FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios

RESOLUCIÓN No. 00002 DE 2023

"Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa por el presunto incumplimiento al Contrato de Compraventa No. FGN-NC-0057–2022, suscrita entre la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S. con NIT 900.327.235-3"

LA SUBDIRECTORA NACIONAL DE GESTIÓN CONTRACTUAL

En uso de las facultades legales y en especial las que le confieren la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Decreto Ley 016 del 09 de enero de 2014, modificado por el Decreto Ley 898 del 29 de mayo de 2017, la Resolución No. 0 2406 del 04 de julio de 2017 y

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Adoptar la decisión que en derecho corresponda, por el presunto incumplimiento de las obligaciones convenidas en el **CONTRATO DE COMPRAVENTA No. FGN-NC-0057-2022,** de acuerdo con los hechos narrados en el informe presentado por la supervisión del aludido contrato.

II. ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN

Las partes suscribieron el ocho (08) de abril de dos mil veintidós (2022) el Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022,** con la sociedad **ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S.,** que tiene por objeto: ***"ADQUIRIR PAPELERIA Y UTILES DE OFICINA CON DESTINO A LAS DEPENDENCIAS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN A NIVEL NACIONAL"***, por valor de **DOS MIL OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS CON VEINTIDÓS CENTAVOS M/CTE. ($2.809.554.890,22)** incluido IVA y todos los costos directos e indirectos y los impuestos nacionales a que haya lugar.

Que el plazo de ejecución del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022,** fue hasta el treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, esto es a partir del registro presupuestal del compromiso y la aprobación de la garantía única de cumplimiento.

Así mismo, las partes suscribieron el acta de inicio del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022,** el día dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022).

Que mediante oficio con Radicado No. 20227020001483 del 06 de diciembre de 2022, y sus alcances con Radicado No. 202270200015623 y No. 20227020001553 calendados el 12 y 26 de diciembre de la referida vigencia respectivamente, suscritos por la supervisora del Contrato, a través de los cuales informó a este Despacho, los presuntos hechos constitutivos del incumplimiento acaecidos por el contratista **ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S.**

Con ocasión de lo anterior, mediante los oficios con Radicados Nos. 20226130008683 y 20226130008663 calendados el 12 de diciembre de 2022 y el Radicado No. 20226130008673 del 14 de diciembre de 2022, la Entidad comunicó al contratista, su garante y a la supervisión del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**, el inicio de la actuación administrativa sancionatoria en el marco de lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, audiencia que citó para su inicio el pasado 20 de diciembre de los corrientes, la cual no se llevó a cabo por razones de agenda del Despacho de la Subdirección de Gestión Contractual, preprogramándose la misma para el día 26 de diciembre de 2022.

Es de advertir que dichas comunicaciones con sus respectivos soportes, fueron remitidas vía e-mail a los apartados electrónicos reportados para las notificaciones por parte del contratista, su garante y la supervisión del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**.

El día 26 de diciembre de los corrientes, la Subdirección de Gestión Contractual de la Fiscalía Genera de Nación, dio inicio a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual tanto el contratista como su garante, presentaron los descargos frente a las cláusulas y/u obligaciones presuntamente incumplidas en el marco de la ejecución del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**.

Escuchados los descargos y las intervenciones, tanto del contratista como de su garante, los cuales se encuentran grabados, y con el fin de garantizar el derecho de defensa, a fin de que aporten las pruebas con las cuales pretenden demostrar la cesación del presunto incumplimiento, por lo tanto, se procedió a la suspensión de la referida audiencia.

III. DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTADO AL CONTRATISTA

Fue imputado al contratista, en el informe suscrito por el supervisor y su respectivo alcance al mismo, mediante el cual se dio inicio a la presente actuación administrativa, en la cual se puso de presente la desatención de las siguientes obligaciones contractuales:

A. OBLIGACIONES GENERALES

"1. Cumplir con las condiciones jurídicas, técnicas, y económicas del contrato."

B. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS

1. ***Entregar la totalidad de los bienes**, en cada una de las ciudades y municipios en el anexo 1.1 que hace parte integral del presente documento, **dentro del plazo de ejecución del contrato** y conforme al cronograma establecido por la entidad a través del supervisor del contrato.*

2. *Cumplir con las especificaciones establecidas en las fichas técnicas **y en las cantidades requeridas para cada ítem.***

IV. DESCARGOS DE LAS PARTES

a) Descargos del Contratista:

El representante legal del contratista en desarrollo de la audiencia presentó sus descargos, así:

"(...)

1. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO POR INEXISTENCIA DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO.

1.1. Cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista

Conforme el correo electrónico remitido por E&D el 19 de diciembre de 2022, se puede observar que la Empresa está presta a dar cumplimiento al Contrato (Anexo No. 1) y para tal efecto, solo hace falta que la Fiscalía le informe el lugar y fecha para recibir los elementos. Es decir, con el citado correo la Empresa demostró la cesación de la situación considerada por la Fiscalía, como generadora de posible incumplimiento del Contrato.

1.2. La finalidad del procedimiento establecido para la declaratoria de incumplimiento es conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contempla el procedimiento que deben adelantar las entidades públicas para declarar el incumplimiento definitivo del contrato, imponer multas y otras sanciones y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

*Esta disposición en su inciso final señala que: "(...) La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, **si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento**." (negrilla y subrayado fuera de texto).*

En este mismo sentido señala el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, lo siguiente:

*"**ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones**. Esta decisión deberá estar precedida en audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que le garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pertinente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. (...)" (negrilla fuera de texto).*

De conformidad con el artículo 1592 del Código Civil la cláusula penal "(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal."

Sobre la imposición de la cláusula penal el Consejo de Estado indicó:

*"Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común en lo sustancial, **que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato**; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón del acaecimiento de los incumplimientos parciales; **la cláusula penal***

***constituye en principio una tasación anticipada de los perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato**, es decir, que se impone por un **incumplimiento severo y grave de las obligaciones**. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, **por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio.**"[1]*

En el presente caso, no se encuentran configurados ninguno de los elementos necesarios para que la Fiscalía declare el incumplimiento a E&D, y menos aún para que le imponga la cláusula penal, por cuanto:

1.2.1. E&D cumplió

Como lo demostró E&D en correo que remitió a la Entidad el 19 de diciembre de 2022, ha estado presta a entregar la mayoría de los elementos, lo cual sustenta la presente citación, así:

ITEM	Producto	Contrato	Pendientes por entregar al 06/12/2022	Elementos listos para entregar el 19 de diciembre	Elementos para entregar el 31 de enero o antes de la marca Klipp.	Elementos para entregar el 31 de marzo o antes.
7	BORRADOR PARA TABLERO	66	8	Entregados el 15 de diciembre		
39	PERFORADOR A INDUSTRIAL	171	156	88		68
40	PERFORADOR A MANUAL ESTANDAR	3.000	1.000	119	881	0
	Porcentaje		0,12%	0,08%	0,05%	0%

Es decir, a la fecha E&D no estaría incumpliendo el Contrato, en el porcentaje señalado por la Fiscalía (0,12%). A la fecha este porcentaje es de 0,08%.

