MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
EJÉRCITO NACIONAL

CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA CENAC AVIACIÓN

RESOLUCIÒN Nº 533

(15 DE JULIO DE 2019)

POR MEDIO DEL CUAL SE REVOCA LO DISPUESTO EN RESOLUCIÓN No. 210 DEL 28 DE FEBRERO DE 2019 EXPEDIDA POR LA CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA DE AVIACIÓN DEL EJÉRCITO.

EL SEÑOR DIRECTOR DE LA CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA CENAC AVIACIÓN

En uso de las facultades legales y en especial las que le confiere Resolución N° 1549 del 06 de Marzo de 2015 y la Resolución No. 3715 del 5 de mayo del 2016 y la emanada del Ministerio de Defensa Nacional.

C O N S I D E R A N D O

I. ASUNTO

Corresponde al DIRECTOR DE LA CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA CENAC AVIACIÓN resolver el recurso de reposición interpuesto por la Abogada ASTRID MARIA SOLANO SOLANO, identificada con C.C. No. 49.732.819 apoderada especial de la empresa S.3 INTERNATIONAL LL.C., con identificación 2005614-594-546-0, y el Garante SEGUROS DEL ESTADO S.A., a través del abogado ALEXANDER MARRUGO TILANO identificado con C.C. No. 1.016.009.231, contra la Resolución No. 210 del 28 de febrero de 2019, por medio de la cual se sancionó a la empresa S.3 INTERNATIONAL LL.C.

II. HECHOS

1. Que el contrato No. 250-CENACAVIACION-2018, estipuló en su CLÁUSULA SEXTA un plazo de ejecución hasta el día 30 de noviembre de 2018.

2. Que el valor total del contrato: es hasta por la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y OCHO DÓLARES CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (US $647.058,82).

3. Que el citado contrato No. 250-CENACAVIACION-2018, se encuentran amparado con la Garantía única de Cumplimiento No. 18-44-101057448 anexo 0 expedida por la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., con la siguiente vigencia y valor de los amparos:

GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO			
AMPAROS	**DESDE**	**HASTA**	**VALOR**
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	31/08/2018	30/05/2019	US$129,411.77
CALIDAD DE LOS ELEMENTOS	30/11/2018	30/11/2019	US$129,411.77
CALIDAD DEL SERVICIO	30/11/2018	30/05/2019	US$194,117.65
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	31/08/2018	30/11/2021	US$32.352.94

4. Que el día 04 de diciembre de 2018 el supervisor del contrato Sr. MY. JHADERSON TORRES ENCISO emite Informe de presunto incumplimiento de la empresa S3 INTERNATIONAL LLC.

5. Que, de conformidad con lo anterior, mediante citación y pliego de cargos de fecha cuatro (04) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), se inició el proceso administrativo sancionatorio contra la S3 INTERNATIONAL, LLC.

6. Que de acuerdo a lo anterior, y con el fin de garantizar los derechos de defensa y contradicción del contratista, legado el día, se dio inicio a la audiencia de que trata el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011, en observancia de lo previsto en el Art. 17 de la Ley 1150 de 2007 y Art. 29 Constitucional, en contra de la empresa S3 INTERNATIONAL, LLC., con identificación 2005614-594-546-0, y cuyo apoderado en Colombia es el señor CAMILO ANDRES ANGEL URIBE, identificado con cédula No. 438.275 de Bogotá, por el presunto incumplimiento del Contrato de prestación de servicios No. 250-CENACAVIACION-2018 cuyo objeto es la "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE REPARACIÓN DE COMPONENTES HIDRÁULICOS PARA LOS HELICÓPTEROS BLACK HAWK DE LA AVIACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL".

