles saber que los cambios en fecha de entrega o planes actualizados para la entrega no eran aceptables para el Ministerio. El 9 de julio INSTRUMENTACION informa a su proveedor que si cumplen con entregar por los menos 700 equipos podría quizás obtenerse algún alargue del plazo, pero no tiene respuesta positiva. En correo separado, el 9 de julio el presidente de INSTRUMENTACION escribe a su correspondiente en Vyaire explicando como la autoridad colombiana espera que la curva de contagio llegue a su cúspide hacia fin de julio e inicios de agosto, por lo cual las consecuencias del incumplimiento serán dramáticas. Es evidente que todos los mecanismos lícitos al alcance del contratista para presionar el cumplimiento por parte de su proveedor fueron utilizados, pero hasta ahora sin resultado en solución a las demoras temidas.

Puede concluirse entonces que Instrumentación S.A., si no recibe en tiempo los equipos oportunamente solicitados a su proveedor extranjero y cuya entrega dicho proveedor había garantizado, ha resultado víctima de un incumplimiento que su proveedor imputa a razones de fuerza mayor, y por lo tanto sufre a su vez circunstancias también constitutivas de fuerza que le imposibilitan cumplir las obligaciones aceptadas bajo diferentes circunstancias en el contrato No. 163/2020 con el Ministerio de Salud Pública de Colombia. Lo cual podrá hacer valer ya sea como acción o como excepción

e) El segundo punto en cuestión hace referencia al efecto de esta fuerza mayor: El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, estatuto básico vigente para la contratación administrativa, define el principio de protección de la ecuación contractual, como la directriz de que, si el equilibrio que existe al momento de contratar se rompe por causas no imputables a las partes, deberán adoptarse medidas para su restablecimiento. Esta disposición dirigida específicamente a los contratos administrativos corresponde en su esencia a la que trae para la generalidad de los contratos mercantiles el artículo 868 del Código de Comercio, que a la letra dice: - "Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenara, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretara la terminación del contrato."

Es claro entonces que la ley protege a los contratantes de circunstancias imprevistas e irresistibles que tengan como consecuencia el rompimiento del equilibrio contractual, al punto que exigir la aplicación de las exigencias contractuales sin considerar la eventual onerosidad exorbitante que pueda causarse a una de las partes, implica el rompimiento de equilibrio entre las prestaciones mutuas, y exige buscar una solución para evitar tal excesiva onerosidad, si se

30 NOV 2020

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

cumplen las condiciones de imprevisión y de imposibilidad de resistencia. La diferencia entre los dos estatutos es simplemente de amplitud en las facultades que se dan a las partes para solucionar el estado que lleve a la exoneración de responsabilidad: mientras que el estatuto administrativo deja en absoluta amplitud de facultades a las partes, indicándoles simplemente que "...se adoptaran medidas para su restablecimiento". (el de la ecuación contractual), la norma del estatuto mercantil concretamente faculta al obligado víctima de las circunstancias exonerativas de responsabilidad a buscar las fórmulas para acordar con la contraparte el replanteamiento de las cargas contractuales para recuperar el equilibrio afectado y, si no se lograra el acuerdo, para solicitar al juez que dé por terminado el contrato.

Como, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, es obligación propender por la solución directa de las controversias contractuales en que sea parte el Estado, este asunto quedaría dentro de aquellos para los que la Ley 640 de 2001 indica el intento de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, tendría que radicarse ante la Unidad Coordinadora de Procuradurías Judiciales Administrativas de la Procuraduría General de la Nación la solicitud de convocatoria al trámite de conciliación ante el agente del Ministerio Público que corresponda. En las diligencias de conciliación se buscaría la fórmula que permita ajustar el cumplimiento del contrato a las condiciones imprevistas, y de no lograrse el proceso se trasladaría a las cortes para el procedimiento jurisdiccional que debe terminar con la terminación del contrato.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, en la medida en que la responsabilidad por cumplimiento de INSTRUMENTACION resulta directamente del incumplimiento de su proveedor Vyaire, la cual se disculpa a su vez por la misma fuerza mayor resultante de la pandemia Covid/19, dice el artículo 64 del Código General del Proceso que "Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultante de la sentencia que se dicte en el proceso que se le promueva, o quien, de acuerdo con la ley sustancial, tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal situación".

7. En cuanto al literal b) del punto 5°, que antecede, es claro que en el presente caso no hay lugar a la aplicación de la cláusula penal contractual, pues no hay en manera alguna, perjuicio que resulten en afectación económica del Estado, y ante tal inexistencia de daño pretender exigir una compensación de perjuicios inexistentes consistiría en un claro enriquecimiento sin causa. Está probado en el expediente que el MINISTERIO repetidamente rehusó a recibir más ventiladores que los entregados, al punto de que el Otrosí tantas veces mencionado en manera absoluta a la prórroga allí pactada, como se ha visto, a la advertencia de que en manera alguna recibiría más ventiladores que los que INSTRUMENTACION había logrado nacionalizar a Agosto 30, 2020. DE hecho, ya no los necesitaba, por cuanto la ocupación de unidades UCI se había ya alejado sustancialmente de las que causaron alarma por la amenaza de insuficiencia, resultado de los éxitos en la contención del flagelo como en los éxitos de la dotación de las unidades hospitalarias, como reiteradamente informaron por los medios masivos el Presidente de la República y el Señor Ministro de Salud. Es evidente entonces que la estimación de necesidades de tales elementos que se tuvo entre abril y julio había resultado colmada, y la adquisición de más ventiladores causaría un gasto no justificado para los ya menguados recursos de la hacienda pública.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

8. En cuanto al literal c) del punto 5°, es evidente que el contrato termino de común acuerdo, al cumplirse la entrega de los ventiladores nacionalizados a agosto 30, instalados en la prorroga hasta septiembre 20 de 2020. Y esto no se afirma con el único soporte del claro texto del Otrosí, que así literalmente lo expresa. Se deduce también del más evidente raciocinio: Si el contrato termino, ambas partes finalizaron su participación en el desarrollo del objeto. Y si no termino, ambas partes continuarían sujetas a sus términos y condiciones. El contrato no puede terminar para una parte y continuar para la otra, porque los contratos bilaterales tienen la condición de la existencia de las dos partes. Entonces, si el contrato se considera vigente para las dos partes, las obligaciones reciprocas deben también considerarse vigentes, y la decisión del Ministerio de abstenerse a recibir los ventiladores supuestamente faltantes constituirían incumplimiento de su parte. La única salida lógica a este sofisma es que el contrato se terminó para las dos partes por razón de un mutuo acuerdo, que a la vez acordó modificar la cantidad de elementos contractuales vendidos, según la lectura integral pero textual del otrosí.

9. Y en cuanto a la tasación de la eventual clausula penal, si se llegare a considerar en gracia de discusión que hubo efectivamente un incumplimiento injustificado y que por ello hubo un perjuicio indemnizable, lo que hay en el presente caso es un error fundamental en la determinación del valor del contrato para efectos de calcular el porcentaje que cuantifica la sanción. Dicho valor lo calcula la citación, como se ha visto, en el precio de venta de los 1000 ventiladores en los pesos correspondientes a los US\$15.000.000 a la TRM de Col\$4.500 x US\$1, más el IVA correspondiente. Pero resulta que esa cifra no corresponde a la TRM del día de cada pago, como especifica el contrato, sino a una tasa proyectada como punto de referencia, a la que nunca se llegó en realidad. Y por norma expresa de las dictadas bajo el estado de emergencia por la pandemia, los bienes en cuestión fueron expresamente exceptuados de pagar el IVA. Reducido así el valor del contrato, la tasación resulta sustancialmente inferior a lo que en verdad correspondería, aun si se considerara causado.

10 Finalmente debe anotarse que dice el artículo 64 del Código General del Proceso que "Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultante de la sentencia que se dicte en el proceso que se promueva, o quien, de acuerdo con la ley sustancial, tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal situación"

Para las controversias contractuales en que sea parte el Estado, expresamente está consagrado este mecanismo de justicia y de economía procesal, como se ve en el artículo 7°. de la Ley 80 de 1993. Como la eventual responsabilidad por incumplimiento por parte de INSTRUMENTACION resultaría como consecuencia de la responsabilidad de su proveedor, y prueba de ello obra ya en el expediente, con todo respeto manifiesto que la sociedad que represento llama en garantía a la sociedad Vyaire Medical Inc., con domicilio en 26125 N. Riverwoods Blvd, Mettawa, IL 60045, U.S.A fabricante de los 1000 ventiladores que no fueron entregados a Instrumentación S A. para que ésta a su vez los entregara al Ministerio de Salud Pública y Protección Social de Colombia de conformidad con el contrato 163 de 2020. El representante legal de la llamada en garantía es Kevin Klems, EVP and Secretary, quien podrá ser notificado en el correo electrónico Sandra.ElChami@vyaire.com

Igualmente solicito a usted decretar el interrogatorio de los siguientes testigos, que deberán deponer sobre las preguntas que oralmente formularé en audiencia, y que

any
L

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

podrán ser notificados en las direcciones que aquí indico: Lou Blanco, Lou.Blanco@vyaire.com; Carlos Misiara Carlos.Misiara@vyaire.com; Sandee Chalke Sandee.Chalke@vyaire.com

De la misma forma, me permito adjuntar a título informativo la versión en idioma español de un cruce de mensajes entre INSTRUMENTACION y Vyaire sobre el que versaran algunas preguntas de los interrogatorios solicitados"

Se recibe en total diecisiete (17) folios que dan cuenta de los descargos y pruebas documentales ya anunciados.

2. INTERVENCIÓN DE LA ASEGURADORA

La abogada Yudy Francisca Amaya Barrera, obrando bajo las facultades otorgadas por el doctor Camilo Andrés Chaparro González representante legal de NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, las cuales fueron verificadas en la sesión de la audiencia celebrada el día 14 de octubre de 2020 y su continuación del 26 de octubre de 2020, presentó a consideración del despacho los siguientes descargos, de los cuales se destacan los siguientes apartes:

"EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO NO ES IMPUTABLE A INSTRUMENTACION S.A. POR UN HECHO CONSTITUTIVO DE FUERZA MAYOR POR LO CUAL LA EFECTIVIDAD DE LA CLAUSULA PENAL RESULTA IMPROCEDENTE.

En el presente asunto se evidencia una debida diligencia por parte de Instrumentación S.A. en aras de dar debido cumplimiento al contrato afianzado. Lo cual se concretizó en que el afianzado ofreció opciones y alternativas serias y razonables al Ministerio en aras de superar la falta de los ventiladores, las cuales, a pesar de no ser aceptadas por la Entidad, si evidencian su buena fe y el correcto actuar del contratista en aras de cumplir con sus obligaciones. Basta observar el escrito de citación para evidenciar la multiplicidad de comunicaciones, muchas de ellas provenientes del contratista en las que se le presentaban al Ministerio dichas alternativas. De igual forma Instrumentación S.A. adelantó todas las gestiones de cara al fabricante para obtener su mejor compromiso para el suministro de los ventiladores.

Ponemos de presente que por el compromiso contractual específico adquirido por el afianzado, es decir la venta de un ventilador producido por Vyaire de una referencia específica (LTV), nuestro afianzado no tenía la opción de salir a buscar en el mercado otras alternativas de cara al fabricante. Lo cual deberá ser tenido en cuenta para valorar su debida diligencia.

Sin embargo, la Entidad inicia el presente procedimiento administrativo sin evidenciar que lo acaecido en el presente asunto se configura como un evento de fuerza mayor que rompe el nexo de causalidad entre el daño y el perjuicio y al existir la ruptura del nexo causal por causa extraña (fuerza mayor), uno de los elementos de la responsabilidad estaría ausente y en consecuencia se debería exonerar al contratista de responsabilidad contractual, lo cual pasaremos a explicar.

Esta situación se configura como irresistible, es decir insuperable para el contratista, ya que al presentarse la pandemia se dio una demanda exponencial de ventiladores, lo cual generó que la disponibilidad de estos a nivel mundial se viera seriamente diezmada, circunstancia que estaba fuera del manejo y control del contratista. A pesar de ello, realizó todas las gestiones necesarias para lograr el mejor compromiso del fabricante VyAIRE.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

De igual forma, esta situación fue imprevisible de cara al afianzado, en la medida que la oferta presentada contaba con el respaldo del fabricante, quien basado en la producción de ventiladores que ya estaba realizando en su planta manifestó su disponibilidad para el suministro. Ponemos de presente que la relación comercial entre VyAIRE y el afianzado data de 15 años, Instrumentación S.A. es su distribuidor exclusivo, por lo cual existía una confianza legítima en que dicho suministro se podía realizar.

La fuerza mayor también exige la exterioridad, es decir que la circunstancia sea ajena al rol del deudor, y esta característica la podemos ver en el presente asunto desde dos puntos de vista, de una parte, por el hecho mismo de la pandemia que generó una demanda exponencial de ventiladores y, de otra parte, porque la producción de los ventiladores no era del resorte de contratista, lo cual era un hecho evidente y conocido por la Entidad Estatal.

Ahora bien, las condiciones generales del seguro de cumplimiento establecen en la cláusula primera, numeral segundo, que el amparo de cumplimiento cubrirá a la entidad estatal de los perjuicios derivados del incumplimiento parcial del contrato, como ocurre en este evento, cuando el incumplimiento es imputable al contratista.

En este mismo sentido, la cláusula segunda, establece los eventos en que los amparos de la póliza no operaran, y enlista en el literal A) a la fuerza mayor como causal de exclusión de la cobertura.

Al configurarse en el presente asunto una circunstancia de fuerza mayor, el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza 400025281 no está llamado a ser afectado en virtud del presente procedimiento sancionatorio.

VIOLACION AL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO Y AUSENCIA DE DEMOSTRACION DE OCURRENCIA Y CUANTIA CONFORME AL ARTICULO 1077 DEL CODIGO DE COMERCIO POR AUSENCIA DE PERJUICIO POR PARTE DEL MINISTERIO AL RESULTAR INNECESARIOS LOS VENTILADORES OFRECIDOS POR EL AFIANZADO.

"El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala que la Entidad estatal podrá declarar el incumplimiento del contratista cuantificando los perjuicios (...)

El numeral 5 del documento contentivo de la citación No. 202042701567241 de fecha 7 de octubre de 2020, hace referencia al "PERJUICIO CAUSADO" y en él se indica que "la materialización del perjuicio radica en no contar a tiempo, en la oportunidad debida y contratada, dentro del plazo inicial del contrato con las 1000 unidades de los ventiladores". En nuestra opinión, incurre en un error la interventoría al confundir los conceptos de daño y perjuicio.