Adicionalmente, como se demostrará a continuación la no entrega de los elementos que a la fecha no tiene disponibles E&D para suministrar a la Fiscalía, ha obedecido a circunstancias de fuerza mayor E&D con se explica a continuación.

1.2.2. E&D ha estado expuesta a circunstancias de fuerza mayor

El artículo 64 del Código Civil señala: "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 por un funcionario público, etc.".

Así las cosas, se configura fuerza mayor o caso fortuito cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que el hecho sea imprevisible, esto es que, dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia y, b) que el hecho sea irresistible, o sea, que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

En el presente caso, exponemos los hechos que presentan un retraso excepcional y que impiden la entrega oportuna de los equipos.

(Anexo 2) INVERSIONES VADISA SAS, manifestó: "(De acuerdo a la contingencia mundial, en cuanto a las importaciones de materias primas indispensables para la respectiva fabricación de todos los derivados del papel, plásticos, así como las importaciones de elementos de oficina, de igual manera el alza significativa del dólar ha influido en que los precios de elementos están teniendo una variación al alza y escases de los mismos, debido a la baja producción y restricción en la comercialización de estos.

Así las cosas, es evidente que conforme a lo certificado por el representante en Colombia de la marca, se configura un hecho imprevisto para E&D, por cuanto no es una circunstancia normal, ni era posible de contemplar su ocurrencia y, así mismo, el descrito hecho es irresistible por cuanto E&D no pudo evitar su acaecimiento, ni superar sus consecuencias.

Lo descrito constituye un evento de fuerza mayor o caso fortuito, la cual es un eximente de responsabilidad, en la media en que acredita la ausencia de culpa de E&D.

1.2.3. E&D no ha incurrido en un incumplimiento "grave"

A pesar de que las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito señaladas y demostradas anteriormente, permiten concluir de manera inequívoca que E&D no ha incumplido el contrato, en gracia de discusión, precisamos que el supuesto incumplimiento que le endilga la Fiscalía no tiene la connotación de ser "grave". Como lo indicamos anteriormente, la Fiscalía en la citación a la presente audiencia, señala que E&D le hace falta por entregar elementos que suman 0,12%, si bien este porcentaje es una nimiedad frente a la ejecución total del contrato, con mayor razón lo es el porcentaje real de falta de entrega de elementos a la fecha.

En efecto, E&D le entregó a la Fiscalía el 15 de diciembre de 2022, 8 borradores para tableros, adicionalmente, le informó que les podía entregar 88 perforadoras industrial y 119 perforadoras manual estándar, sin haber obtenido respuesta favorable de la Fiscalía.

Es decir, pese a la intención de E&D de cumplir en la mayor medida posible el Contrato, la Fiscalía no ha permitido que ello sea así.

Si la Fiscalía no permite un mayor cumplimiento del Contrato, este hecho no puede afectar a E&D, pues también es una circunstancia ajena a su voluntad. Máxime en el presente caso que la entrega de los referidos elementos se ha efectuado de manera parcial, porque así lo permite el contrato, y no afecta en ninguna medida a la Entidad que sea de dicha forma (entregas parciales).

Teniendo en cuenta que E&D ha estado presta a entregar los referidos elementos, estos no deben tenerse en cuenta para efectos de tazar el presunto incumplimiento.

Así las cosas, a la fecha, solo hacen falta por entregar 68 PERFORADORAS INDUSTRIALES y 881 PERFORADORA MANUAL ESTANDAR. Es decir, a la fecha, en porcentaje, tan solo haría falta por entregar el 0,08%. Porcentaje

absolutamente pequeño versus la totalidad de los elementos y servicios prestado en ejecución del Contrato. Lo que conlleva a concluir de manera inequívoca que el presunto incumplimiento que nos ocupa no es grave.

2. Graduación de la cláusula penal.

En caso de que la Fiscalía persista de manera errada en que E&D incumplió el contrato, debe proceder de manera inmediata a recalcular el porcentaje en que afectaría la cláusula penal; por cuanto como quedó demostrado anteriormente, E&D tan solo le hace falta suministrar (y por circunstancias de fuerza mayor) el 0,08%.

El recalculo solicitado, conllevaría a que el valor de la cláusula penal solo debe acceder a $6.755.814.

Ahora bien, del caso precisar que a la fecha la Fiscalía no le ha pagado a E&D $49.086.572, es decir, no se ha visto afectado el patrimonio de la Fiscalía, por el contrario, es E&D quien se ha visto afectado económicamente, pues realizó una inversión superior a esta suma de dinero, para poder cumplir con el Contrato, sin obtener a la fecha los correspondientes ingresos, a pesar de que el porcentaje de elementos que hacen falta por ser suministrados es mínimo.

Si la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios, como lo señala la siguiente sentencia del Consejo de Estado, no se advierte cuáles son los perjuicios que a la fecha ha sufrido la Fiscalía:

*"**Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista**; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, **previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial, así se lo exigen**. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio- ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. **Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un "derecho" en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad**. Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. **Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio**. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C.C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es un cálculo anticipado de estos, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) **de acuerdo con el artículo 1596 del C. C: "Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal."** De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro*

sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante, lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no sea la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor. Finalmente, cabe agregar que, si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve el contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada." [2]

3. Solicitud de terminación del Procedimiento Administrativo Sancionatorio por cesación de las situaciones consideradas por la Fiscalía como presuntos incumplimientos.