7. En la oportunidad para rendir descargos el contratista manifiesta a través del Sr. NESTOR DANIEL PEÑA en calidad de apoderado del contratista manifiesta lo siguiente:

   Por fuerza mayor o caso fortuito, no es posible entregar los elementos toda vez que al momento de abrir los componentes se evidenciaron daños mayores, por lo cual los tiempos de entrega no son posibles cumplir. Que se solicitó prioridad para dichos elementos realizando todas las acciones tendientes a dar cumplimiento. Sin embargo, MOOG manifestó

que existen otros elementos del gobierno americano que tienen prioridad.

Por lo anterior, la situación de retardo se debió a un hecho ajeno a su voluntad y que realmente todo obedece al incumplimiento por parte del taller reparador en estados unidos. Y que los elementos objeto de reparación se les solicito prioridad, pero aún no existe respuesta clara por parte del taller

8. Que el garante no asistió ni a la primera ni segunda audiencia y fue debidamente notificado.

9. Que llegado el día 28 de febrero de 2019 en reanudación de la audiencia tampoco hizo presencia ni se excusó el apoderado de seguros del Estado S.A., y envía en calidad de agente oficioso a la ABG FANNY AIDEE ZAMUDIO identificada con CC No. 52.709.334, TP No. 204814 del CSJ.

10. Mediante Resolución No. 210 de fecha 28 de febrero de 2019, por medio de la cual se sancionó a la empresa contratista S3 INTERNATIONAL LLC., con la pena penal pecuniaria dispuesta en la CLAUSULA DECIMA SEGUNDA del contrato 250-CENACAVIACION-2018, por el incumplimiento definitivo del 84,14%, del contrato.

11. La Resolución No. 210 de fecha 28 de febrero de 2019, expedida por la entidad fue notificada en audiencia del 28 de febrero de 2019.

12. Que en audiencia el garante y el contratista solicitan un término de 15 días para resolver el recurso, lo cual fue de recibo por el ordenador del gasto.

13. Por medio de correo electrónico, la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., allega escrito de fecha 11 de marzo de 2019 en el cual indica que la sanción impuesta no procede.

14. Por medio de radicado No. 2019-180-563974-2 de fecha 14 de marzo de 2019, la empresa contratista S3 INTERNATIONAL LLC., allega escrito en el cual reitera que el proceso administrativo sancionatorio ya resuelto no procede.

15. Que por solicitud del contratista, se otorga espacio para presentar el recurso en audiencia, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

16. Que conforme lo anterior fueron convocados nuevamente al contratista y su garante

17. Que el día 10 de abril de 2019, se reanuda la audiencia con el fin de presentar las pruebas allegadas por el contratista dentro del recurso de reposición de fecha 14 de marzo de 2019, en razón a lo consagrado en el artículo 79 del código administrativo y de lo contencioso administrativo.

III. ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

DEL CONTRATISTA

Bogotá, 27 de mayo de 2019.

Señor:
OMAR ERNESTO ROMERO GONZALEZ
Director Central Administrativa y Contable Especializada de Aviación – CENAC
Ejército Nacional de Colombia
Ciudad.-

REFERENCIA: ARGUMENTOS CONTRA LA RESOLUCION 210 DE FECHA 28 DE FEBRERO DE 2019 PRESENTADOS EN AUDIENCIA PUBLICA POR LA APODERADA ESPECIAL DE LA EMPRESA S3 INTERNATIONAL.

ASTRID MARIA SOLANO SOLANO, en mi condición de apoderada especial de la empresa S3 INTERNATIONAL, según poder otorgado el 2 de abril de 2019 por el señor **CAMILO ANGEL URIBE** como representante en Colombia de dicha empresa, me permito presentar argumentos adicionales que reafirman los presentados el 14 de marzo de 2019, en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de Incumplimiento expedida dentro del proceso sancionatorio iniciados por la entidad en desarrollo del contrato de prestación de servicios No.250-CENACAVIACION-2018 de 2018 cuyo objeto es la PRESTACION DE SERVICIOS DE REPARACION DE COMPONENTES HIDRAULICOS PARA LOS HELICOPTEROS BLACK HAWK DE LA AVIACION DEL EJERCITO NACIONAL. Estos argumentos son expuestos en oportunidad legal, teniendo en cuenta que la ley de contratación exige que se presenten en audiencia pública y esta sólo se continuó por el CENAC hasta el día de hoy 27 de mayo de 2019.