Para la doctrina autorizada, el daño es un hecho constatable que está en la fuente del perjuicio, siendo éste la consecuencia nociva nacida del hecho dañoso, perjuicios que pueden ser de índole patrimonial o material y extrapatrimonial o inmaterial. Aterrizando estos conceptos a nuestro caso, el hecho dañoso sería la falta de suministro de los 356 ventiladores, sin embargo, la citación no precisa cuales fueron los perjuicios sufridos para la Entidad Estatal, los cuales eventualmente los legitimarían para hacer efectiva la cláusula penal.

En nuestra opinión, si bien la cláusula penal es una estipulación pactada con el objeto de establecer previamente un monto o cuantía de los perjuicios y que la misma exige a la parte cumplida de demostrar la cuantía de la indemnización de

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

perjuicios, esto no le legitima para cobrarla cuando el perjuicio es inexistente y más aún cuando la cláusula penal fijada en el contrato es de carácter indemnizatorio y no exclusivamente sancionatorio.

En nuestra opinión, existen elementos de juicio y probatorios que permiten evidenciar que el perjuicio sufrido por la entidad es inexistente, toda vez que el suministro de los ventiladores se tornó innecesario. Nótese como aun después de firmado el otrosí, el afianzado a través de comunicación FJB # 20200916-01 de fecha 16 de septiembre de 2020, le propuso al Ministerio el suministro de ventiladores adicionales VELA, sin que esta propuesta fuera atendida por el Ministerio.

De otra parte, resaltamos que en la ejecución contractual instrumentación S.A. pudo evidenciar la ausencia de la necesidad de los ventiladores. Para puntualizar basta señalar el caso del Hospital San Vicente de Paul de la ciudad de Medellín, el cual se negó a recibir 5 ventiladores. Esta situación fue puesta en conocimiento de la Entidad a través de la misma misiva señalada en precedente y que se aporta como prueba.

En este mismo sentido, basta poner de presente que, en diferentes alocuciones presidenciales, se puso de presente la ausencia de necesidad de ventiladores adicionales atendiendo la evolución de la pandemia.

Teniendo en cuenta lo anterior, y de cara al contrato de seguro, debemos poner de presente que, al inexistir un perjuicio por parte de la entidad estatal, se estaría contrariando el principio indemnizatorio que rige al seguro de cumplimiento.

El seguro de cumplimiento, por ser un seguro de daños, es un contrato de mera indemnización, como expresamente lo indica el artículo 1088 del Código de Comercio, cuando establece: "(...) los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento" Quiere decir lo anterior, que la entidad contratante solo puede hacer efectiva la garantía por el monto de los perjuicios sufridos y demostrados, de conformidad con lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

(...)

A este respecto en la parte inicial de las condiciones generales del contrato de seguro se indica textualmente lo siguiente:

'NACIONAL DE SEGUROS S.A COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES. QUE EN ADELANTE SE DENOMINA LA COMPAÑIA, OTORGA A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA, SIN EXCEDER EL VALOR ASEGURADO. LOS AMPAROS MENCIONADOS EN LA CARATULA DE LA PRESENTE POLIZA DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTICULO 1088 DEL CODIGO DE COMERCIO, SEGUN EL CUAL, EL CONTRATO DE SEGURO ES DE MERA INDEMNIZACION Y JAMÁS PODRA CONSTITUIR FUENTE DE ENRIQUECIMIENTO'

Aunado a lo anterior, el asegurado, en este caso el Ministerio de Salud y de Protección social debe demostrar la ocurrencia y la cuantía de la pérdida conforme al Artículo 1077 del Código de Comercio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio, norma aplicable al presente contrato de seguro, entre otras razones, por lo dispuesto en el

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la entidad asegurada está en la obligación de demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía.

Frente a este tópico, las condiciones generales de la póliza establecen textualmente lo siguiente

"CLAUSULA SEPTIMA EFECTIVIDAD DE LA GARANTIA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 1077 EN CONCORDANCIA CON EL ARTICULO 1000, AMBOS DEL CODIGO DE COMERCIO. LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DEBERA DEMOSTRAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y ACREDITAR LA CUANTIA DE LA PERDIDA. PREVIO AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA DEL CONTRATISTA GARANTIZADO Y DE LA COMPAÑIA"

(...)

En el presente asunto, en nuestra opinión el asegurado no ha acreditado la ocurrencia del siniestro, es decir que el presunto incumplimiento que genero un perjuicio indemnizable a la luz de la póliza, por lo tanto, resulta improcedente la afectación del contrato de seguro expedido por Nacional de Seguros.

DEFENSA SUBSIDIARIA: ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA. INDEBIDA LIQUIDACION DE LA CLAUSULA PENAL.

El numeral 9 de la citación No. 202042701567241 de fecha 7 de octubre de 2020 se realiza la tasación de la sanción a imponer. Sin embargo, dicha tasación adolece de 2 inconsistencias, las cuales pasamos a exponer:

Aplicación indebida de la tasa representativa establecida en la cláusula quinta del contrato.

El texto de la citación indica que el valor de \$3.717.441.000 se fijó teniendo en cuenta la tasa representativa del mercado establecida en la cláusula quinta del contrato de compraventa.

A este respecto, vale la pena repasar lo establecido en la cláusula quinta para darse cuenta que la TRM de \$4.500 era una tasa proyectada, sin embargo, la citada disposición indica que el pago debería hacerse con la TRM del día en que se efectuó el desembolso, por lo que, aplicando el mismo criterio, el pago de la cláusula penal debería hacerse con la TRM de la fecha de la citación.

Tasación de la cláusula penal basado en el valor del contrato que incluye el IVA. cuando el contrato está exento de dicho impuesto.

Según el D. 551 de 2020, establece los bienes cubiertas exentos del impuesto sobre las ventas y entre ellos se enlista en el numeral 52, el ventilador o respirador hospitalario. Teniendo en cuenta que el contrato esté exento del impuesto sobre las ventas, el valor del para efectos de la liquidación de la cláusula penal no debe incluir el citado impuesto. Aplicando los dos criterios atrás expuestos, se podría obtener una reducción de la cláusula penal en un 28%.

DEFENSA SUBSIDIARIA. COMPENSACION. APLICACION DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES RESPECTO AL PAGO DE LA CLAUSULA PENAL.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

En caso de que los argumentos esgrimidos no sean acogidos por la entidad, solicitamos que el valor reclamado sea compensado con los valores adeudados por cualquier concepto por el Ministerio al contratista.

"CLAUSULA OCTAVA — REDUCCION DE LA INDEMNIZACION

SI LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA AL MOMENTO DE TENER CONOCIMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO O CON POSTERIORIDAD A ESTE O DEL RESULTADO DE LA LIQUIDACION DEL CONTRATO Y ANTERIOR AL PAGO DE LA INDEMNIZACION, FUERE DEUDOR DEL CONTRATISTA GARANTIZADO POR CUALQUIER CONCEPTO, SE APLICARÁ LA COMPENSACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA LEY 1150 DE 2007 Y LA INDEMNIZACION SE DISMINUIRA EN EL MONTO DE LAS ACREENCIAS, DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN LOS ARTICULOS 1714 Y SS: DEL CODIGO CIVIL"

Se recibe en total doce (12) folios que dan cuenta de los descargos y pruebas documentales ya anunciados.

V. PRUEBAS.

En el marco de la audiencia pública, considerando para el efecto lo establecido en el artículo 40 y 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y los artículos 165, 168, 169 del Código General del Proceso, por su conducencia, pertinencia y utilidad se dispuso el decreto y práctica de las siguientes pruebas solicitadas, así como también el rechazo y desistimiento de la siguientes:

A PRUEBA QUE SE RECHAZARON:

-Declaración de los supervisores del contrato de compraventa No. 163 de 2020 para que procedan a rendir explicaciones en relación a los antecedentes e historia de cómo se llegó a la celebración del Otrosí modificadorio del plazo

Tal como se referenció en la sesión adelantada el día 26 de octubre de 2020 y revisada la solicitud del decreto y práctica de la prueba en mención, se observa que la misma se presentó con oportunidad tal como lo establece el artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), también se verificó que es un medio de prueba plausible al estar enlistado en el artículo 165 del Código General del Proceso (CGP). Sin embargo, resulta ser inconducente y superfluo para el fin querido, dando lugar a que el Despacho lo rechazara atendiendo por un lado a que para la fecha de celebración del Otrosí modificadorio del plazo ocurrida el 28 de agosto de 2020, la supervisión ya no contaba con el control y vigilancia del contrato de compraventa No. 163 de 2020, pues a través de otro sí modificadorio celebrado entre EL MINISTERIO e INSTRUMENTACION S.A del día 24 de agosto de 2020, el seguimiento del contrato estuvo en cabeza de la interventoría, por otro lado, observó este Despacho, que las declaraciones contenidas tanto en el Otrosí modificadorio del plazo como en las comunicaciones entre el contratista y la interventoría que precedieron a su celebración, son muy claras en relación con las razones que soportan la necesidad de extender el plazo del contrato, pero sólo para poder transportar, instalar y poner en funcionamiento los equipos recibidos antes del 31 de agosto, así como las razones por las cuales no se estimaba conveniente aceptar nuevos equipos que llegarán al país después del 1º de septiembre. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que los documentos que reposan en el expediente contractual y que fueron conocidos en su momento por INSTRUMENTACIÓN al ser analizadas en su integridad dan cuenta, sin lugar a dubitaciones, de una sola interpretación, y por ende, que no requiere de otro medio de prueba para lograr identificar lo querido por las partes en el momento de su celebración, se considera que la prueba documental obrante en el

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

expediente contractual es suficiente en sí misma y admitir la práctica de esta prueba implicaría desconocer el principio de economía procesal propio de las actuaciones administrativas y validar una dilación injustificada de la diligencia.

B PRUEBAS QUE SE DECRETAN

En consecuencia, por su conducencia, pertinencia y utilidad se decretaron y practicaron las siguientes pruebas solicitadas:

CONSIDERACION PREVIA

Se tuvieron como prueba, las documentales aportadas como soporte de la presente actuación en la citación, conforme lo establece el literal a) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, la cual no ha sido tachada de falsa por ninguna de las partes siendo reconocida por éstas, bajo el valor legal que le corresponde.

1) POR PARTE DEL REPRESENTANTE LEGAL Y EL APODERADO DE INSTRUMENTACION S.A.

DOCUMENTAL APORTADA

- a) Se tuvo como prueba, la documental aportada por el señor Francisco Bravo en la diligencia de descargos, ocurrida el día 14 de octubre de 2020.
- b) Se decretó como prueba, la documental anunciada previamente bajo el valor legal que le corresponde, que fue aportada por parte del apoderado de INSTRUMENTACION S.A, con la traducción oficial respectiva, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 251 del Código General del Proceso (CGP), la circular externa No. 17 del 11 de febrero de 2015 de Colombia Compra Eficiente y las normas establecidas para el efecto, en relación a las calidades del traductor oficial.

PRUEBA DESISTIDA.

Frente a la señalada en el literal b) a pesar de ser decretada por el despacho, al momento de práctica en la sesión del 26 de octubre de 2020, el apoderado de INSTRUMENTACION S.A, desistió de la misma, considerando que con la prueba testimonial absolvería el hecho que pretendía probar a través de la documental, facultad que está consagrada en el artículo 175 del Código General del Proceso *"Desistimiento de pruebas"*

TESTIMONIAL

Se decretó la prueba testimonial del señor LUCIO A. BLANCO, Director para América Latina Norte de la compañía VYARE MEDICAL, dicha prueba fue practicada en la sesión del 26 de octubre de 2020, bajo observancia de las reglas fijadas en los artículos 220 *"Formalidades del Interrogatorio"*, 221 *"Práctica del Interrogatorio"* y 224 *"Declaraciones del Testigo fuera de la sede del Juzgado"* del Código General del Proceso.

2) POR PARTE DE LA APODERADA DE LA ASEGURADORA

DOCUMENTAL APORTADA

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Se tuvo como prueba documental la aportada en la diligencia de descargos de la sesión del 14 de octubre de 2020, bajo el valor legal que le corresponde, a saber: Copia de la comunicación FJB# 20200916-01 de fecha 16 de septiembre de 2020 (la cual aporta en dos folios).

DOCUMENTAL SOLICITADA

Certificación del valor de los saldos pendientes adeudados al contratista INSTRUMENTACION S.A. en virtud del contrato de compraventa No. 163 de 2020, expedido por la Interventoría UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN UMB, la cual es presentada, haciendo parte de las presentes diligencias.

Atendiendo el literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo 176 del Código General del Proceso "Apreciación de las pruebas" las resultados de los medios de prueba anunciados, serán objeto del análisis correspondiente en el acápite denominado "CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO".

VI CONCEPTO FINAL DEL INTERVENTOR

En cumplimiento de los presupuestos establecido en el MANUAL DE CONTRATACIÓN DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, adoptado por la Resolución 5714 de 2018, modificada por la Resolución No. 1256 del 28 julio 2020, vigente tanto al momento de la ejecución del contrato, como al momento en que se inició el procedimiento administrativo, la UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN en virtud de la interventoría que ejerce sobre el contrato de compraventa No. 163 de 2020, mediante radicado: UMB-MSPS-INSTRUMENTACION-163-009, presentó ante el señor Secretario su concepto final de interventoría en relación a las presentes diligencias, a saber:

(...)(i) DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR REPRESENTANTE LEGAL DE INSTRUMENTACION S.A. DE LOS EQUIPOS Y LAS ENTREGAS – El representante legal suplente del contratista reconoció la entrega de 644 equipos, no obstante, se aduce de su parte que se adelantaron las gestiones necesarias para alcanzar la entrega total de los equipos contratados, empero su incumplimiento se debió a circunstancias propias del productor, dadas las circunstancias del mercado y la afectación de la producción por casos de COVID-19, hecho este que afecto el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

(ii) DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR EL APODERADO DE INSTRUMENTACIÓN CIRCUNSTANCIAS DE INCUMPLIMIENTO NO SON IMPUTABLES A INSTRUMENTACIÓN S.A. – En este punto el contratista puntualmente indica "En cuanto al incumplimiento sancionable, es un error medir el presunto incumplimiento con base en el número de ventiladores entregados, correspondiente al 64.4% del total previsto en el contrato. En verdad, de los mil contratados solo se entregaron 644, pero ello no resulta automáticamente en incumplimiento, pues previamente debe determinarse si la menor cantidad es imputable a título de incumplimiento. Veamos: La razón de la diferencia es imputable a la fabricante, Vyaire, lo que está plenamente demostrado por su propia admisión, como se puede ver en la correspondencia" con esto pretendiendo aludir a la existencia de un eximente de responsabilidad como lo es la Fuerza Mayor.