Por lo expuesto, en razón a que el Procedimiento Administrativo Sancionatorio por Presunto Incumplimiento del Contrato tiene como principal finalidad "conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones" y en el presente caso E&D demostró que entregó el mayor número de elementos objeto de presunto incumplimiento en la presente actuación, así mismo, que los que no ha entregado, se han debido a circunstancias de fuerza mayor, que en todo caso la Empresa esta presta a entregar en las fechas que le informó a la Fiscalía General de la Nación, el 19 de diciembre de 2022.

b) Descargos del Garante

Acto seguido, se continua con el orden del día escuchando los descargos de la Doctora Diana Bejarano, apoderada de la Compañía Seguros Mundial, de conformidad con el poder otorgado por el apoderado general JUAN FELIPE TORRES VARELA, mediante Escritura Pública No. 4080 de la Notaria 29 del Círculo de Bogotá del 04 de marzo de 2020, inscrito en el certificado de existencia y representación legal, el 31 de julio de 2020 bajo el registro 00043746 del libro V, manifestando lo siguiente:

"(...) Se va a presentar los descargos en primer lugar, teniendo en cuenta que la aseguradora es un tercero ajeno y que desconoce las vicisitudes presentadas en el marco de la ejecución contractual, coadyuváremos a presentar de forma integral los argumentos presentados por el contratista en sus descargos, sin perjuicio que más adelante se amplíen los mismos. Se relacionan también a continuación algunos de los puntos de los cuáles se deriva la inexistencia de incumplimiento contractual.

Como primer punto, se señala que hay un evento de fuerza mayor como eximente de responsabilidad, en el caso que nos atañe, teniendo en cuenta que la fuerza mayor, es un hecho imprevisto e irresistible en los términos de la Ley 95 de 1890. No solo dificulta la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes, sino que mientras se mantenga impide la ejecución de las mismas, si no se cambian las condiciones contractuales, puesto que está en frente a circunstancias sobrevinientes e imprevisibles, que nadie colocado en las mismas circunstancias hubiera podido prever.

En el caso que nos atañe, se presentó una circunstancia sobreviniente que impidió la normal ejecución contractual, por cuanto el productor e importador de los insumos INVERSIONES VADISA SAS, como bien lo acaba de informar el representante legal de ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S., indicando que había una escasez sobre los útiles de oficina que fueron contratados en el presente contrato, abro comillas y me permito leer "que de acuerdo a la contingencia mundial, en cuanto a las importaciones de materias primas indispensables para las respectivas fabricación de todos

los derivados de papel plásticos, así como las importaciones de elementos de oficina, de igual manera el alza significativa del dólar ha influido en que los precios de los elementos estén teniendo una variación y escasez de los mismos debido a la baja producción y restricción de la comercialización de estos", por lo cual, esta circunstancia se entiende que no solamente, es imprevisible e irresistible, sino que escapa razonablemente, indefectiblemente, del control de la empresa, sino que ha venido afectando de forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Claramente estas circunstancias se proyectan en todo el contrato y va aún más allá, puesto que no sé, no puede caber la menor duda de que no solo obedece a la alea extraordinario que se configura como un evento de fuerza mayor, esta causal eximente de responsabilidad ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia, como un hecho imprevisto que es imposible resistir y que tiene como características la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad, en cuanto al primer elemento, se dice que es inimputable porque no se le puede endilgar algún estado de culpa al contratista.

En este caso, la resistividad es algo que no se puede resistir, imprevisibilidad que claramente no era posible prever desde que se firmó el acta de inicio del contrato que iba a haber una escasez en los insumos que fueron contratados.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, se entiende que la empresa configuró un evento de fuerza mayor, que no es imputable a él y que, por lo tanto, no debe. No hay un presunto incumplimiento, sino que estamos frente a una circunstancia de no cumplimiento en la ejecución del contrato.

Por otro lado, de acuerdo con los argumentos expuestos, también se dice que hay una inexistencia de siniestro por ausencia de incumplimiento contractual y demostración de perjuicios, esto, teniendo en cuenta que el seguro de cumplimiento el riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor y el siniestro se entiende acaecido con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación garantizada del cual emana la obligación del asegurador, en el entendido, claro está, de que exista un perjuicio para el asegurado, por cuánto sin perjuicio no puede entenderse configurado el siniestro, según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, ha dicho también la Corte Suprema de Justicia, que ocurrido el riesgo, el beneficiario del seguro, es decir el acreedor de la obligación incumplida, debe demostrar, frente a un reclamo judicial o extrajudicial. También de ese hecho, el daño derivado del incumplimiento, así como su cuantía, pues por tratarse de un seguro que lo rige el principio indemnizatorio, la obligación de resarcir los perjuicios, no puede ir más allá del detrimento patrimonial efectiva y realmente causado, lo cual bien puede ser menor de la suma, que está asegurada.

En el mismo sentido, los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, señalan que le corresponde al asegurado probar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, teniendo en cuenta lo dicho, se entiende esta defensa que a la fecha no existen razones de hecho y de derecho que justifiquen el curso del proceso sancionatorio, ni mucho menos será un incumplimiento contractual y de perjuicios, no han sido los mismos, no han sido demostrados.

Por otro lado, sí advierte que nosotros debemos ceñirnos a lo establecido también en el contrato de seguro. Por lo tanto, en caso de una hipotética e improbable sanción al contratista, debe tenerse en cuenta el límite del valor asegurado que está establecido en la póliza.

De otro lado, se advierte la posibilidad que nos señala el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece la cláusula penal y las multas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para los efectos a los mecanismos de compensación. Entonces, en el improbable caso de declarar el incumplimiento, solicitamos se haga efectiva la compensación de los saldos a favor del contratista o por cualquier otro medio que permita dicha compensación.

Aunado a lo anterior, queremos también resalto que en cualquier caso, si aquí, equivocadamente, llegar a pensarse en declarar el incumplimiento contractual, sería menester la aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción, como se sabe, cuando la obligación principal se haya cumplido en parte la pena está sujeta a una reducción equitativa por la aplicación de los artículos 867 del Código de Comercio y 1596 del Código Civil.

En el caso objeto de análisis, como bien lo mencionaron, necesitamos también una actualización del informe de supervisión, por cuanto muchos de los elementos contratados también fueron entregados por parte del contratista, entonces se solicita que se de aplicación en el improbable caso de que se sancione, el principio de proporcionalidad.

V. SOLICITUD DE PRUEBAS

En ejercicio del derecho al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, por ser conducentes, pertinentes y necesarias el representante legal del contratista, solicita a la Fiscalía General de la Nación, decretar y practicar las siguientes pruebas que permiten comprobar todos los hechos que conforman los descargos rendidos por E&D.

5.1. Pruebas documentales

E&D solicita que se decreten y tengan como prueba de los argumentos expuestos, todos los documentos enunciados en el presente texto (...)". Para lo cual allegó a la presente actuación administrativa el documento calendado el 19 de diciembre de 2022, suscrito por la sociedad VADISA S.A.S, con el cual pretende probar la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

Por otra parte, la apoderada del garante de la Compañía Mundial de Seguros S.A., solicitó a este Despacho decretar en el marco de la presente actuación administrativa sancionatoria las siguientes pruebas documentales:

(i) La actualización del informe de supervisión a la fecha de 26 de diciembre de 2022.
(ii) El envío y remisión de la correspondencia cruzada entre la Entidad contratante (supervisión) y la empresa contratista en el marco de la ejecución del Contrato de Compraventa No. FGN-NC-0057-2022.
(iii) Certificación de saldos adeudados al contratista.

VI. PRUEBAS

A) OBRANTES EN EL EXPEDIENTE:

Dentro del presente expediente, obran como pruebas las siguientes:

1. Documento Complementario al Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022.**
2. Copia de la póliza de cumplimiento y su respectiva legalización con Radicado No. 20226130002433 del 13 de abril de 2022.
3. El Registro presupuestal del Compromiso No. 257322 del 11 de abril de 2022.
4. Acta de inicio del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022,** calendada el 18 de abril del 2022.
5. Actualización de póliza de cumplimiento con Radicado No. 20226130002561 de fecha 25 de agosto del 2022
6. Modificatorio No. 1 al Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022.**
7. Modificatorio No. 2 al Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022.**
8. Informe de supervisión

B) ALLEGADAS CON EL INFORME DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO

1. Informe por presunto incumplimiento, mediante oficio con Radicado No. 20227020001483 del 06 de diciembre de 2022, junto con los soportes documentales.
2. Alcance al informe por presunto incumplimiento, con oficio Radicado No. 20227020001523 del 12 de diciembre de 2022.
3. Alcance al informe por presunto incumplimiento, mediante oficio Radicado No. 20227020001563 del 27 de diciembre de 2022.
4. Documentos que hacen parte del informe rendido por la supervisión del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022** que da cuenta del presunto incumplimiento denominados así: Anexos 1, 2, 3, 4 y 5.
5. Los correos cruzados entre contratista y la supervisión del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022,** allegados mediante Radicado No. 20227020001563 del 27 de diciembre de 2022.

PRUEBAS DOCUMENTALES DECRETADAS POR EL DESPACHO

1. Oficio de actualización suscrito por la supervisión del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**, mediante el cual informa los PRESUNTOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE INCUMPLIMIENTO acaecidos por la sociedad **ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S.**, ordenada por este Despacho.
2. Informe de supervisión actualizado con el respectivo estado financiero de conformidad con lo ordenado por el Despacho en la audiencia celebrada el 26 de diciembre de 2022, solicitada por este Despacho.
3. La correspondencia cruzada entre la entidad contratante y el contratista en el marco de la ejecución del Contrato de Compraventa No. FGN-NC-0057-2022, solicitada por la apoderada del Garante.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SUBDIRECCION DE GESTIÓN CONTRACTUAL

6.1. COMPETENCIA:

Advierte la Subdirección que es competente para conocer y decidir el presunto incumplimiento del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**, imputado al contratista **ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S.** con NIT 900.327.235-3.

Lo anterior de conformidad con la **competencia** en materia de seguimiento e imposición de multas, sanciones o declaratoria de incumplimiento en materia contractual, radicada en las entidades públicas por virtud del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que dispone en literalidad:

> "***DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.*** *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*
>
> *En desarrollo de lo anterior y del deber de* ***control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.*** *Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*
>
> ***PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas****.*

En igual sentido, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, precisa:

> ***Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.*** *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-499 de 2015. Ver el art. 5.1.13 del Decreto Nacional 734 de 2012*
>
> *a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista,* ***la entidad pública*** *lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las*

obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

*b) En desarrollo de la audiencia, **el jefe de la entidad o su delegado**, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

*c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, **la entidad** procederá a decidir sobre **la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.** Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;*

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento."- subraya y negrilla fuera de contexto-

Conforme pasó de advertirse, la literalidad de la norma transcrita otorgó una competencia orgánica a las entidades públicas por el hecho de ser tales, para decidir lo correspondiente **respecto de la imposición de multas, sanciones o declaratorias de incumplimientos**; calidad que ostenta la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, por virtud de lo dispuesto en el parágrafo tercero del artículo 1º de la Resolución No. 0 2406 del 04 de julio de 2017, el Subdirector Nacional de Gestión Contractual ***"es el delegado para declarar siniestros producto de garantías contractuales, imponer multas, declarar incumplimientos o caducidades, previa observancia del procedimiento descrito en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011. La función delegada comprende la suscripción de los actos y documentos correspondientes, así como resolver los recursos que se interpongan y, en general, todos los tramites inherentes a la potestad sancionatoria contractual"***

6.2. HECHOS PROBADOS:

a) El 8 de abril de 2022 se suscribió el Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**, con la sociedad **ESTRATEGIA Y DEFENSA S.A.S.,** cuyo objeto es: "***ADQUIRIR PAPELERIA Y UTILES DE OFICINA CON DESTINO A LAS DEPENDENCIAS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN A NIVEL NACIONAL***", por un valor inicial de $2.809'554.890,22 (Anexo 1).

b) El plazo inicial de ejecución del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**, era hasta el 15 de octubre de 2022, contado a partir de la suscrición del acta de inicio, la cual se llevó a cabo el 18 de abril de 2022, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución. La legalización se llevó a cabo mediante oficio Radicado No. 20226130002433 del 13 de abril de los corrientes. (Anexo 2).

c) Que de conformidad con lo señalado en la Cláusula Tercera -Forma de Pago del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**, se estableció tres entregas parciales para los meses de mayo, junio y octubre, con una distribución a nivel nacional, de acuerdo con lo establecido en el Acta de inicio, suscrita el 18 de abril de 2022.

d) Que mediante Radicado No. 20226130002561 del 25 de agosto de 2022, la Subdirección de Gestión Contractual, legalizó el Modificatorio No. 1 al Contrato de Compraventa FGN-NC-0057-2022, mediante el cual se modificó la Ficha Técnica ítem 10 en el sentido de reemplazar la marca y referencia del ítem ofrecido inicialmente. (Anexo 3).