(iii) DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR EL APODERADO DE NACIONAL DE SEGUROS EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO NO ES IMPUTABLE A INSTRUMENTACION POR UN HECHO CONSTITUTIVO DE FUERZA MAYOR –

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Aduce la Abogada del Garante, que no hay lugar a declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales, por la existencia de un hecho ajeno al contratista, mismo que le impidió proveer los bienes contratados, de ello que, a pesar del cumplimiento al deber de diligencia, las condiciones de imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad de las circunstancias que se originaron en el productor Vyaire, le impidieran a INSTRUMENTACION S.A., cumplir; siendo estos elementos constitutivos de la ruptura del nexo causal por fuerza mayor.

CONCEPTO DE INTERVENTORIA FRENTE A LOS DESCARGOS PRESENTADOS: EXISTENCIA DE FUERZA MAYOR.

Que, al respecto, la fuerza mayor ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia, como un acaecimiento externo a la actividad de quien produce el daño, irresistible e imprevisible que imposibilitan el cumplimiento del contrato; y señalando, en términos generales, que la irresistibilidad es el criterio fundamental determinante para la configuración de la fuerza mayor. Que para estos efectos es importante retomar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia refiriéndose a los hechos que constituyen fuerza mayor o caso fortuito, en sentencia del 29 de abril de 2.005, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo en el expediente N° 0829-92. "(...) No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular—in concreto—, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no. Justamente sobre este particular, bien ha precisado la Sala en jurisprudencia uniforme, que "la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos" (sent. 145 de 7 de octubre de 1993); por eso, entonces, "la calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento —acompañadas con las del propio agente—" (Sent. 078 de 23 de junio de 2000), sin que un hecho pueda "calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito" (cas. civ. de 20 de noviembre de 1989; cfme: sent. 087 de 9 de octubre de 1998)". Que así mismo, en Sentencia de 29 de octubre de 1999. Exp. 9626. Actor: Banco de Los Trabajadores S.A., se expuso lo siguiente: "Los elementos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad han sido precisados por la doctrina y la jurisprudencia, como las circunstancias de haber sido imprevisto el hecho y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho invocado como fuerza mayor o caso fortuito, corresponde a un suceso que escapa a las previsiones normales, esto es que no haya sido tenido en cuenta por el afectado, siempre y cuando no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, precedente o concomitante con el hecho. La irresistibilidad radica en que ante las medidas adoptadas, le fue imposible al deudor evitar que el hecho se presentara, por escapar por entero a su control. Por ello, la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de las circunstancias, de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsible".

Que de manera complementaria, la sección tercera en sentencia de 15 de junio de 2000, Exp 12.423 citó: "la fuerza mayor sólo se demuestra: '...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e

30 NOV 2020

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias...En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...". Se concluye como lo ha definido la sección tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de septiembre de 2003, Radicación 14781 que: "La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista. El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible. En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impositivos del fenómeno presentado. En este contexto, entiende la Sala que para que se configure la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad contractual, en los términos del art. 1, de la ley 95 de 1890, es necesario que se trate de .el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc; Hay que anotar que, si bien las partes de un contrato pueden contemplar supuestos adicionales, no contenidos en la ley, constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, las de éste contrato decidieron acogerse a lo contemplado en dicha ley para efectos de determinar los supuestos configurativos de este fenómeno jurídico. De manera que la irresistibilidad y la imprevisibilidad del fenómeno, definen su configuración, exigencias a las cuales se debe agregar el hecho de que éste no resulte imputable a una de las partes del contrato, aspectos que se deben analizar en cada caso concreto. También resulta importante anotar que las causas constitutivas de la fuerza mayor bien pueden provenir de la naturaleza o de un hecho del hombre; lo importante es que cualquiera de ellos reúna las tres exigencias que se acaban de mencionar". (...)

Definidos los marcos jurisprudenciales, las apreciaciones de la interventoría sobre este particular y su recomendación, serán consideradas y valoradas de cara al material probatorio recaudado.

VII CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO

De conformidad con los hechos descritos, los documentos que los soportan, los descargos presentados, el acervo probatorio y una vez cumplidos los presupuestos establecidos en la normatividad vigente para emitir una decisión de fondo, a continuación, se realiza el análisis de los argumentos presentados por los sujetos procesales.

1. CUESTIONES PREVIAS.

1.1. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Dentro del escrito de los descargos, el contratista alude de forma genérica a aquellas disposiciones normativas relativas al restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual, y en general hace referencias doctrinales a la Teoría de la Imprevisión, aun cuando los mismos están desprovistos de medios probatorios que los apoyen y no corresponden con un hecho puntual o identificable.

Al respecto es preciso aclarar que la conocida Teoría de la Imprevisión no guarda relación con los efectos de la imprevisión como requisito de la fuerza mayor, sino que se trata de figuras diferentes con efectos igualmente disímiles, como de tiempo atrás ha clarificado la jurisprudencia:

"La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo. Fue definido por el legislador como "... el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." - Arte. 1º de la Ley 95 de 1890-

La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resultante necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio.

La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable. La fuerza mayor se produce, como se indica, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados.

La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista.

El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible. En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no falló la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

*contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado."*³

En el mismo sentido, un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado:

El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible⁴.

Así las cosas, en el presente caso la motivación no atiende a la Teoría de la Imprevisión por no corresponder sustantivamente a la naturaleza de lo que se debate. Tratándose de un incumplimiento, la motivación se centra en establecer si existe o no eximente de responsabilidad, atendiendo a si el nexo de imputación se mantiene o se rompe por una de las causales de exoneración de responsabilidad.

1.2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En consonancia con sus disertaciones sobre la Teoría de la Imprevisión, el contratista describe un probable escenario futuro de conciliación extrajudicial en donde se buscaría la fórmula que permita ajustar el cumplimiento del contrato a las condiciones imprevistas. De no lograrse la conciliación, vislumbra un escenario judicial en el que, es posible hacer uso de la figura procesal del llamamiento en garantía. Frente a esta posibilidad y por considerar que su eventual responsabilidad por incumplimiento resultaría como consecuencia de la responsabilidad de su proveedor *"llama en garantía a la sociedad Vyaire Medical Inc., con domicilio en 26125 N. Riverwoods Blvd, Mettawa, IL 60045, U.S.A fabricante de los 1000 ventiladores que no fueron entregados a Instrumentación S A. para que ésta a su vez los entregara al Ministerio de Salud Pública y Protección Social de Colombia de conformidad con el contrato 163 de 2020"*

Sobre el particular basta con señalar que la participación de estos terceros incidentales es propia de una instancia judicial y no de carácter administrativo que es la que tiene lugar el presente proceso de naturaleza sancionatoria.

El empleo de armas procesales en un eventual futuro, no guarda pertinencia con lo que en la actuación administrativa sancionatoria contractual se debate, por lo que la motivación no ahondará en cuestión que es irrelevante para establecer el incumplimiento del contratista.

De otra parte, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es claro en relación con los sujetos que deben ser convocados en el curso del proceso sancionatorio contractual: el contratista y su garante, lo que obedece al hecho de que los terceros proveedores del contratista son ajenos a la relación comercial entre las partes. Estas razones son suficientes para atender la petición formulada en este sentido.

2. ASPECTOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00464-01(14781). 11 de septiembre de 2003

⁴ del Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, 31 de enero de 2019. Expediente 37910,MP.María Adriana Marín, ha indicado:

30 NOV 2020

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

2.1. EL PLAZO DE CONTRATO

El plazo de ejecución del contrato de compraventa No. 163 de 2020 se debate en relación con los términos que lo definen y, en consecuencia, con los límites que tenía el contratista para dar cumplimiento oportuno a sus obligaciones negocialas.

La cláusula tercera del contrato en cuestión prevé:

"El plazo de ejecución será a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución, y por el término de cinco (5) meses, sin superar la presente vigencia. La entrega de los equipos se efectuará según el cronograma de entregas dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social"

Dicho plazo no carecía de antecedentes ni justificación, por el contrario, obedecía a una manifestación expresa e inequívoca del contratista: su propuesta contenida en comunicación del 26 de marzo de 2020, en donde ofertó la venta de 1000 unidades del ventilador de cuidado intensivo vela, *"en un tiempo estimado de 90 días (noventa días) a partir de la firma y legalización del contrato"*, ofrecimiento que, conforme a la ley civil y comercial, y a voces de la cláusula vigésima cuarta del contrato, es un documento del mismo que, en consecuencia hace parte integral del negocio jurídico en tanto define igualmente las actividades, alcance y obligaciones contractuales.

La bilateralidad del contrato estatal se manifiesta en que el contrato es fuente de obligaciones para las partes que consensan en su celebración, respecto de un objeto y en condición equivalente entre prestación y contraprestación; para el caso, la prestación a cargo del contratista, él la fijó en su oferta, de tal manera que la manifestación de voluntad espontánea, consciente y libre, lo vincula; no pudiéndose desconocer el compromiso voluntariamente asumido, mucho más cuando el mismo proviene de un experto que conforme al Código de Comercio, compromete su responsabilidad a que la misma esté exenta de culpa; así que quien se obliga por la oferta que realiza carece de legitimidad jurídica para desdecir aquello con lo que se ha comprometido y ha creado en su colaborador contractual el convencimiento fundado que lo ofertado será cumplido, conforme lo expresado en un asunto tan sensible como la provisión de ventiladores, esenciales para la preservación de la salud en un momento crítico como el existente al momento en que se celebró el contrato, en que la enajenación de los ventiladores era crucial para la vida de los afectados por el COVID-19.

Conforme a lo anterior carece de vocación de prosperidad el argumento conforme al cual se pretende restarle valor jurídico a la oferta, presentándola como una mera tratativa con valor interpretativo, pero sin poder vinculante. Sobre el valor jurídico de la oferta en la contratación estatal el Consejo de Estado ha reiterado su irrevocabilidad e incluso los efectos reforzados que dicha condición tienen en la contratación pública⁵.

Ahora bien, en relación con el plazo, el contratista alega que la literalidad de la cláusula que prevé los cinco (5) meses de plazo es contradictoria con su oferta de noventa (90) días, por lo que frente a la colisión, debe prevalecer el contrato y en consecuencia estimarse que el plazo que tenía el contratista para hacer la entrega material de los ventiladores sería hasta

⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejera ponente: María Adriana Marín. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00149-01(37638) Acumulado. 30 de agosto de 2018. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00022-00(1723). Marzo 30 de 2006.

Am

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

el último minuto de la última hora del día en que se cumplían los cinco (5) meses, y no al término de los noventa (90) días contados a partir de la ejecución del contrato.

Frente a ello es preciso recalcar, no solo que la oferta en sí misma es irrevocable frente a su destinatario, sino además que el plazo del contrato no incide en modo alguno en la posibilidad de que las partes establezcan hitos o plazos parciales para el cumplimiento ordenado y oportuno de las distintas obligaciones, para el caso, de una parte, la entrega física de los equipos, y de otra, la instalación, puesta en marcha, capacitación y demás obligaciones inherentes a la satisfacción de la necesidad del Ministerio.

La cláusula de plazo tiene una racionalidad propia respecto a la de la oferta de entrega de los ventiladores adquiridos que se expresa así, siguiendo la preceptiva del inciso primero del artículo 1622 C.C. que ordena la interpretación sistemática de las cláusulas contractuales "dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad"; así que tratándose de un contrato de compraventa con las obligaciones adicionales de instalación, puesta en marcha y capacitación, es evidente que hay una diferencia en el tiempo respecto a la obligación de que se trate: no se puede instalar lo que no ha sido proveído, como tampoco poner en marcha el equipo o capacitar a un personal sobre el uso de un ventilador que aún no se ha suministrado; en ese orden de actividades, la interpretación sistemática indica que el contratista establece en su oferta el plazo de entrega de los ventiladores y luego, como obligaciones diferentes, se cumplen las actividades de instalación, puesta en marcha y capacitación, teniendo en cuenta que estas, por su naturaleza son de ejecución posterior, a la transferencia en el dominio de los ventiladores. Tanto el suministro como las obligaciones han de cumplirse en el plazo contractual; pero quien fija el plazo de entrega es el contratista en su oferta; el tiempo remanente del plazo se destina al cumplimiento de las otras obligaciones a su cargo; así que el plazo contractual tiene una holgura respecto del plazo de entrega con que el contratista se obliga según su oferta. La interpretación del plazo contractual y el plazo de entrega obedece al principio interpretativo de eficacia, conforme lo establece el artículo 1620 C.C., de forma tal que el plazo de la entrega, por naturaleza, es previo al plazo de instalación, puesta en marcha y capacitación; aquel lo fija el contratista que debe contemplar la amplitud, conforme al plazo contractual, para que satisfecha su obligación de entrega de los ventiladores adquiridos, disponga del tiempo suficiente para la satisfacción de las obligaciones adicionales de instalación, puesta en marcha y capacitación.

El contratista no puede excusar la actuación contractual objeto de este proceso sancionatorio desdiciendo del pleno conocimiento que tenía respecto del carácter central que el plazo de entrega de los equipos tenía para el Ministerio y en consecuencia su relevancia para adoptar la decisión de contratación, así como del carácter vinculante de la oferta que realizó en dicho sentido.

El plazo ofertado por las personas que concurren como potenciales proveedores del Ministerio fue, satisfechas las condicionamientos de orden técnico -ficha técnica-, el elemento determinante de la contratación, considerando que las condiciones del mercado internacional de este tipo de bienes en razón de la pandemia por SARS COV 2, caracterizadas por la demanda desbordada de bienes y las limitaciones de la oferta, hacían crucial para el Ministerio, en su condición de comprador, conocer el plazo en que los equipos serían entregados.

A diferencia de las condiciones de instalación, capacitación y puesta en marcha, cuya gestión admitía toda suerte de estrategias para disminuir los tiempos, la disposición de los equipos constituía el elemento ajeno absolutamente a la gestión del Ministerio, y dependiente exclusivamente del oferente, en tanto titular de las relaciones comerciales con los productores. Esa, que no otra, era la razón esencial por la que se pedía a los oferentes señalar de forma clara y expresa el tiempo de entrega de los equipos, al punto de que a

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

mayor tiempo de entrega menores o incluso nulas posibilidades de adjudicación del contrato. El mercado de ventiladores era, en el momento previo a la suscripción del contrato 163 de 2020, una puja en función de los mejores tiempos de entrega, y eso era de pleno conocimiento del contratista quien no puede ahora pretender desconocer dichos antecedentes en provecho propio, como lo prescribe la regla general del derecho conforme la cual *venire contra factum proprium non valet*.