e) En el marco del seguimiento a la ejecución del Contrato de Compraventa **o. FGN-NC-0057-2022**, la supervisión dio respuesta al contratista mediante correo electrónico, el día 27 de septiembre de 2022, manifestando que la solicitud de cambio de marca para seis (6) ítems que había sido radicada, no contemplaba la solicitud prórroga para la entrega de los demás ítems y que por lo tanto la entrega establecida para el mes de octubre, debía ser cumplida (anexo 4)

f) Con Radicado No. 20226130007233 del 21 de octubre de 2022, la Subdirección de Gestión Contractual, legalizó el Modificatorio No. 2 al Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**, a través del cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el día 30 de noviembre de 2022 y se modificó las Fichas Técnicas de los ítems 4, 7, 24, 39, 49 y 60 en el sentido de reemplazar la marca y referencia del ítem ofrecido inicialmente. (Anexo 5).

g) El desconocimiento contractual que se debate, es imputable a la sociedad **ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S.,** pues le asiste la obligación convencional de cumplir a cabalidad las condiciones establecidas en el Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-MC-00057-2022**, por tal razón, le fue puesto de presente al contratista el informe suscrito por la supervisión, pues le asiste la obligación convencional de cumplir con las condiciones técnicas y plazos establecidos por la Entidad en el aludido instrumento jurídico.

QUINTA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

A. OBLIGACIONES GENERALES

"1. Cumplir con las condiciones jurídicas, técnicas, y económicas del contrato."

B. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS

"1. Entregar la totalidad de los bienes, en cada una de las ciudades y municipios en el anexo 1.1 que hace parte integral del presente documento, dentro del plazo de ejecución del contrato y conforme al cronograma establecido por la entidad a través del supervisor del contrato."

2) *Cumplir con las especificaciones establecidas en las fichas técnicas* ***y en las cantidades requeridas para cada ítem.***

Adicionalmente incumplió la cláusula del plazo de ejecución del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057–2022**, la cual estableció lo siguiente**:**

- *Así mismo, "PLAZO Y LUGAR DE EJECUCIÓN: "El plazo de ejecución del contrato será hasta el* ***30 de noviembre del año 2022****, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, esto es a partir del registro presupuestal y aprobación de la garantía de cumplimiento*". (Subraya y negrilla fuera del texto). Como se indicó en el modificatorio No. 2, el cual fue legalizado el día 21 de octubre de 2022.

En consecuencia, este Despacho se adentrará en el análisis de las circunstancias objetivas de incumplimiento imputadas y plantea los siguientes problemas jurídicos:

6.3. PROBLEMAS JURIDICOS

Conforme a los hechos informados por la supervisión del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057–2022**, los alegatos presentados por el representante legal del contratista, al igual que la apoderada de la aseguradora y de las pruebas obrantes en la presente actuación administrativa sancionatoria, corresponde a este Despacho absolver los siguientes problemas jurídicos:

1. **¿SE ENCONTRABA OBLIGADA LA ENTIDAD A MODIFICAR LOS PLAZOS DE ENTREGA DE LOS ÍTEMS 39 Y 49 SOLICITADOS POR EL CONTRATISTA VENCIDO EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA FGN-NC-0057-2022 EN EL MARCO DE LA PRESENTE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA?**

Frente a la solicitud elevada por el contratista, mediante el correo electrónico remitido a la supervisión del Contrato el día 19 de diciembre de 2022 en los siguientes términos: *"(...) Con el fin de dar cumplimiento al contrato FGN-NC-0057-2022, y tal y* como se lo hemos manifestado telefónicamente, Estrategia y Defensa tiene los siguientes elementos para entrega inmediata a la Fiscalía así:

ITEM	*PRODUCTO*	*PENDIENTES DE ENTREGA*	*ELEMENTOS LISTOS PARA ENTREGAR DE MANERA INMEDIATA (19 DE DICIEMBRE DE 2022)*	*ENTREGA EL 31 DE ENERO DE 2023*	*ENTREGA EL 31 DE MARZO DE 2023*
39	*PERFORADORA INDUSTRIAL*	*156*	*61 UNIDADES*		*95*
40	*PERFORADORA MANUAL ESTANDAR*	*1000*	*119 UNIDADES*	*881*	

De acuerdo a como se lo hemos manifestado a la entidad en reiteradas oportunidades, no se encuentran en el mercado disponibles para entrega "Perforadora manual estándar" de la marca requerida en el contrato; no obstante, tenemos para entregarle a la entidad el 31 de enero del 2023 la cantidad de 881 unidades "perforadoras manuales estándar" de la marca Klipp, las cuales cumplen con las mismas especificaciones técnicas exigidas en el contrato (...)".

Es así que, de acuerdo a lo manifestado en el correo antes aludido, el contratista solicitó a la Entidad a través de la supervisión del contrato, la prórroga al plazo de ejecución del Contrato de Compraventa FGN-NC-0057-2022, para la entrega de los ítems 39 - *PERFORADORA INDUSTRIAL y 40 - PERFORADORA MANUAL ESTANDAR,* y el cambio de la marca oferta inicialmente para el último de los elementos, vencido el plazo de ejecución para la entrega de los mismos.

Es así que el contratista no desplegó el debido cuidado y diligencia para efectos de adoptar los mecanismos contractuales existentes para evitar el presunto incumplimiento que hoy nos ocupa, pues sólo acudió a la Entidad a solicitar la prórroga del plazo de ejecución ya vencido el mismo, como quiera que, conocía desde la etapa precontractual y al momento de suscribir el contrato en la plataforma del SECOP II, que el plazo para llevar la entrega los útiles de oficina y la papelería, era hasta el 30 de noviembre de 2022.