De acuerdo con lo anterior, ningún sentido tendría que el Ministerio, obtenido un tiempo de entrega de noventa (90) días, hubiese, por iniciativa propia, desmejorado su condición, poniéndose en circunstancia de recibir los equipos mucho tiempo después. La demora aumentaba la contingencia negativa para la salud y de haberse aceptado entregas posteriores se estaría rompiendo el principio de selección objetiva que hacía adjudicatario del contrato a quien, cumpliendo con la exigencia técnica, se obligara con el menor tiempo de entrega de los ventiladores.

Así los casos, lo que se tiene es un contrato con un plazo general y con plazos parciales: uno de noventa (90) días para la entrega de los equipos, y otro de dos (2) meses, posteriores a la entrega –que en todo caso no podía superar noventa (90) días, según la oferta- para la instalación, puesta en marcha, capacitación y demás prestaciones pactadas en el contrato. En todo caso, la suma de los dos plazos parciales no podía superar el plazo total del contrato, esto es, (5) cinco meses contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución.

Bajo lo expuesto, no le asiste la razón al apoderado de INSTRUMENTACIÓN al afirmar *"si bien los tratos precontractuales son elementos útiles para la interpretación del contrato, no hay aquí un asunto de interpretación sino una confrontación entre dos disposiciones contradictorias y excluyentes"*, pues a más de ser un trato precontractual, la oferta en sí misma es irrevocable frente al destinatario de la misma y además, en donde el apoderado ve un presunto conflicto de disposiciones *"contradictorias y excluyentes"*, lo que existe en verdad son estipulaciones armonizadas atendiendo las condiciones de ejecución del contrato, en donde se establecieron los tiempos que regularían la entrega física de los equipos, –que se encuentra inmerso dentro de los 5 meses siendo los primeros 90 días de ejecución del contrato- más aquel que demandaría la instalación, puesta en marcha, capacitación y demás prestaciones pactadas en el contrato, –correspondiendo a los dos meses siguientes de los 5 ya anunciados- por todos conocidas, que sólo se darían paso con la existencia previa de los equipos sobre la cual recaería la correspondiente ejecución.

El plazo de ejecución constituye el marco de tiempo en el cual deben cumplirse la totalidad de las obligaciones del contrato, que, para el caso que nos ocupa, no se agotaban con el suministro de los equipos, sino que incluían la verificación de las condiciones de las instituciones de salud en las cuales serían instalados los equipos, la puesta en funcionamiento por personal idóneo y experto, la capacitación del personal técnico y asistencial en las características técnicas, partes, accesorios y consumibles, principios de funcionamiento y operación, limpieza, desinfección, protección y cuidados, instrucción detallada de manejo, conexión y cuidado con el paciente, simulación práctica y atención de fallas básicas, entre otras, que requieren tiempo para su satisfacción, más aún cuando se trata de un número considerable de equipos que se instalarán en lugares diferentes.

Si en gracia de discusión se aceptará la interpretación del contratista INSTRUMENTACION, que desde la celebración del contrato se contaba hasta con el último día del plazo para la entrega de los 1000 equipos, y conociendo que el acuerdo contractual fijaba el cumplimiento de otras obligaciones ya anunciadas que demandaban mayores tiempos y que además requerían de la condición de la entrega previa de los ventiladores, en un raciocinio puesto desde la lógica de la insuficiencia del plazo pactado, nace el siguiente cuestionamiento, ¿no resultaba ser razón suficiente para que INSTRUMENTACION procediera a revisar tal

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

condición con la entidad para reformular las estipulaciones contractuales del caso antes de aceptar los compromisos fijados en el contrato de compraventa, tal como estaban pactados?, evento que claramente no se presentó, pues para las partes era suficientemente claro, y más para el obligado, las condiciones de su oferta que en resumidas se traducen en la entrega de los 1000 equipos en 90 días.

Como se nota, se trata de obligaciones necesarias y esenciales en la ejecución del contrato, lo que determinó que fueron contempladas en la definición del plazo de ejecución, de modo tal que permitieran, no solo recibir los bienes en condiciones de oportunidad y calidad, sino ponerlos en funcionamiento en las condiciones de óptima operación de modo tal que contribuyeran efectivamente a solventar las necesidades que originaron su contratación.

Ahora bien, cosa diferente es que, por el carácter esencial de los equipos y por la imposibilidad de satisfacer la necesidad de forma inmediata a través de algún mecanismo sustituto, el Ministerio se haya visto obligado a recibir equipos por fuera de dicho plazo parcial, lo que implicó la prórroga del contrato que se aborda en el literal siguiente. El esfuerzo del Ministerio se orientó a obtener la satisfacción del objeto contratado y, de allí, su actuación colaboradora con el contratista en aras a contar con lo que necesitaba.

Por ello sin lugar a dubitaciones, se concluye que, al estar las actividades antes descritas como necesarias en la ejecución del contrato, fueron contempladas en la definición del plazo de ejecución para recibir con oportunidad y calidad los bienes adquiridos, es por esto que, pese a prever la entrega dentro de los noventa días siguientes a la suscripción del mismo, su ejecución se estipuló en cinco meses.

Por lo anteriormente expuesto, es inequívoco que los documentos contractuales eran claros en relación con los plazos del contrato, y que los argumentos en este sentido no están llamados a prosperar.

2.2. ALCANCE DEL OTROSI MODIFICATORIO DEL PLAZO (descargo Apoderado Instrumentación)

El contratista alega que el Otrosí modificadorio No. 1 implicó una suerte de modificación de los términos del contrato, más allá de la ampliación del plazo, ajustando las cantidades contratadas a las que se lograrán nacionalizar hasta el 30 de agosto de 2020, al tiempo que una terminación de común acuerdo del contrato en las condiciones en que se encontraba ejecutado.

La cláusula primera del otrosí en cuestión señala:

"CLÁUSULA PRIMERA: Prorrogar la duración del Contrato de compraventa No. 163 de 2020, hasta el 20 de septiembre de 2020.

PARAGRAFO: La presente prórroga se celebra exclusivamente para la ejecución de las actividades necesarias y posteriores a la nacionalización de los equipos, establecidas en el marco contractual fijado entre las partes, de aquellos equipos que se alcancen a nacionalizar hasta el 30 de agosto de 2020. Por tanto, las partes acuerdan que bajo ninguna circunstancia **EL CONTRATISTA** entregará mayor cantidad de equipos ni **EL MINISTERIO** estará obligado a recibirlos durante el plazo de la presente prórroga. Lo anterior sin perjuicio, de la revisión por parte de la entidad, de las actuaciones administrativas a que hubiere lugar pactadas en las cláusulas decima séptima y decima octava del contrato de compraventa No. 163 de 2020.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

CLÁUSULA SEGUNDA: *Las demás cláusulas y condiciones del Contrato de Compraventa No. 163 de 2020 continúan vigentes en cuanto no se opongan a lo establecido en la presente prórroga No. 1.(...)*

Partiendo de la lectura del clausulado anunciado extractado de la prórroga No.1 al contrato de compraventa No. 163 de 2020, no es dable concluir las afirmaciones del apoderado de INSTRUMENTACIÓN al considerar que presuntivamente entre las partes se quiso celebrar una especie de modificación de los términos del contrato más allá de la ampliación del plazo, ajustando las cantidades contratadas a las que se lograrán nacionalizar hasta el 30 de agosto de 2020, y menos una terminación de común acuerdo, pues claramente eso no ocurrió. Para confirmar lo aquí expuesto primero, no es dable realizar una lectura fraccionada de las estipulaciones contractuales, descontextualizando en sí los pactos hechos por las partes, pues el plazo de los 20 días adicionales tenía como objeto, tal como lo indica el parágrafo:

(...) "exclusivamente para la ejecución de las actividades necesarias y posteriores a la nacionalización de los equipos, establecidas en el marco contractual fijado entre las partes, de aquellos equipos que se alcancen a nacionalizar hasta el 30 de agosto de 2020"

Y de esta forma no hace de por sí la situación más gravosa para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista respecto de instalación, puesta en funcionamiento, capacitaciones y demás relacionadas, pues, el contrato de compraventa no se agotaba sólo con la entrega de los equipos, sino que demanda el cumplimiento de otras actividades las que forzosamente requieren contar con un plazo adicional para atender dichas obligaciones.

Nótese además que en la cláusula segunda del mencionado OTROSÍ, claramente indica que *"Las demás cláusulas y condiciones del Contrato de Compraventa No. 163 de 2020 continúan vigentes en cuanto no se opongan a lo establecido en la presente prórroga No. 1"* entre las que se encuentra la entrega de 1000 ventiladores a 30 de agosto de 2020.

Como consta en los antecedentes del otrosí, el mismo tuvo por objeto garantizar la puesta en operación de los equipos que fueron recibidos en el plazo del contrato y en modo alguno modificar o novar las obligaciones respecto de aquellos equipos que definitivamente no serían entregados en término.

Los veinte (20) días de prórroga concertados entre las partes tenían como objeto conceder el término para la ejecución de las actividades necesarias y posteriores a la nacionalización de aquellos equipos nacionalizados a más tardar el 30 de agosto de 2020, y, por esta vía, buscar el cumplimiento de los fines de la contratación.

Jurídicamente, los términos de competencia entre los oferentes de los equipos que atienden al principio de selección objetiva, son inamovibles, de tal forma que, compitiendo en condiciones técnicas ciertas, la aceptación de la oferta recaía sobre quien menor tiempo de entrega ofertara; la intangibilidad de las condiciones de competencia, impide que el Ministerio hubiese alterado mediante otrosí, el factor determinante para la elección de la entidad y que se le dé al otrosí, un alcance contrario a derecho. De allí que la intelección jurídica del otrosí que propone el imputado, no la acepta el Ministerio.

Este aspecto no requiere mayores elucubraciones, considerando que mediante OFICIO FJB No. 202009002-01 del 2 de septiembre de 2020 dirigido al Ministerio por parte del representante legal de INSTRUMENTACION S.A., se afirma:

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

"Es decir, según nuestra interpretación, los documentos contractuales aún no han reducido la obligación de EL CONTRATISTA de suministrar 1000 ventiladores"

La regla general del derecho *venire contra factum proprium non valet*, impide que se otorgue mérito a una argumentación en este sentido.

El cargo no está llamado a prosperar.

2.3. DEL PERJUICIO Y CONFIGURACION DEL DAÑO. (Descargos conjuntos Apoderado de Instrumentación y el garante)

El contratista y su garante alegan que no se ha probado la existencia del daño y que en consecuencia la exigencia de su resarcimiento configura un enriquecimiento sin causa, y hace nugatorio el principio indemnizatorio del seguro de cumplimiento que regulan el derecho de seguros. Conforme su dicho, el suministro de 356 ventiladores que no fueron objeto de entrega por parte del contratista y que constituyen el objeto del incumplimiento que se debate se tornó innecesario para el Ministerio.

El argumento lo sustentan en el hecho de que el contratista, a través de comunicación FJB # 20200916-01 de fecha 16 de septiembre de 2020, le propuso al Ministerio el suministro de ventiladores adicionales VELA, sin que esta propuesta fuera atendida; en el caso del Hospital San Vicente de Paul de la ciudad de Medellín, el cual se negó a recibir cinco (5) ventiladores; y, en las alocuciones presidenciales, en las que se atribuye al primer mandatario la manifestación de la ausencia de necesidad de ventiladores adicionales atendiendo la evolución de la pandemia.

Lo primero que es preciso señalar y que no se halla en discusión, fueron las razones que motivaron la contratación y especialmente la urgencia del país por disponer de ventiladores que le permitieran ampliar la capacidad instalada de la red de salud para responder a los desafíos de la pandemia por la Covid-19.

La contundencia de las razones hacen innecesario dar cuenta de la trascendencia que tenía para el país el cumplimiento oportuno y completo de las obligaciones contractuales; sin embargo, dicha necesidad no aparejaba una patente de corso para que el contratista pudiese hacer entrega de los equipos en condiciones que no correspondían a la oportunidad establecida por el Ministerio y con la que el contratista se obligó mediante su oferta, y por el contrario, constituían una razón suficiente para que, frente al menor indicio de alteraciones en el cumplimiento de los contratos, adoptara todas las medidas a su alcance para satisfacer la necesidad de forma oportuna.

La Ley 80 en el numeral primero del artículo 4º ordena como deber de la entidad estatal contratante:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

La disposición legal articula con el principio de responsabilidad que desarrolla el numeral 1º del artículo 26 conforme al cual corresponde a los servidores públicos "vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato."; aquí, no solamente es la necesidad del Ministerio sino que su función se halla íntimamente vinculada con el derecho a la salud de quienes requieren y se benefician de la entrega y disponibilidad de los ventiladores.

La programación prevista de entregas en el territorio nacional de los equipos adquiridos por el Ministerio, obedeció a la planificación requerida para la atención de pacientes de acuerdo

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

con la proyección de propagación del virus en el país en función de la disponibilidad previsible de equipos derivada de las propuestas presentadas por las empresas contratadas para la provisión de los equipos.

En el caso particular del contratista, este ofreció, mediante comunicación de marzo 26 de 2020 dirigida al Señor Ministro de Salud y Protección Social, la entrega a noventa (90) días, de mil (1.000) ventiladores de referencia Vela Compresive 120 V., y, en consecuencia, este término, junto con el requerido para concluir la prestación en su conjunto, constituyeron el límite temporal del contrato, con el que se materializan los principios de la contratación.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

*"[La entidad estatal contratante determinará un límite temporal razonable, junto con su contratista, de acuerdo con las necesidades del servicio, bien u obra que se pretenda satisfacer. Lo anterior bien puede darse a través de la fijación de un plazo, que puede ser determinado o determinable, o si así lo imponen las necesidades a través de una condición. **En todo caso, es claro que debe entenderse incorporado un límite temporal al contrato, pues de lo contrario se perpetuaría una relación contractual, con el detrimento que conllevaría para los principios generales y constitucionales de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales**"*⁶ (Destacado propio)

Dicho límite constituye el rasero para establecer la oportunidad debida en relación con el cumplimiento de la prestación contratada⁷, mucho más cuando ha sido criterio determinante de la selección objetiva.

En el presente caso, el cumplimiento dentro de la oportunidad debida tenía una importancia más allá de lo ordinario, lo que determinó que en distintas comunicaciones, correos y en las reuniones adelantadas por iniciativa del Ministerio con el contratista y el garante, se insistiera en la necesidad imperiosa de contar con los equipos para las épocas contratadas:

- COMUNICACIÓN MSPS AL CONTRATISTA. 21 de abril de 2020, Radicado número 202017000554481;
- COMUNICACIÓN MSPS AL CONTRATISTA. 2 de junio de 2020, Radicado número 20201700812411;
- Acta de reunión del 11 de junio de 2020;
- COMUNICACIÓN MSPS AL CONTRATISTA. 24 de junio de 2020, Radicado número 202017000940231;
- Acta de reunión del 8 de julio de 2020,
- COMUNICACIÓN MSPS AL CONTRATISTA. 31 de julio de 2020, Radicado número 202023001167301 con copia a la Aseguradora.
- COMUNICACIÓN DEL MINISTERIO A INSTRUMENTACIÓN con radicado 202023001200401 del 5 de agosto de 2020, dando respuesta.

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera consejero ponente Ramiro Pazos Guerrero, del 30 de noviembre de 2017, Rad. 73001-23-31-000-2009-00444-02 (40876)

⁷ "En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma **y en la oportunidad debida** y si además esa insatisfacción es imputable al deudor. Y es que, si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de "no cumplimiento" y esta situación, por regla general, no da lugar a la responsabilidad civil. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera subsección C, consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa del 24 de julio de 2013, Rad. 73001-23-31-000-1997-14722-01 (25131):

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

- COMUNICACIÓN DEL MINISTERIO con radicado 202023001214471 del 10 de agosto de 2020
- COMUNICACIÓN MSPS AL CONTRATISTA. 18 de agosto de 2020, Radicado 202023001254241,
- Acta de Reunión del 21 de agosto de 2020

Frente al hecho de que el contrato no se estaba desarrollando conforme a los plazos pactados, y frente a las condiciones de alteración del mercado de ventiladores, el Ministerio no podía permanecer impávido esperando el acaecimiento de los plazos y el posible incumplimiento o el no cumplimiento del mismo -según correspondiese-, por el contrario, su deber lo obligó a adelantar todo tipo de gestiones para mitigar o disminuir el impacto negativo de no disponer de los equipos dentro de los plazos previstos, incluidas la unión de esfuerzos con el contratista, y posteriormente con su asegurador, para lograr por todos los medios posibles el cumplimiento del contrato, llevando incluso, a acudir a instancias diplomáticas tal como se señala en el hecho 2.16 de la citación.

El daño sobreviene como consecuencia de la imposibilidad de disponer de los equipos en los tiempos requeridos, y el mismo no se enerva por las gestiones que haya debido realizar el Ministerio para mitigar el impacto negativo que la no disposición de los equipos aparejaba, por el contrario, se acentúa.

La actuación del Ministerio atiende a la prescripción del inciso primero del artículo 3º de la Ley 80 que ordena un comportamiento pro contrato: "Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines."

Nunca, como en ese momento, era imperiosa la contratación de los ventiladores; de ellos dependía la vida de las personas y el Ministerio estaba imperado a hacer lo necesario para la satisfacción de la necesidad.

Ahora bien, de la negativa del Ministerio ha recibir equipos en oportunidades diferentes a las pactadas no implica, como lo concluye el contratista y su garante, que la no entrega de un número determinado de equipos no le produzca daño, significa que existía una oportunidad debida para su recibo conforme a la planeación contractual, y que el contratista no podía pretender que frente a la persistencia de la necesidad, el Ministerio estaba abocado a esperarlo todo el tiempo que fuese requerido, porque de no hacerlo lo estaría absolviendo de las consecuencias adversas de incumplimiento o no cumplimiento, según corresponda.

El incumplimiento del contratista frente a su oferta no se mira desde el daño, sino del deber de cumplir con el contrato; el daño es el efecto que deriva del incumplimiento, no es el incumplimiento.

La columna vertebral de las obligaciones está constituida por el artículo 1494 que estipula que el contrato es fuente de las obligaciones; el artículo 1495 *Ibidem* señala como el contrato "es un acto por el cual una parte se obliga con la otra"; el artículo 1602 *Ibidem* que señala que el contrato es ley para los contratantes, el artículo 1613 *Ibidem* que determina que al no cumplimiento de la obligación o su incumplimiento imperfecto deviene la obligación de indemnizar el perjuicio, daño emergente y el lucro cesante, definidos en el artículo siguiente. El artículo 1616 C.C. ordena que el deudor que no incurre en dolo "es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato"; la cláusula asegura el cumplimiento de la obligación" según lo definido por el artículo 1592 C.C. que es armónico con lo ordenado por el artículo 1595 *Ibidem* que determina que "el

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

deudor incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora"; y el numeral 1º del artículo 1608 C.C. determina que el deudor está en mora "Cuando no haya cumplido con la obligación en el término estipulado"; finalmente, el artículo el artículo 1596 C.C. preceptúa que cuando hay un cumplimiento parcial por parte del deudor, aceptado por el acreedor, el deudor "tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal."; la disposición legal de mayor trascendencia es la consagrada en el artículo 1599 C.C. que se transcribe literalmente:

"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."

La norma en comento es clara en afirmar que la pena será exigible desde que está sanción sea estipulado entre las partes, y es de conocimiento de las partes que la misma está pactada en la cláusula décima octava del clausulado anexo del contrato de compraventa No. 163 de 2020.

Además en pronunciamiento del Consejo de Estado⁸, que sobre el asunto ha indicado:

"De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista"

Se advierte sin lugar a dudas que cumplidas las instancias del debido proceso es factible y viable para la entidad, una vez declarada la ocurrencia del incumplimiento de que se trate, dar paso a la satisfacción del perjuicio.

De esta forma, la cláusula penal tiene unas condiciones legales que permiten que el acreedor la haga exigible en las condiciones señaladas; cuando los perjuicios exceden la cláusula penal, en contratación estatal, la entidad debe acreditarlos y declarararlos; en otras condiciones se atiene a lo que la disposiciones legales ordenan, teniendo en cuenta el recibo parcial de los bienes adquiridos.

No cumplir con la cantidad y oportunidad debida en la entrega de los equipos resulta ser suficiente para considerar que el perjuicio a la administración está causado y por ende son a lugar las manifestaciones fijadas en la citación en el apartado No. 5 Del perjuicio causado, las cuales están en consonancia con el artículo 1599 del Código Civil antes citado.

Conforme a lo anterior este cargo tampoco está llamado a prosperar.

2.4. OCURRENCIA DE LA CAUSA EXTRAÑA: FUERZA MAYOR.
(Descargos conjuntos Apoderado de Instrumentación y el garante)

Contratista y garante coinciden en afirmar que el incumplimiento en la entrega de la totalidad de los equipos no es imputable al contratista, sino que se está en presencia de la configuración de un eximente de la responsabilidad: la fuerza mayor derivada del

⁸ Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011.

30 NOV 2020

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

acaecimiento de hechos imprevisibles e irresistibles que impidieron al productor de los equipos la entrega en los términos pactados con el contratista.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 señala que los contratos que celebren las entidades estatales se regirán por las normas civiles y comerciales pertinentes, salvo en lo regulado de forma particular por la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en lo anterior, la contratación del Estado Colombiano se rige por el principio *"lex contractus, pacta sunt servanda"*, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, conforme al cual, tal como arriba se consignó, los contratos celebrados válidamente son ley para las partes contratantes y para ser invalidados requieren que haya consentimiento de quienes lo celebraron, o causas legales.

También dispone el artículo 1603 del código civil colombiano, que los contratos deben ejecutarse de buena fe y derivado de ésta, el contratista no sólo se obliga a lo que se estipula en las cláusulas contractuales, sino a todo aquello que por ser de la naturaleza de las obligaciones que se acordaron hace parte de esas obligaciones, o las que la ley ha dispuesto, así expresamente esas condiciones no estén de forma expresa en el clausulado del contrato.

Aunado a lo anterior, es preciso considerar para cualquier situación que se presente en ejecución de un contrato bilateral o conmutativo, lo señalado en el artículo 1609 del C.C., siendo esto, que para hacer exigible su cumplimiento, la parte que lo exige debe estar cumplida en lo que le corresponda, en esos términos ha sido objeto de pronunciamiento en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en el expediente No. 17552 de 2009⁹ al referirse a la responsabilidad contractual.

Bajo los presupuestos citados, es claro entonces que los contratos se celebran para cumplirse y no de cualquier manera, sino de forma íntegra, efectiva y oportuna, y que en consecuencia, el ordenamiento jurídico, tratándose de contratos estatales, establece precisos mecanismos de apremio y de sanción que buscan salvaguardar los intereses públicos inmersos en los negocios jurídicos contractuales en que es parte la administración.

Las sanciones por el incumplimiento del contrato se desarrollan en el marco de la responsabilidad subjetiva o por culpa¹⁰, con base en la cual, para poder exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento, o cumplimiento tardío, defectuoso o incompleto de las obligaciones, la conducta de la parte que haya generado el incumplimiento debe estar mediada o inmersa dentro de una causal eximente de responsabilidad.

Las causales de exoneración o eximentes de responsabilidad son condiciones o situaciones de excepción que impiden que se pueda atribuir un daño a una persona y en consecuencia que pueda ser declarado responsable por éste.

De esta manera, toda atribución o imputación de daño, para el caso en cuestión la derivada del incumplimiento de las obligaciones pactadas dentro de una relación contractual, debe revisarse a la luz de los requisitos y efectos de las causales eximentes de responsabilidad.

⁹ (...) en los contratos bilaterales o conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección III, Sentencia de marzo 2 de 2015, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

DE LA FUERZA MAYOR

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Fuerza Mayor está consignada en el artículo 64 del Código Civil en los siguientes términos:

*"se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."*¹¹

Por su parte el inciso 2 del artículo 1604 del Código Civil indica:

"El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

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

De la lectura de la primera norma, podría pensarse que la fuerza mayor y el caso fortuito son una misma causal, y lo son a la luz del derecho civil, no obstante, para el derecho Contencioso Administrativo son diferentes, considerando sólo la fuerza mayor como una causal eximente de la responsabilidad¹².

El Consejo de Estado ha señalado en relación con la Fuerza Mayor:

*"La fuerza mayor sólo se demuestra: mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias. En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito"*¹³

En relación a los requisitos que deben verificarse tenemos que, en la Sentencia del 29 de marzo de 2019, radicado No. 11001-03-24-000-2010-00318-00, Roberto Augusto Serrato Valdés sección primera, mediante la cual se reitera la jurisprudencia del 26 de febrero de 2004, Exp 13833, C.P. German Rodríguez Villamizar, la Sección tercera del Consejo de Estado, precisó:

¹¹ SU. 449 DE 2016 Corte Constitucional "La anterior definición ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia civil, y es entendida bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, en la cual se acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor. En la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido monista sino dual, esto es, bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas"

¹² Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 29 de enero de 1993, Exp 7365, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; Sentencia proferida el 16 de marzo de 2000, Exp. 11.670, C.P. Alir Eduardo Hernández Enriquez

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 12423. Ver en igual sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13090. Citación tomada de la doctrina, Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual- Revista de Derecho Privado, n.º 20, enero-junio de 2011, pp. 371 a 398. Concepto 15 de 2020, Expediente 680012333000201300613-02 (65096) del Procuraduría General de la Nación, Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, 31 de enero de 2019. Expediente 37910, MP. María Adriana Marín.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

"Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina^[57] se entiende que la fuerza mayor debe ser:

1) Exterior: esto es que "está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor".

2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho"

3) imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo^[58]".

Así las cosas, tendrá que pasar los hechos debatidos en las presentes diligencias, por el filtro de la **EXTERIORIDAD, IMPREVISIBILIDAD E IRRESISTIBILIDAD** para considerar un eximente de responsabilidad del contratista de cara al cumplimiento debido y esperado por parte del contratista, teniendo adicionalmente en cuenta que el contratista estatal es calificado, con lo que no solamente responde por la culpa leve, sino que debe obrar exento de culpa; la conducta diligente atiende a obrar con diligencia y cuidado en el establecimiento de las condiciones respecto de las cuales se obliga; debe previamente establecer que está en situación real de cumplir.

Es importante precisar cómo el caso fortuito entra dentro de una esfera de control del contratista, hace partes de su alea por ello, en derecho de la responsabilidad estatal, su tratamiento es distinto a lo previsto por las normas civiles y tal situación, mucho más tratándose de relaciones entre colaboradores; el inciso segundo del artículo 3º de la Ley 80 es preciso en disponer:

"Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."

Así que el contratista debe ser consciente que el contrato lo vincula con la función social y con los fines públicos; por eso debe tener la diligencia necesaria para obligarse asegurando que está en condiciones de cumplir.

Ahora, centrando la motivación en los elementos de la fuerza mayor se tiene que:

DE LA EXTERIORIDAD

El hecho externo debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño, ajeno a las partes del contrato, no siendo imputable al deudor de la prestación, al ser exterior a su actividad, así como tampoco atribuible al acreedor de la misma que se ve afectado.

Frente al cumplimiento de este requisito, contratista y garante atribuyen la configuración del hecho externo al fabricante de los equipos de ventilación VYARE, quien no entregó los ventiladores adquiridos por el Contratista del Ministerio dentro de las oportunidades que hubiesen permitido atender oportunamente sus obligaciones contractuales.

El acervo probatorio en este punto permite concluir que, no obstante el hecho de que Instrumentación S.A., puso la orden de compra al productor de los equipos desde inicios del mes de abril, conforme a lo cual obtuvo un cronograma que se correspondía con la

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

oferta presentada al Ministerio, desde principios del mes de mayo recibió comunicaciones sobre la alteración en las condiciones de dicha orden de compra:

De las documentales

- Comunicado de VYAIRE del 5 de mayo de 2020 emitido por Lucio A. Blanco, Director Comercial América Latina Norte, de la cual se extrae lo siguiente:

"Durante los últimos meses desde Europa, Asia (China), Israel y Estados Unidos, VYAIRE ha recibido pedidos por un gran número de ventiladores. Por lo anterior, hemos estado concentrados totalmente en planear la producción de estos equipos. Y para ello, hemos estado comprando todos los materiales, componentes electrónicos y sensores que se requieren para poder producir los ventiladores. Elementos que están escasos en todo el mundo, ante la solicitud global que existe"

- Comunicado de VYAIRE del 8 de junio de 2020 emitido por Carlos Misiara Vice Presidente Latin América de la cual se extrae lo siguiente

VyAIRE continúa experimentando una demanda sin precedentes para nuestros ventiladores, incluyendo los ventiladores VELA para Colombia. Nosotros hemos crecido la producción a seis veces los volúmenes normales, pero aún no alcanzan las necesidades totales. Nosotros reconocemos que los productos VYAIRE son componentes críticos en el suministro del cuidado de la salud, y de allí que estamos trabajando diligentemente para completar estas órdenes. En respuesta al COVID-19, nosotros estamos trabajando de manera muy cercana con un amplio grupo de proveedores para asegurar materiales adicionales y partes para satisfacer la demanda. Nosotros continuaremos monitoreando el inventario para manejar la logística, mejorar el suministro y producción, y proveeremos adicional información tan pronto sea posible.