Aunado a lo anterior, es preciso traer a colación lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en consulta No. 2263 de 2016, indicando lo siguiente: *"(...) una modificación necesaria del contrato, surgida por iniciativa de contratista, del interventor o del supervisor, debe ser aprobada por la Entidad que ejerce su dirección general, y cumplir, en forma previa, las mismas formalidades de solemnidad del contrato principal. Si bien el objeto del contrato debe corresponder a la prestación requerida por la Administración para cumplir la finalidad de interés general, el contrato no se limita a la cláusula de objeto, sino que comprende también las demás estipulaciones convenidas por las partes o surgidas del régimen legal aplicable y, por ende, su obligatoriedad se predica del cumplimiento de todas las obligaciones pactadas (...)".*

Teniendo en cuenta, que en el trámite de modificación a los contratos estatales existen límites de orden temporal y formal es importante hacer mención que: el **Límite de Orden Formal:** De conformidad con los artículos 30 y 40 de la Ley 80 de 1993, el simple consentimiento de las partes, no es suficiente para perfeccionar la modificación de un contrato estatal, toda vez que este y sus modificatorios son solemnes, es decir, requieren de unos requisitos de carácter formal para su existencia, esto es: debe constar por escrito y estar suscrito por las partes, para que pueda alcanzar eficacia, existencia y validez. Por otra parte, el límite **de orden Temporal**, hace referencia a que la modificación de un contrato estatal solo puede ejercerse durante su vigencia y hasta antes de vencer su plazo de ejecución. Lo anterior ha sido reiterado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia 15596 del 18 de febrero de 2010.

Así mismo, en el Manual de Contratación de la Fiscalía General de la Nación, establece en los literales e) y f) del numeral 5.2.5., el trámite interno de las modificaciones contractuales, según el cual, para el caso de las prórrogas señala lo siguiente:

"(...)

e) En el evento que un contrato, previa justificación, deba ser modificado en las condiciones estipuladas inicialmente, adicionado y/o ampliado, deberá cumplirse con cada uno de los requisitos señalados anteriormente y ***radicarse en la Subdirección de Gestión Contractual por parte del Supervisor como mínimo cinco días hábiles antes de vencer el plazo de ejecución del contrato****. (Subraya fuera del texto).*

f) Las solicitudes de prórroga de los contratos deben ser sometidas a consideración y recomendación de la Junta o Comité de Contratación, con excepción de las prórrogas a los contratos cuya cuantía sea inferior a 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes".
(...)".

Así las cosas y de acuerdo con el análisis jurisprudencia antes referido, y teniendo en cuenta que el contratista al momento de elevar a la supervisión la solicitud de prórroga al Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057–2022**, la presentó fuera del plazo de ejecución, situación está que motivó a que no fuese emitida por parte de la supervisión la respectiva viabilidad a esta solicitud.

Así mismo este Despacho, reitera lo manifestado en la audiencia celebrada el 26 de diciembre de 2022, frente a la solicitud de prórroga elevada por el representante legal del contratista, en el sentido de que no es procedente la misma, como quiera que la actuación administrativa sancionatoria que se esta adelantando, es con el fin de establecer si se configura o no el incumplimiento parcial del objeto y las obligaciones convenidas en el Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022** y no es el momento pertinente ni este estrado cuenta con la competencia para conceder plazos adicionales para la entrega de los útiles de oficina que hoy nos ocupa.

Es importante precisar que la Subdirectora Nacional de Gestión Contractual, tiene delegada la facultad para declarar siniestros producto de garantías contractuales, imponer multas, declarar incumplimientos o caducidades de conformidad con lo preceptuado en el parágrafo tercero del artículo primero de la Resolución No. 0 2406 del 04 de julio de 2017, previa observancia del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y no para modificar los contratos ni mucho menos para prorrogarlos o conceder plazos adicionales para la entrega de los elementos faltantes objeto del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**.

Así las cosas y de acuerdo con el análisis de jurisprudencial antes referido, y teniendo en cuenta que el contratista al momento de elevar a la supervisión la solicitud de los elementos faltantes objeto del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**, se presentó vencido el plazo de ejecución.

b. EXISTENCIA DE LA FIGURA DE LA FUERZA MAYOR – CASO FORTUITO EN EL RETARDO EN LA ENTREGA DE LOS ITEMS 39 Y 40 -ÚTILES DE OFICINA

Advierte la Subdirección que el argumento esgrimido por el contratista señala la existencia de elementos estructurales de la figura de exoneración de responsabilidad.

En este sentido, reitera la Subdirección que, analizadas las pruebas obrantes en el expediente administrativo sancionatorio contractual, se tiene acreditado que el contratista **ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S.,** allegó al momento de sus descargos el siguiente documento:

Bogotá, 19 de diciembre de 2022

Señores
ESTRATEGIA Y DEFENSA SAS
La ciudad

Reciban un cordial Saludo,

De acuerdo a la contingencia mundial, en cuanto a las importaciones de materias primas indispensables para la respectiva fabricación de todos los derivados del papel, plásticos, así como las importaciones de elementos de oficina, de igual manera el alza significativa del dólar ha influido en que los precios de elementos estén teniendo una variación al alza y escases de los mismos, debido a la baja producción y restricción en la comercialización de estos.

De acuerdo a lo anterior la importación de algunas de nuestras referencias estarían ingresando a partir del mes de febrero de 2023, sin garantizar cantidades ni referencias específicas.

Agradecemos de antemano su atención y compresión.

Atentamente,

JOSE OCTAVIO BOTERO GOMEZ
Representante Legal
INVERSIONES VADISA SAS

Lo anterior con el fin de probar la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, al manifestar que fueron las circunstancias del mercado, dada la contingencia mundial relacionadas con las importaciones de materias primas, indispensables para la respectiva fabricación de todos los derivados del papel, plásticos, así como importaciones de los elementos de oficina, así como el alza significativa del dólar, hechos que según el contratista impactaron en el mercado y por ende la ejecución del Contrato de Compraventa **FGN-NC-0057-2022**, pues debe resaltarse que se suscribió este último en el mes de abril de la pasada vigencia y con un plazo de ejecución hasta el 30 de noviembre de 2022 y solo hasta el 19 de diciembre de la referida anualidad, el contratista puso de presente la situación de desabastecimiento de los útiles de oficina objeto de la presente actuación administrativa y las dificultades en la consecución de los elementos contratados.

Lo anterior cobra fuerza, cuando se verifica que la experticia del contratista, según el Certificado de Existencia y Representación Legal está relacionado con: "*La importación y comercialización de equipos. b Comercialización, almacenamiento, transporte y transformación de productos o servicios en general*".

En consecuencia, las operaciones de importación y comercialización de productos o servicios en general, son actividades conocidas y adelantadas al amparo de su objeto social antes referido por el contratista **ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S.**, por lo que, tratándose de un proveedor con amplia experiencia en el mercado, es conocedor de los riesgos que implica las operaciones de importación de los útiles de oficina y sus variaciones en los últimos tiempos. En consecuencia, no es posible argumentar falta de experticia o conocimiento del comportamiento del mercado.