El actual y actualizado cronograma de suministro que nosotros podemos confirmar para su orden es como sigue:

VENTILADOR VELA	Unidades Ordenadas	Junio	Julio	Agosto
	1,000	30	50	50

- Comunicado de VYAIRE del 15 de junio de 2020 emitido por Sandeep Chalke, Presidente APAC & LATAM VIAIRE MEDICAL de la cual se extrae lo siguiente

Como Usted sabe, la demanda global para los productos de ventilación ha excedido de lejos la capacidad de la industria entera para atenderla. VYAIRE está haciendo esfuerzos monumentales para aumentar la producción a niveles sin precedentes para satisfacer esta demanda. La Crisis Covid ha afectado la capacidad de la cadena global de suministro y sus negocios asociados. La logística y recursos necesarios para lograr esta expansión a gran escala ha creado retos más allá de los esperados. Nosotros estamos haciendo cada esfuerzo en todos los frentes para acelerar la producción.

Dado que, al comienzo de la pandemia, nuestra planta de fabricación en Palm Spring, California, desarrolló COVID reguló los planes que direccionaron la demanda del mercado entero. La saturación de partes a nivel global, los retos de transporte, los lugares de trabajo afectados por la pandemia han causado retrasos.

30 NOV 2020

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Esos eventos estaban fuera de nuestro control. VYAIRE ha sido altamente exitoso en superar estos obstáculos, pero aún estamos sufriendo por esos retrasos, así como de las situaciones que se presentan diariamente.

Nosotros reconocemos la importancia y el impacto que nuestros ventiladores tienen sobre la vida del paciente y continuamos priorizando los ventiladores VELA para Colombia.

El siguiente cronograma, es el plan más actualizado de despachos para Colombia.

	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre
Ventiladores Vela	30	55	300	475	190

Testimonial

Declaración presentada por el señor LUCIO A. BLANCO. Director América Latina Norte VYARE MEDICAL. De la prueba testimonial presentada y como aspectos a analizar en relación al elemento de la EXTERIORIDAD se extractan las siguientes declaraciones.

"Pregunta por parte del apoderado de Instrumentación S.A

El 8 de junio en una comunicación que obra en el expediente que cuya traducción no oficial, está a su disposición en manos de nuestro funcionario Francisco Bravo, si usted requiere mirarla, la sociedad que usted represento anuncio que a pesar de que 5 de mayo había hecho constar la entrega, la posibilidad de entregar 150 ventiladores el 15 de junio, 400 el 15 de Julio y 450 el 15 de agosto. Podría despachar únicamente en junio 30 ventiladores en junio, 50 en julio y agosto 50, ósea un total de 130 de los 1000 contratados, sírvase explicar si puede, la razón, la veracidad de esto y la razón que tuvo VYAIRE para hacer el nuevo anuncio

Contesta el testigo

Si es correcto lo que usted está diciendo y tengo ehh ahí varias cosas ehhh que pasaron durante este tiempo, (...) entonces llegando a esos puntos, ehh, a los principios, ehh revisando los puntos y los trámites que vimos nosotros y que vivimos en VYAIRE ehh a los principios de abril Instrumentación entrego a VYAIRE la orden de compra que incluía los 1000 ventiladores VELA durante este proceso de producción y desde los principios de abril VYAIRE confirmo que este orden específico de ventiladores VELA, se estableció una prioridad de VYAIRE en el sistema de operaciones y planificación y dentro de la manufactura de la planta de Palm Springs California donde los ventiladores VELA se producen, desde ese momento y hasta hoy mismo VYAIRE ha mantenido comunicación constante con INSTRUMENTACIÓN, con el estatus de producción y con el embarque de estos ventiladores en donde VYAIRE fue entregando calendarios con fechas estimadas de las disponibilidad de los ventiladores.(...) Colombia no fue el único país que tuvo demanda para los ventiladores Vela, (...) el pandémico afectó las fechas de producción y las fechas que se habían estimado particularmente el Covid 19 afecto la planta de VYAIRE MEDICAL Palm Spring en donde empleados de departamentos específicos de fabricación fueron afectados por el virus causando paros temporales de la manufactura de los ventiladores VELAs, también el COVIV afectó las entregas en componentes claves de nuestros suplidores globales, para la construcción de nuestro ventilador VELA, la gran mayoría de estas compañías tuvieron impacto derivado del pandémico y también el COVID 19 tuvo efectos similares de retrasos dentro de la compañía logística y de transporte ofreciendo opciones limitadas y muy reducidas en relación al número de embarques disponibles estas son las razones

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

principales que afectó VYAIRE MEDICAL en la producción de los ventiladores VELA.(...)

Pregunta por parte del apoderado de Instrumentación S.A

En este escenario sabe usted, consta si VYAIRE hizo varias propuestas para tratar de morigerar las inevitables demoras que usted se ha referido, algunas de ellas modificando los cronogramas varias veces, hasta que el 26 de junio con una alteración del 7 de julio presento el plan de entregas para 30 aparatos en junio 100 en julio, 325 en agosto, 545 en septiembre y 50 en octubre, pero todo ello sujeto a la posibilidad de modificar los modelos vendidos para que no fueran todos VELA, sino unas alternativas como el LTV2200 etc., que le consta a usted en todo este proceso.

Contesta el testigo.

Eso es correcto lo que está diciendo déjeme darle más detalles, VYAIRE MEDICAL fue comunicando la situación actual a INSTRUMENTACION, VYAIRE MEDICAL pudo seguir avanzando con la producción bajo de estas condiciones mencionado, durante el Pandemico, pero resultando atrasados basados en las fechas estimadas originalmente VYAIRE invirtió en equipos y recursos adicionales para acelerar la producción de los ventiladores VELA incurriendo en costos y gastos sustanciales, a los principios de agosto VYAIRE realizó, comunicó, que, contando con una producción masiva de ventiladores VELA en el mes de agosto, solamente íbamos a llegar a 630 ventiladores VELA para el fin de agosto y que los ventiladores IX5 estaban disponibles para embarcar inmediato antes del fin de agosto y para asistir una necesidad humanitaria en Colombia, (...) VYAIRE MEDICAL comunicó que dentro del plan producción, específicamente, para completar 1000 ventiladores VELA la producción iba a correr dentro de los meses de septiembre y octubre, se comunicó que en septiembre se producían 170 VELAS, de la cual 130 se fabricaron y se empezaron a embarcar a instrumentación la primera semana de septiembre VYAIRE MEDICAL cuenta con los ventiladores configurados para Colombia en su inventario.

Nótese que el contratista no obró de manera improvidente, su diligencia está en haber realizado el pedido al fabricante, sin que esté en su espacio de control las actividades que depende de ese tercero.

Lo probado da cuenta de que como consecuencia de las alteraciones en las condiciones de entrega entre el productor VIARE y al distribuidor INSTRUMENTACIÓN, este último trasladó dichas circunstancias al Ministerio mediante la reiterada presentación de cambios de cronograma de las entregas pactadas con el Ministerio: a) COMUNICACIÓN CONTRATISTA AL MSPS. 9 de junio de 2020, Radicado número FJB # 20200609-01, con radicado 202042300929232; b) COMUNICACIÓN CONTRATISTA AL MSPS. 17 de junio de 2020, Radicado número FJB # 20200617-01 c) COMUNICACIÓN CONTRATISTA AL MSPS. 19 de junio de 2020, Radicado número FJB # 20200619-01, d) COMUNICACIÓN CONTRATISTA AL MSPS. 13 de julio de 2020, Radicado número FJB # 20200710-01 y e) COMUNICACIÓN CONTRATISTA AL MSPS. 17 de julio de 2020, Radicado número FJB # 20200717-01.

Considerando que la producción de los bienes objeto de la venta al Ministerio era una actividad ajena al contratista y que dependía exclusivamente de un productor – VYAIRE- cualquier alteración en el cumplimiento en las relaciones negociales entre ellos tendría efectos en relación con el contrato suscrito entre el Distribuidor y el Ministerio. El actuar del contratista es leal con su colaborador, colocándolo en alerta de lo que estaba sucediendo.

Del análisis probatorio emerge que el fabricante VYAIRE, reconoció, no sólo a través de comunicaciones, sino en el testimonio vertido en el curso del proceso, que no pudo entregar los trescientos cincuenta y seis (356) ventiladores faltantes a INSTRUMENTACIÓN dentro

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

del plazo pactado, por lo que se identifica la fuente de la no entrega total de los ventiladores al Ministerio, como de origen externo.

Es preciso señalar que el Ministerio tenía conocimiento de la condición de mero distribuidor de su contratista, pero que esta calidad era suficiente e imprescindible para realizar una gestión adecuada de la necesidad del Ministerio, en tanto los fabricantes, como VYAIR, sólo realizaban las ventas a través de sus canales de distribución.

También es posible evidenciar de lo hasta aquí analizado, que la circunstancia es ajena a la voluntad de las partes, pues esta no guarda ninguna relación con el Ministerio, pero tampoco de INSTRUMENTACIÓN.

Por lo que se establece que se cumple con este requisito de la EXTERIORIDAD.

DE LA IMPREVISIBILIDAD

En lo que atiende al elemento de la IMPREVISIBILIDAD, el Consejo de Estado ha definido su alcance en los siguientes términos:

*"Aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras, acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia"*¹⁴

Sobre este requisito de la fuerza mayor, los descargos del apoderado de Instrumentación S.A. y del garante dan cuenta de lo siguiente:

Por parte del apoderado de INSTRUMENTACION S.A.

"Teniendo en cuenta lo anterior, es de anotarse que esta disposición legal no se exige que deba pactarse expresamente en el texto de un contrato. Es una consecuencia necesaria de las mismas condiciones de ser extraña a las partes, de ser imprevisible y de ser irresistible, y entonces estas mismas condiciones no permiten exigir a la parte de un contrato que dé solución a la que le es extraña, o pueda prever su ocurrencia, o pueda resistirse a que suceda, o a sus consecuencias cuando efectivamente suceda.

(...)

Puede concluirse entonces que Instrumentación S.A., si no recibe en tiempo los equipos oportunamente solicitados a su proveedor extranjero y cuya entrega dicho proveedor había garantizado, ha resultado víctima de un incumplimiento que su proveedor imputa a razones de fuerza mayor, y por lo tanto sufre a su vez circunstancias también constitutivas de fuerza que le imposibilitan cumplir las obligaciones aceptadas bajo diferentes circunstancias en el contrato No. 163/2020 con el Ministerio de Salud Pública de Colombia. Lo cual podrá hacer valer ya sea como acción o como excepción"

Y al respecto la apoderada de la Aseguradora indicó:

"De igual forma, esta situación fue imprevisible de cara al afianzado, en la medida que la oferta presentada contaba con el respaldo del fabricante, quien basado en la producción de ventiladores que ya estaba realizando en su planta manifestó su disponibilidad para el suministro. Ponemos de presente que la relación comercial

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 2019, expediente 45978; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

entre VyAIRE y el afianzado data de 15 años, Instrumentación S.A. es su distribuidor exclusivo, por lo cual existía una confianza legítima en que dicho suministro se podía realizar".

Conocidos los descargos, es menester revisar el material probatorio recaudado para identificar la configuración de lo IMPREVISIBLE.

La previsión que aquí se analiza está signada por la situación de pandemia en el marco de la cual se suscribió el contrato. De una parte, para la época de celebración del contrato - el 29 de marzo de 2020- ya se había declarado por la Organización Mundial de la Salud - OMS que el brote SARS-CoV-2 (Covid-19) era una pandemia y por ende su propagación en el territorio nacional, es así como, el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 385 de marzo 12 de 2020, declaró el estado de emergencia sanitaria con duración hasta el 30 de mayo de 2020 y se adoptaron medidas tendientes a la prevención y control de la propagación del SARS-CoV-2 (Covid-19) y mitigación de sus efectos. Por su parte, el Gobierno Nacional, por medio del Decreto 417 de marzo 17 de 2020, declaró el "Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por el término de treinta (30) días calendario.

El contexto interna se suma al avance mundial de la pandemia, que como se describe en los estudios previos del contrato, genera una situación convulsa e inédita en relación con el mercado de bienes como los ventiladores y los elementos de protección personal, lo que sumado al conocimiento esperable de un comerciante especializado como aquel que se dedica a actividades de distribución de bienes de un productor internacional, hacía previsible para el contratista la posibilidad de que se generase un desabastecimiento de equipos biomédicos entre ellos, de los ventiladores.

Frente a ello, las pruebas permiten conocer que el contratista gestionó con el productor la orden de compra por los mil (1000) equipos y el pago anticipado de un porcentaje de estos, en cuestión de días frente a la celebración del contrato, ocurrida el 1 de abril de 2020, situación que fue corroborada por el testigo LUCIO A. BLANCO. Director América Latina Norte VYARE MEDICAL quien señaló: *"Si. Instrumentación paso un anticipo a VYAIRE, un monto que no fue por el total completo de los ventiladores, pero si más alto del 50 %".(...)* *"a los principios de abril Instrumentación entregó a VYAIRE la orden de 1000 ventiladores VELA y VYAIRE sobre esa orden específico estableció una prioridad de VYAIRE en el sistema de operaciones y planificación y dentro de la manufactura dentro de la planta de Palm Springs California en donde los ventiladores VELA se producen"*

También se da cuenta del oficio emitido por VYAIRE del 5 de mayo de 2020 a INSTRUMENTACION en la cual se anunciaba la entrega de los 1000 equipos 150 en junio, 400 en julio y 450 en agosto, en donde se establece el compromiso de entrega al punto de afirmar por parte VYAIRE *"Esperamos que con base en este cronograma pueda iniciar a planear su logística de entrega"*.

De otra parte, la relación comercial del contratista como distribuidor exclusivo de VYAIRE por más de quince (15) años, fue puesta de presente por el contratista destacando que siempre se habían cumplido de manera oportuna con la entrega de los equipos, hecho que fue certificado por VYAIRE en oficio emitido del 27 de marzo de 2020, conocido por la entidad sólo hasta el día 9 de junio de 2020 a través del oficio FJB#202000609-01.

De las circunstancias expuestas, se puede decantar que el contratista, partiendo de lo que era previsible, adoptó las medidas conducentes para dar cumplimiento oportuno al contrato; sin embargo, es preciso detenerse en la suficiencia de las mismas.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Tal como se referenció previamente en relación con los componentes de la fuerza mayor *"Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias"*. Para el caso en cuestión, conforme lo probado, la fábrica VYAIRE, dentro del periodo comprendido entre el 26 de marzo de 2020 al 5 de mayo de 2020, manifestó circunstancias que afectaban la producción, pero en sus ofrecimientos mantenía el compromiso de realizar las entregas de los equipos dentro del plazo del contrato, entonces, se tiene que el *"fenómeno"* de la pandemia no era imprevisible, pues bajo tal condición se celebró el contrato, pero sus consecuencias en la ejecución del mismo para satisfacer las entregas al Ministerio, si lo fueron, al punto que anularon cualquier medida de diligencia que adelantara INSTRUMENTACION para el cumplimiento de la entrega de los equipos.

Para comprobar lo anterior, basta revisar las siguientes manifestaciones expuestas en los documentos, las cuales fueron coincidentes con la declaración presentada por el señor LUCIO A. BLANCO, Director América Latina Norte VYARE MEDICAL., en donde narra los hechos puntuales que afectaron la producción y que fueron ocurriendo de forma sucesiva.

De las documentales:

- Comunicado de VYAIRE del 9 de junio de 2020 emitido por Lucio A. Blanco. Director Comercial América Latina Norte, de la cual se extrae lo siguiente

"Nos hemos enfrentado a fuerzas fuera de nuestro control, incluyendo casos positivos del COVID-19 dentro de la cadena de producción que ha disminuido nuestras capacidades de producción. Algunos de nuestros países socios, como Malasia dejaron de producir en sus plantas desde el principio, no permitiendo ni la producción, ni la exportación de cualquier dispositivo para salvar vidas. La saturación y la demanda centralizada para componentes claves de producción, junto con el limitado transporte de carga aérea también a resultado en retrasos en la producción. INSTRUMENTACION S.A."

- Comunicado de VYAIRE del 15 de junio de 2020 emitido por Sandeep Chalke. Presidente APAC & LATAM VYAIRE MEDICAL de la cual se extrae lo siguiente

"Dado que al comienzo de la pandemia nuestra planta de fabricación en Palm Spring, California desarrollo COVID reguló los planes que direccionaron la demanda del mercado entero. La saturación de partes a nivel global, los retos de transporte, los lugares de trabajo afectados por la pandemia han causado retrasos"

- Comunicado de VYAIRE del 13 de agosto de 2020 emitido por Sandeep Chalke. Presidente APAC & LATAM VYAIRE MEDICAL de la cual se extrae lo siguiente

"Como es consciente Instrumentación VYAIRE, ha superado con éxito muchos de estos obstáculos, mientras aún continuamos experimentando algunas dificultades y obstáculos a medida que la situación evoluciona a diario. Particularmente VYAIRE ha estado haciendo todos los esfuerzos a su alcance para acelerar la producción, para lo cual, entre otros, VYAIRE ha incurrido en costos y gastos sustanciales que fueron y son necesarios para adquirir los recursos, equipos y logística que nos permitirá afrontar estos retos inéditos e imprevisibles. Costos y gastos que no cobraremos a nuestros distribuidores, precisamente, porque estamos ante una evento de fuerza mayor"

- RESPUESTA DE INSTRUMENTACIÓN AL MINISTERIO CON radicado 202042301247752 del 3 de agosto de 2020 y número de oficio FJB # 20200803-01., del cual se extrae lo siguiente:

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

2. Lamentablemente el efecto de esta pandemia ha alterado las más diversas actividades, de una forma que jamás se hubiera podido predecir, con una duración que continúa siendo impredecible en el tiempo, y ante lo cual ha sido inevitable para todos resultar afectados. Las actividades han sido afectadas de manera imposible de predecir y han limitado desde la capacidad de suministro de diferentes componentes elaborados por terceros fabricantes y requeridos para producir un ventilador; incluido el cierre de fronteras en países con fábricas que suministran componentes electrónicos claves para los ventiladores, al punto que no se han podido exportar los componentes requeridos, para ser entregados a los fabricantes; han sido afectadas las capacidades del transporte aéreo, por el número de vuelos de carga insuficientes, demorando los despachos más allá de lo deseado, haciendo que los cupos de carga disponible no sean adecuados para atender la demanda requerida; se han presentado brotes de Covid en plantas de producción que las han obligado a entrar en cuarentena; además la fábrica ha sido afectada por un exceso imprevisto de pedidos causados por la extensión mundial de la pandemia, y muchos otros eventos fortuitos e imprevistos que se han tornado en situaciones que se salen del control humano, y que no son posibles de resistir, que por todo lo anterior se constituyen en un evento de fuerza mayor, por su carácter de imprevisible e irresistible, porque ni siquiera en el periodo de enero a hoy se ha podido encontrar la razón de la existencia y propagación del virus, siendo así que aún no se ha logrado idear y producir el mecanismo o el medicamento que puedan evitar el contagio y el efecto muchas veces mortal de la enfermedad denominada Covid-19.

2. Por lo anterior, desde el inicio del contrato, antes de que siquiera se pudiera dimensionar la magnitud de lo que se venía, nosotros hemos estado pendientes del cumplimiento de los despachos acordados con fábrica". (...)

Testimonial

Declaración presentada por el señor LUCIO A. BLANCO. Director América Latina Norte VYARE MEDICAL.

Sobre el asunto de la revisión y confirmando las manifestaciones expuestas por INSTRUMENTACION a través de sus comunicados, sobre la práctica del testimonio se destaca la siguiente declaración, respecto de la magnitud de las consecuencias del fenómeno en la producción de los ventiladores:

"Pregunta por parte del apoderado de Instrumentación S.A.

Que explicación puede dar usted con información concreta sobre las características de la Pandemia que más mercado les afecto, ¿cómo ha sido su situación general con sus demás clientes o usuarios finales?, ¿cómo se pudo haber afectado el suministro de partes y piezas el transporte aéreo? ¿cómo ve usted este mercado?

Contesta el testigo

Bueno creo que ya di los puntos principales y los puntos mayormente sufridos. Bueno y no sólo fue en Colombia fue global (...) los impactos en la planta de Palm Springs, porque cuando un empleado se contaminaba tenía que cerrar esa sección de la planta por un periodo de tiempo, ese fue un efecto grande, el segundo de implicación más grande que tuvimos fueron de los componentes de clave para la producción de los ventiladores no estaban llegando a tiempo y no podían entrar a la planta para mantener la programación y el calendario como estaba por las mismas razones del COVID se venía, sufriendo parando y atrasando el proceso y en tercero afecto la economía global y eso se afectó masiva la logística de transportistas del mundo y eso paró también, no sólo por no tener esos servicios disponibles, sino por estas ellos

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

también afectados por el COVID afecto también la situación. Con toda la planificación que se pensó hacer desde los principios del año empezamos a sufrir y muchas de esas cosas no se podían pensar que iba empezar a pasar cuando se empezaron a contratar en abril el contrato de Colombia.

Pregunta por parte del MINISTERIO

Dentro de su declaración usted manifiesta la ocurrencia de diferentes situaciones que de alguna forma impactaron el proceso de la fábrica, podría precisarlos respecto de la época de ocurrencia. Señor Blanco sobre los 3 aspectos del surgimiento del COVID del personal de la planta de producción, segundo los insumos para poder producir los ventiladores, los insumos externos que llegan a VYAIRE para la producción de los equipos y el tercero el efecto en materia de transporte aéreo y particularmente el transporte desde países distintos a Estados Unidos con dirección a la Planta, y desde la Planta hacia Colombia también, para hacer entrega con oportunidad de sus equipos.

Contesta el testigo

Bien ese aspecto, la situación cómo usted se puede imaginar fue muy delicada cada día, porque en esos tres aspectos de personal, insumos y de transporte. Íbamos planeando la producción diariamente, y estos efectos empezaron a pasar desde abril y corrieron hasta agosto, donde teníamos planeado lo que iba a llegar y lo que estaba produciendo, pero, a veces el mismo día cuando teníamos planeado recibir productos no los teníamos y arriba de eso, a pesar de toda la prevención de la planta de Palm Springs para batallar el covid 19, algunos empleados enfermaban y eso paraba la producción. Así que para las fechas yo le diría que esto se empezó a poner cuando fue más, cuando tuvimos mayor impacto fue en mayo, junio, pero se empezó a ver desde ya en marzo cuando llegó el covid a los Estados Unidos, poco después de eso empezamos a tener impacto de la operación.

Pregunta por parte del MINISTERIO

Dentro de su declaración informa que se generó un impacto en la entrega de componentes necesarios para la manufactura de los ventiladores, podría decirnos ¿cuáles fueron estos insumos que se vieron afectados, precisarnos un poco más en relación a los mismos?

Contesta el testigo

Si fueron las tarjetas electrónicas y, segundo las turbinas, esos dos componentes son de las piezas más importante para un ventilador mecánico, y tuvimos atrasos en esos componentes básicamente.

Pregunta por parte del MINISTERIO

Partiendo de su respuesta, otro asunto que indica problemático fue logística el transporte, entendiendo la logística terrestre y aérea, podría ampliarnos un poco ¿cómo fue los inconvenientes en la logística?

Contesta el testigo

Si porque los componentes se están moviendo no sólo en líneas comerciales, pero en líneas de transporte de personal. Cómo todo eso había parado por la economía ese fue el primer problema, no había tantas las líneas el problema. Yo lo puedo hablar desde los componentes que nos llegaban a nosotros para poder fabricar el producto. De la parte del producto de California hacia Colombia prefiero que Instrumentación comente en eso porque sé que hicieron esfuerzos hasta enviar esos hasta en un vuelo que se preparó específico para mover inventario. (...). Lo segundo, lo que había

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

explicado antes, es que dentro de esas compañías también sufrieron y empezaron a cerrar ciertas, tuvieron problemas muy similares a los de nosotros en la producción. También países tenía paro de trabajo hay lugares en MALASIA y SINGAPUR en donde pararon las plantas de producción a los principios de covid, en esas primeras semanas de abril, mayo, específicamente en abril que empezaron a parar producción que no estaban permitiendo a la gente ir a las plantas a trabajar. Eso también cayó la producción en problemas.

Frente a estas circunstancias, es necesario examinar **"la diligencia y cuidado que se tuvieron para evitar el hecho dañoso"**.

De las pruebas obrantes en el expediente es posible advertir medidas que podrían catalogarse como diligentes en procura del cumplimiento del contrato por parte de INSTRUMENTACION S.A, no solo a través de los escritos que enviaba a la fábrica VYAIRE, como la comunicación enviada al Ministerio el 17 de junio de 2020, Radicado número FJB # 20200617-01, de la cual se extracta:

"En la reunión le expresamos que siendo conscientes de la situación que vive el país, debíamos comunicarles que: la fábrica VYAIRE quien suministra los ventiladores VELA, nos estaba informando que tenía serios retrasos en la entrega de nuestra orden de 1000 ventiladores VELA, y que estaba proponiendo unas cantidades de entrega que no eran presentables, y que no corresponden con las entregas que requiere Colombia. Que habíamos estado hablando con fábrica en los últimos días sin lograr una mejora de la situación, y que la tarde anterior nos había confirmado telefónicamente que la situación era realmente delicada"

La diligencia y ciudadano igualmente puede evidenciarse si se considera que, para lograr el cumplimiento de la entrega de los equipos dentro del plazo del contrato, el contratista propuso al Ministerio distintas opciones de ventiladores que pudieran suplir a aquellos que estaba imposibilitado de recibir, inicialmente el LVT y luego la opción del ventilador IX5. Si bien estos equipos fueron descartados por la entidad al no cumplir con las especificaciones técnicas mínimas contratadas -para el ventilador LVT - o de condiciones mejora o mayormente favorables para la entidad - en el caso del IX5,- si ofrecen luces sobre la intención del contratista de buscar alternativas para satisfacer sus obligaciones:

- COMUNICACIÓN CONTRATISTA AL MSPS. 19 de junio de 2020, Radicado número FJB # 20200619-01, de la cual se extracta lo siguiente:

"igualmente en el comunicado adjunto VYAIRE nos recomienda considerar el ventilador LTV como un modelo de ventilador que puede usarse para la emergencia y para el cual tienen mejores tiempos entrega porque tienen una gran producción para el gobierno de los ESTADOS UNIDOS"

- COMUNICACIÓN CONTRATISTA AL MSPS. 13 de julio de 2020, Radicado número FJB # 20200710-01, de la cual se extracta lo siguiente:

Por otra parte, queremos aprovechar la oportunidad para comentarles que hemos estado explorando otras opciones alternativas que pudieran mejorar las entregas, las cuales nos permitimos brevemente presentar a continuación:

La opción de ventiladores Bellavista. La fábrica tiene demoras en la producción y los despachos están programados para octubre o noviembre. Claramente esta no es una opción que mejore nuestras entregas.

La opción de ventiladores Avea. La fábrica tiene dificultades técnicas para aumentar la capacidad de producción de esta planta, por lo cual se ha concentrado

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

en mejorar la producción de los Velas, y de hecho todo el mes de junio y hasta la fecha no han podido producir ventiladores AVEA. Por lo anterior, este modelo tampoco es una opción que mejore nuestras entregas.

La opción de ventiladores LTV. Conocemos cual es la posición del Ministerio con respecto a este ventilador. Fábrica informa que continúan creciendo en la capacidad de entrega de este ventilador, y que es el ventilador, que de lejos, tiene el mayor número de unidades despachadas por las razones que hemos expuesto en comunicaciones anteriores. Nosotros hemos adquirido con fábrica una muestra de este equipo, que tan pronto lo entregue fábrica lo estaremos importando para que conozcamos en detalle este ventilador, evaluemos sus funcionalidades y exploremos esta posibilidad.

La opción de ventiladores iX5. Este es un ventilador del mismo fabricante VYAIRE, cuya producción se hace en la planta de VYAIRE en Brasil. Este ventilador nunca lo hemos promocionado en Colombia. Sabemos que esta planta ha contratado con el gobierno de Brasil el suministro de un número importante de ventiladores. Conocemos también que el gobierno de Brasil, ante la emergencia sanitaria originada por el Covid, ha prohibido la exportación de equipos y dispositivos brasileños asociados con ventilación. Sin embargo, hemos solicitado a VYAIRE que exploremos la posibilidad de suministrar este ventilador como opción emergente.

Avanzando en este sentido hemos recibido de VYAIRE la documentación técnica del ventilador iX5. INSTRUMENTACION S.A. ha revisado la documentación técnica y encuentra que es un ventilador ubicado en el mismo segmento de mercado del ventilador VELA, y que tiene unas especificaciones y funcionalidades similares.

Adjunto a este comunicado estamos entregando a Ustedes la información técnica del ventilador iX5, con el fin que la puedan revisar, y podamos conocer las primeras impresiones del Ministerio, sobre si acepta este ventilador como un equipo adecuado para ser suministrado dentro de los términos del contrato No 163 de 2020.

VYAIRE por su parte está evaluando la capacidad de producción de su planta, para informarnos si realmente puede suministrarnos estos ventiladores iX5, las cantidades y fechas posibles de despacho. Esperamos obtener información concreta en los próximos días.