Así mismo, el contratista con la suscripción de la carta de presentación de la oferta, aceptó las condiciones, especificaciones técnicas, jurídicas, financieras y económicas establecidas en el pliego de condiciones proceso de selección abreviada por subasta inversa **FGN-NC-IPSE-0005-2022**.

Adicional a ello, el contratista conocía el plazo de ejecución inicial del contrato el cual finalizaba el 15 de octubre de 2022, sin embargo, por solicitud de este se suscribió el Modificatorio No. 2, mediante el cual se prorrogó su vencimiento

hasta el 30 de noviembre de la referida vigencia, como consecuencia del cambio de las marcar ofertadas en su propuesta, para los ítems 4, 7, 24, 39, 49 y 60.

Es así que, de acuerdo a la prueba documental allegada por el contratista en la presente actuación administrativa, solo acudió a la Entidad, el día diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), para manifestar las razones del retardo en el cumplimiento del objeto contractual, y proponer a la supervisión dos fechas para la entrega de los ítems 39 y 40, sin tener en cuenta que, el contrato había finalizado su plazo de ejecución el 30 de noviembre de 2022.

Para este Despacho es claro que venció el plazo de ejecución sin que el contratista se aviniera al cumplimiento de las obligaciones del mismo, es decir, sin que este hubiese realizado la entrega real y material de los referidos útiles de oficina, conforme a lo pactado en el mismo, ni mucho menos advirtió a la supervisión sobre la imposibilidad de su cumplimiento por circunstancias ajenas a la voluntad de este, con el fin de solicitar una prórroga al plazo de ejecución, dentro del término legalmente previsto para ello.

De igual manera no es de recibo para este Despacho la prueba documental allegada con la cual busca exonerar la responsabilidad de la sociedad **ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S.**, al manifestar que INVERSIONES VADISA SAS quienes se dedican de conformidad con lo señalado en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con el objeto social al " (...) *Comercio al por menor de libros periódicos materiales y artículos de papelería y escritorio en establecimientos especializados* (...), y quien certifica en el documento calendado el 19 de diciembre de 2022, lo siguiente: "*De acuerdo a la contingencia mundial, en cuanto a las importaciones de materias primas indispensables para la respectiva fabricación de todos los derivados del papel, plásticos, así como las importaciones de elementos de oficina, de igual manera el alza significativa del dólar ha influido en que los precios de elementos están teniendo una variación al alza y escases de los mismos, debido a la baja producción y restricción en la comercialización de estos*".

Por lo anteriormente señalado, se evidencia que el mismo fue emitido por la sociedad INVERSIONES VADISA SAS, posterior al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, así como quien lo emite no ostenta la calidad de productor o fabricante de los elementos pendientes de entrega.

Ha señalado el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicado No. 73001233100020000265401(30026), calendado 12 de agosto de 2014, en la cual señaló lo siguiente frente al caso materia de estudio: *"(...) 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 (...)"*

Que en el estudio de los elementos estructurales de la figura de la **FUERZA MAYOR CASO FORTUITO**, no se encuentran presentes los elementos de **imprevisibilidad e irresistibilidad,** requeridos para proceder al reconocimiento de la causal de exoneración.

Conforme a los anteriores argumentos no se cumple para el Despacho el requisito de **IMPREVISIBILIDAD**, de los retrasos en el proceso de entrega de los útiles de oficina objeto de la presente actuación administrativa.

Ahora bien, en lo que respecta al elemento de **IRRESISTIBILIDAD** en cuanto el mismo atiende a evitar las consecuencia del hecho imprevisible, no obstante la adopción de los medios defensivos para evitarlos, la Subdirección reitera que el contratista no ejerció prudente ni razonablemente los mecanismos contractuales o alternativos requeridos para evitar el hecho que alega irresistible, pues es conocedor desde el inicio de la ejecución la evidente situación del mercado, ante lo cual guardó silencio, asumiendo unilateralmente el riesgo de la no entrega, al punto que solo acudió a la Entidad a solicitar prórroga del plazo de ejecución cuando este se encontraba vencido.

En lo que respecta a los mecanismos o medios alternativos tendientes a evitar el incumplimiento del contrato, no se advierte que se haya realizado dentro del plazo de ejecución, diligencia o actividad alguna diversa a la esperar la entrega de los elementos que reportaban un retraso inicial, por demás; la propuesta de entrega de los mismos fue realizada una vez vencido el plazo de ejecución puesta de presente a la entidad, por virtud de la iniciación de la presente actuación administrativa sancionatoria.

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía no encuentra probada la causal de exoneración de responsabilidad **FUERZA MAYOR CASO FORTUITO**, alegada por el contratista.

c. ES PROCEDENTE LA IMPOSICIÓN DE CLAUSULA PENAL, CUANDO NO SE ENCUENTRA DEMOSTRADO EL PERJUICIO ECONÓMICO DE LA ENTIDAD

Frente a la competencia que tiene la Entidad para imponer la clausula penal, decantada ha sido la discusión a instancias del Honorable Consejo de Estado, en la que se ha resaltado que la misma está **encaminada a resarcir los daños generados por el contratista incumplido.**

Ahora bien, frente a la viabilidad jurídica de imponerla, el Alto Tribunal ha precisado que "*la función que cumple la cláusula penal se dirige en principio, a tasar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento y desde ese ángulo su impacto adquiere un carácter* ***resarcitorio e indemnizatorio,*** *en ese orden, la multa como herramienta conminatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre el rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena.*

Con todo, en ambos casos su naturaleza genérica es de estirpe sancionatoria, en tanto se dirige a derivar consecuencias de una conducta antijurídica y censurable de uno de los extremos del contrato, consistente en la desatención de sus compromisos negociales.

De otra parte, cabe precisar que al tenor del artículo 1600 del Código Civil, no puede reclamarse a la vez la pena, entendida en su condición resarcitoria o compensatoria, y la indemnización de perjuicios, salvo que las partes así lo hayan acordado.

Se suma a lo expuesto que cuando la clausula penal se fija como instrumento de cuantificación adelantada de los perjuicios desencadenados por el incumplimiento, al afectado no le asistirá la carga de acreditar su ocurrencia y su cuantía, en tanto ese es precisamente el beneficio que se origina en su pacto antelado.