VYAIRE en la semana del 13 de julio, se va a reunir con el Gobierno de Brasil para solicitar le permitan exportar estos ventiladores. Estaremos atentos a esta reunión, y en caso necesario solicitaremos apoyo diplomático ante ese gobierno.

(...)

4. Próximas acciones.

Continuamos contactando y presionando a fábrica de manera diaria para continuar mejorando los despachos de los ventiladores VELA.

Estamos haciendo seguimiento diario para lograr el pronto despacho de las 100 unidades de ventiladores VELA comprometidos para Julio."

En este sentido es preciso considerar que la opción del iX5, propuesta al Ministerio, resultaba mayormente onerosa para el contratista, tal como se muestra en la COMUNICACIÓN CONTRATISTA AL MSPS.15 de agosto de 2020, Radicado número FJB # 20200815-01, de la cual se extracta lo siguiente:

"Respetando y acatando la evaluación que hizo el Ministerio, donde señalan dos características que el iX5 no tiene frente al VELA, es necesario comentar que tanto para la fábrica VYAIRE, como para INSTRUMENTACIÓN fue una sorpresa a decisión de que no se aceptará el ventilador iX5, puesto que este ventilador es un equipo de un segmento y valor superior al VELA (...) Debemos resaltar que nuestro afán para tramitar y presentar esta alternativa, fue brindar una opción cierta, para que en medio de la situación excepcional que continuamos viviendo como efecto de la pandemia mundial a causa del Covid, le permitiera a la función pública alcanzar el objetivo último de este contrato: disponer de más ventiladores de UCI para ampliar

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

la capacidad de atención del sistema de salud. Lamentamos mucho que esta opción no haya sido aceptada"

Igualmente se halla probado que el contratista para tratar de sobreponerse ante el hecho ajeno de la falta de entrega de los equipos por parte del fabricante VYARE, busco dar cumplimiento mediante la búsqueda de marcas de otros proveedores distintos a VYARE, como se evidencia en la comunicación del CONTRATISTA al Ministerio del 13 de julio de 2020, Radicado número FJB # 20200710-01, en donde sobre el tema se indicó:

"Opción de otras marcas de ventiladores. Hemos explorado con otros fabricantes que por su tradición en el mercado de ventiladores realmente garanticen la calidad y funcionalidad de los ventiladores, con la posibilidad de encontrar suministros alternos. Sin embargo, hemos encontrado que todas las marcas reconocidas y confiables están enfrentando limitaciones importantes con las entregas, y los tiempos de suministro están para finales de año".

También es posible concluir dicha diligencia y cuidado, de la implementación de medidas para garantizar la entrega de los equipos cuando aún existían restricciones de movilidad en el territorio, a través de la contratación de un Charter, hecho que da cuenta la comunicación del CONTRATISTA AL MSPS. 30 de agosto de 2020, Radicado número FJB # 20200815-01, -situación conocida por la administración en la entrega del último lote de los ventiladores- de la cual se extrae lo siguiente:

"Nos permitimos confirmarles que hoy 30 de agosto de 2020 se nacionalizaron 336 ventiladores que llegaron en el vuelo "chárter". Además, les informamos que de inmediato se dio inició a su revisión técnica."

Por lo que se establece que se cumple con este requisito de la IMPREVISIBILIDAD.

IRRESISTIBILIDAD.

Último de los requisitos para configurar la fuerza mayor, definido bajo la premisa en que ha sido absolutamente imposible para el deudor evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto¹⁵, Para superar este examen de la irresistibilidad advierte la jurisprudencia del Consejo de Estado del 21 de julio de 2020, Sección Tercera Subsección A, EXPEDIENTE 25000-23-36-000-2015-02461-01(62645), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, reiterando pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia¹⁶ que:

"Un hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales o personales del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas. Ello sirve de fundamento para pregonar que la imposibilidad requerida para la liberación del deudor, en casos como el que ocupa la atención de la Corte, es únicamente la absoluta, cerrándosele entonces el camino a cualquier otra."

¹⁵ Artículo "Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual- Revista de Derecho Privado, n.º 20, enero-junio de 2011.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de julio de 2005, expediente 050013103011-1998-6592.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Frente al cumplimiento de este requisito, afirma el contratista en sus descargos:

(...)

b) El tercer elemento para determinar la existencia de una fuerza mayor es su condición de irresistible. Ella no requiere prueba, como hecho público y notorio que es, por el principio de derecho probatorio de que hechos de tal categoría se presumen conocidos hasta el punto que para acreditarlos no es necesario el aporte de elementos de prueba. Baste mencionar que, según las estadísticas llevadas por la Universidad John Hopkins, centro académico estadounidense que ha asumido el trabajo del acopio y los análisis estadísticos de la pandemia y su divulgación a nivel mundial, a 20 de Julio de 2020, en el mundo había 14.640.326 contagios, de los cuales se habían recuperado aproximadamente el 60%, 5.301.124 estaban activos, y se habían producido 608.854 casos de muertes por tal afición. En Colombia los contagios han llegado a más de un millón, y se acercan a 30.000 los muertos.

c) Ahora bien, en la decisión jurisdiccional del asunto de las carpas del Ministerio de Defensa, la Sección III del Consejo de Estado no encontró probada la fuerza mayor, porque considero que la solución del incumplimiento del proveedor de la tela al contratista hubiera estado al alcance de éste, si hubiera tomado las medidas y correctivos que con conducta más diligente otro hubiera intentado. Aquí está la gran diferencia entre lo sucedido en el caso conocido por el Consejo de Estado y el presente caso. En este presente asunto, el contratista del Estado, Instrumentación S.A., fue tan diligente en su actuación para evitar los efectos de la situación del mercado de ventiladores ante la pandemia, que insistió permanentemente ante su proveedor en la urgencia del despacho, en los compromisos con el Ministerio de Salud Pública de Colombia y las consecuencias de la demora en la entrega, Alegando inclusive a abonar por adelantado una porción sustancial del precio que aún no se había causado para incrementar la posibilidad del cumplimiento oportuno. En la correspondencia sobre este asunto encontramos cartas dirigidas por Instrumentación S.A., a Vyair Medical el 23 de Junio, haciéndoles saber que los cambios en fecha de entrega o planes actualizados para la entrega no eran aceptables para el Ministerio. El 9 de Julio INSTRUMENTACION informa a su proveedor que si cumplen con entregar por los menos 700 equipos podría quizás obtenerse algún alargue del plazo, pero no tiene respuesta positiva. En correo separado, el 9 de Julio el presidente de INSTRUMENTACION escribe a su correspondiente en Vyair explicando como la autoridad colombiana espera que la curva de contagio llegue a su cúspide hacia fin de Julio e inicios de Agosto, por lo cual las consecuencias del incumplimiento serán dramáticas. Es evidente que todos los mecanismos lícitos al alcance del contratista para presionar el cumplimiento por parte de su proveedor fueron utilizados, pero hasta ahora sin resultado en solución a las demoras temidas.

Por su parte la apoderada del garante indicó en sus descargos:

"Esta situación se configura como irresistible, es decir insuperable para el contratista, ya que al presentarse la pandemia se dio una demanda exponencial de ventiladores, lo cual generó que la disponibilidad de estos a nivel mundial se viera seriamente diezmada, circunstancia que estaba fuera del manejo y control del contratista. A pesar de ello, realizó todas las gestiones necesarias para lograr el mejor compromiso del fabricante VyAIRE."

Los descargos se centran entonces en dos aspectos: a) la pandemia como hecho notorio, y la demanda exponencial de los equipos y, b) la diligencia del contratista para lograr el cumplimiento del contrato que al final lo terminan por superar.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

La pandemia y la demanda excepcional de los equipos *per se* no logran configurar la característica de la IRRESISTIBILIDAD de la fuerza mayor que se alega, lo que debe entonces revisarse tal como se citó en la jurisprudencia previamente anunciada, para este requisito es:

"si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales o personales del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas".

Por ello, deberá se valorará el material probatorio recaudado para identificar si se cumplen en este caso lo fijado la por jurisprudencia en cita. Puntualmente es relevante en este punto el testimonio presentado por el señor LUCIO A. BLANCO. Director América Latina Norte VYARE MEDICAL en donde el representante de VYARE manifestó que estas circunstancias aquejaron de la misma forma a terceros como el contratista, inclusive con mayor grado de compromiso o afectación respecto de la disponibilidad de los ventiladores, como pasa a establecerse de la prueba en mención:

Pregunta por parte del MINISTERIO

"Podría informarnos si las situaciones mencionadas afectaron otros pedidos de terceros, otros países que requirieran estos ventiladores

Contesta el testigo

Si positivamente afecto todas las ordenes que teníamos en el sistema, pero, durante las prioridades que teníamos para Colombia, por ejemplo, fueron decisiones difíciles, pues otros países no consiguieron ventiladores, para poder fabricar para ciertos países, y cuando empezó la negociación de INSTRUMENTACIÓN y nosotros para este negocio, y se dio la prioridad dentro de nuestro sistema, otros lugares sufrieron más que Colombia al no tener esos productos, disponible.

Pregunta por parte del MINISTERIO

Partiendo de su respuesta, podría informarnos en que situaciones de basó la prioridad que usted manifiesta que VYARE dio a Colombia, ¿cuáles fueron las acciones, medidas de gestión para poder cumplir con celeridad que requería la entrega de equipos para Colombia, de alguna forma, por decirlo así, una prelación por la fecha de Contratación, o condiciones para realizar la entrega de forma rápida conforme los plazos que se habían generado?

Contesta el testigo

Si exactamente. Nosotros. Colombia forma parte de América Latina, y América Latina, está debajo de Asia pacífico y en VELA específicamente, para nosotros poder tener la prioridad para Colombia tuvimos que sacrificar volúmenes para esa parte del mundo específicamente. Todo lo que se estaba fabricando de VELA, en un gran porcentaje de todo lo que fabricaba la Planta, específicamente en el mes de agosto específicamente, que empezaron a llegar los componentes con más volumen se hizo el enfoque específicamente para Colombia la gran mayoría de esa producción y nosotros tuvimos que balancear la demanda que hubo en Asia pacífica y América Latina, con EEUU y el mercado de Europa y el Medio Oriente, África son tres divisiones que tenemos. Pero la parte de Vela para Colombia fue la prioridad que hicimos y por eso tuvimos que dejar otros ventiladores que no pudimos entregar a otros mercados.

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

Así las cosas, diferentes proveedores en América Latina, Europa, EEUU, África y Medio Oriente se vieron afectados por la naturaleza misma del hecho de la Pandemia, lo que permitiría concluir que situado cualquier comercializador de equipos de ventilación mecánica de los producidos por VYAIR, se encontrarían en la misma situación, pues las pruebas del proceso dan cuenta de los cierres de la fábrica, los problemas en la logística, y la carencia de los insumos que hicieron que la fábrica no cumpliera con los pedidos en las cantidades y oportunidades contratadas.

De otra parte, no se está en este caso en presencia de un impase negocial que el contratista estaba en capacidad de gestionar de haber actuado conforme a su deber (alea administrativo), y que por tanto le era resistible por entrar en su campo de control, sino que por el contrario, el contratista, pese a adoptar las previsiones que le eran exigibles, estaba en imposibilidad de implementar medidas que permitieran que cumpliera sus obligaciones, aun cuando ello le implicará realizar mayores inversiones que las inicialmente previstas, por ejemplo, ofreciendo otro tipo de equipos, o gestionando la compra con otros proveedores como se probó, por cuanto, las condiciones generales del mercado de este tipo de equipos caracterizado por la escases, hacían nugatorio cualquier esfuerzo por evitar el incumplimiento.

¿Tenía el contratista algún medio de apremio frente a al producto de los bienes? Desafortunadamente las condiciones del mercado eran de tal desproporción entre la demanda y la oferta, que conseguir un cupo de venta en la línea de producción de empresas con equipos técnicamente adecuados como el equipo VELA CAREFUSION ofertado por el contratista, era una gestión de alta complejidad, en donde lejos de poder exigir garantía alguna de cumplimiento al distribuidor, debía pagársele de forma anticipada los bienes para buscar un principio de garantía de entrega.

Por lo que se establece que también se cumple o configura el requisito de la IRRESISTIBILIDAD.

Bajo el análisis presentado, el cual coincide con la posición de la interventoría, se encuentra probado el hecho externo ajeno a la voluntad de las partes de la relación contractual, siendo imprevisible e irresistible al deudor, esto es a INSTRUMENTACION S.A., por lo que se configura la causal de eximente de responsabilidad de fuerza mayor y la trazabilidad de todos los esfuerzos realizados por el contratista para cumplir.

Considerando que la configuración de la fuerza mayor en tanto eximente de responsabilidad impide la declaratoria del incumplimiento, no es necesario referirse a los descargos relativos a la tasación de la cláusula penal ni a la eventual compensación de la sanción.

En mérito de lo expuesto, el Ordenador del Gasto del Ministerio de Salud y Protección Social

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO TERMINACIÓN: Declarar la terminación del Procedimiento Administrativo Sancionatorio iniciado por el presunto incumplimiento parcial del Contrato de Compraventa No 163 de 2020, suscrito con el contratista INSTRUMENTACION S.A. identificado con NIT. 860.001.130-4, de conformidad con dispuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. ARCHIVO: Ordenar el archivo de las presentes diligencias de carácter sancionatorio iniciadas por el presunto incumplimiento parcial del Contrato de Compraventa No 163 de 2020, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

30 NOV 2020

"Por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio del Contrato de compraventa No. 163 de 2020"

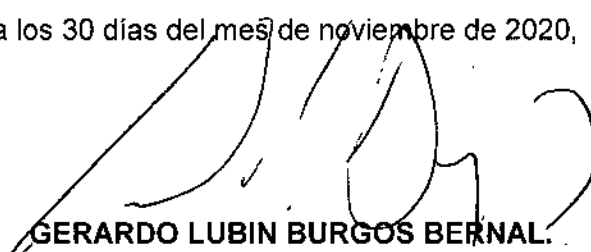
ARTÍCULO TERCERO. NOTIFICACIÓN: Notificar la presente resolución en estrados, bajo los términos del literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a los representantes legales y/o apoderados tanto del contratista como de la compañía garante, o quienes hagan sus veces.

ARTÍCULO CUARTO. RECURSOS: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en los términos del literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO QUINTO. VIGENCIA: La presente resolución rige a partir de su notificación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C. a los 30 días del mes de noviembre de 2020,


GERARDO LUBIN BURGOS BERNAL.
Ordenador del Gasto

proyectó: LCely
Revisó y Aprobó: ICórdoba/MGil
Aprobó: EMartínez