Para el caso que nos ocupa, con la suscripción del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022** las partes acordaron la tasación anticipada de perjuicios en la cláusula novena así:

"***CLAUSULA NOVENA -PENAL PECUNIARIA.*** *En caso de declaratoria de caducidad, incumplimiento total o parcial, mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del* ***CONTRATISTA****, o en firme y ejecutoriada sentencia judicial por la comisión de delitos contra la Adminisración pública o de cualqueira de los delitos contemplados en el literal j) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el* ***CONTRATISTA,*** *debe pagar a la* ***FISCALÍA*** *una suma equivalente hasta del 30% del valor total del Contrato, la cual podrá ser compensada con las sumas que adeude la* ***FISCALÍA****. El* ***CONTRATISTA*** *renuncia expresamente a todo requerimiento judicial, para efectos de constitución en mora.* ***PARÁGRAFO.*** *De manera previa a la declararia de incumplimento, la FISCALIA procederá de conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, salvo en los casos de contar con sentencia en firme y ejecutoriada por la comisión de delitos contra la administración pública u de cualquiera de los delitos contemplados en el literal j) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.*"

Ahora bien, en el marco del contrato objeto de estudio, la Entidad adquirió la papeleria y utiles de oficina, de los cuales no fueron recibidos los items 39 y 40 dentro del plazo de ejecución del contrato, es decir hasta el 30 de noviembre de 2022, por lo tanto, la FGN está plamente facultada para imponerla (previo agotamiento del procedimiento administrativo) la clausula penal, entendida esta como una "tasación anticipada de perjucios", ya que corresponde a una verdadera indemnización a favor de la parte cumplida, sin de deba probar el perjuicio causado.
Por lo expuesto, no le asiste razón a la apoderado de la aseguradora, indicar que la Entidad no puede imponer la cláusula penal por cuanto no se ha generado un perjuicio económico y que el mismo debe ser probado.

6.4. DOSIMETRIA DE LA SANCIÓN

Por lo anteriormente mencionado y una vez probado en el desarrollo de la presente actuación administrativa que el contratista no entregó a la Entidad los siguientes ítems:

ITEM	*PRODUCTO*	*PENDIENTES DE ENTREGA*
39	*PERFORADORA INDUSTRIAL*	*156*
40	*PERFORADORA MANUAL ESTANDAR*	*1000*

En el desarrollo de la actuación administrativa sancionatoria, se declare el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del contratista y se haga efectiva la Clausula Penal en la suma de **ONCE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS M/CTE ($ 11'539.813,52)** en aplicación a la siguiente fórmula:

Valor total incumplido: $38.466.045,08

Porcentaje suficiencia: 30%

S= $38.466.045,08 30%*
S= $11'539.813,52

Al respecto, es importante precisar que, de acuerdo con lo manifestado por el representante legal del contratista, frente a la entrega del ítem No. 7 correspondiente a los borradores para tablero, estos fueron entregados el día 15 de diciembre de 2022 y como consecuencia de ello, este Despacho ordenó la supervisión del Contrato de Compraventa No. **FGN-NC-0057-2022**, actualizar el informe de supervisión. Este último lo allegó mediante oficio Radicado No. 20227020001553 del 26 de diciembre de 2022, en el cual se precisó la tasación de la cláusula penal señalada en el párrafo precedente.

En consecuencia, la tasación de la cláusula penal corresponde a la suma de **ONCE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS M/CTE ($11'539.813,52).**

En hilo de lo expuesto, los requisitos señalados en el artículo 1077 del Código de Comercio, relativo a la "Cuantía de la Pérdida", precisa en Honorable Consejo de Estado[1] lo siguiente:

"*Cuando las partes estipulan el monto del resarcimiento para un caso futuro de incumplimiento o retardo, lo que están haciendo en la práctica y a eso endereza su voluntad es a liquidar previamente el daño resarcible y en ello consiste precisamente la función reparadora de la pena pecuniaria.* ***La importancia de incorporarla en el contrato radica en que la parte beneficiaria queda eximida de tener que probar los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de la otra parte"***

En razón a las consideraciones expuestas en los acápites anteriores, la Subdirectora Nacional de Gestión Contractual, en ejercicio de sus funciones legales y reglamentarias;

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA FGN-NC-0057-2022, suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y la sociedad **ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S.** con NIT 900.327.235-3., representada legalmente por el señor **DIEGO FERNANDO MEDINA GUERRERO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.777.737, cuyo objeto consiste en "***AQUIRIR PAPELERIA Y ÚTILES DE OFICINA CON DESTINO A LAS DEPENDENCIAS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN A NIVEL NACIONAL***".

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior **IMPONER A TÍTULO DE CLÁUSULA PENAL**, prevista en la Clausula -Novena del **CONTRATO DE COMPRAVENTA FGN-NC-0057-2022**, la suma de **ONCE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS M/CTE ($11'539.813,52),** con fundamento en la facultad legal prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 1º de la Resolución No. 0 2406 del 04 de julio de 2017.

[1] Tomando del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera -Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación No. 10264.

FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios

Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa por presunto incumplimiento al Contrato de Compraventa FGN-NC-0057-2022, suscrito entre la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y ESTRATEGIA & DEFENSA S.A.S. con NIT 900.327.235-3"

TERCERO: Dicha suma debe ser pagada por el **CONTRATISTA**, dentro de un término no mayor a diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta decisión, de lo contrario SE DISPONE que dicho valor sea cancelado por la aseguradora **MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**., con cargo al amparo de cumplimiento de la Póliza No. NV-100064898, dentro del término establecido por la Ley, en calidad de garante del **CONTRATO DE COMPRAVENTA FGN-NC-0057-2022**.

CUARTO: De conformidad con el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y el numeral 1° del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, se entiende notificada esta decisión en audiencia, frente a la cual procede el recurso de reposición, que se interpondrá, sustentará y decidirá en esta misma audiencia.

QUINTO: En firme la presente decisión, será comunicada a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y a la **CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**, para los efectos de registro y anotación pertinentes.

Dado en Bogotá D.C., a los once (11) días de enero de dos mil veintitrés (2023)

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE,

MARTHA SÁNCHEZ HERRERA
Subdirectora Nacional de Gestión Contractual

	Nombre	Firma	Fecha
Proyectó	Natalia Becerra Torres – Profesional de Gestión I		11-01-2023
Revisó	Olga Pilar Álvarez Mora – Profesional Especializado II		11-01-2023
Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.			