1. **RATIFICACION DE LO EXPUESTO EN EL RECURSO PRESENTADO EL 14 DE MARZO DE 2019, LO QUE RESUMIMOS ASÍ:**

   1.1. FALTA DE MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO:

   Esta falta de motivación la expusimos en dos sentidos:

   1.1.2. LA NO CONSIDERACION DE LA FUERZA MAYOR COMD EXONERANTE DE RESPOSANBILIDAD:

La administración no analizo de fondo los argumentos expuestos por el contratista cuando manifiesta como circunstancias de fuerza mayor el hecho de que los desgastes encontrados en los componentes fueron mayores y no hacen parte de los procesos de reparación estándar del fabricante. Este hecho fue simplemente desconocido por la entidad, manifestando que solo que "esas fallas eran fallas previsibles".

Sobre el particular vale la pena manifestar que cuando se estructura un proceso de contratación como el que nos ocupa, se vuelve exigencia legal establecer los riesgos propios de la contratación, tanto para la entidad contratante como para el contratista. Desde el estudio previo debió considerarse por la entidad una visita obligatoria por parte de oferentes de los elementos hidráulicos a reparar, con el fin de que este tuviera la oportunidad de inspeccionar y mirar el alcance de los daños, para así poder presentar una oferta económica ajustada a sus condiciones y en ese orden de ideas podría, sí asumir el riesgo de todos los daños mayores o menores.

Esta visita nunca se previó ni en el estudio previo ni en la solicitud de oferta, de allí que mal haría la administración pretender que su omisión pudiera tener efectos jurídicos frente al contratista, puesto que las condiciones al momento de proponer deben mantenerse hasta el final del contrato sopena de afectar el equilibrio económico del mismo, precisamente por el incremento de tareas y de elementos reparables que deben ser colocados.

Por la situación expuesta, el contrato en su ejecución ha superado el objeto contratado que era la REPARACION DE COMPONENTES HIDRAULICOS, en la medida en que lo que se ha hecho por parte del contratista es hacer un OVERHAUL de dichos componentes, que es en términos generales un tratamiento regenerativo y de correcciones, que implican un nivel superior de mantenimiento para dejar el componente en condición de aeronavegabilidad, realizando para ello, tareas mayores y de más profundidad que una reparación preventiva.

Con oficio No.0836 de fecha 28 de noviembre de 2018 el Supervisor el Contrato, solicita al contratista solicita como soporte para conceder la prorroga "la documentación soporte de la inspección realizada", frente a lo cual el contratista responde con comunicación del 30 de noviembre de 2018 adjuntando todos los soportes técnicos de la inspección realizada a los materiales de S3 INTERNATIONAL como contratista que es.

No obstante cumplir con entregar lo solicitado por el supervisor y ante la premura del vencimiento del plazo de entrega, el supervisor una vez más solicita otro documento, puesto que para él no es posible dar la prorroga porque "no se soporta técnicamente con un manual y/o el aval por parte de un inspector técnico", y esto lo dice el día en que se vencía es decir con oficio No. 0844 del 30 de noviembre de 2018. El contratista da respuesta anexando el aval de MOOG y no se tuvo en cuenta por el supervisor, ni por la entidad. No entendemos porque el supervisor no solicito los documentos en un mismo momento y porque no fueron analizados de forma objetiva los documentos en su oportunidad, pues la prorroga estaba más que sustentada y con los documentos que el mismo supervisor solicitó.

1.1.2. **NO CONSIDERAR EL HECHO DE UN TERCERO COMO EXONERANTE DE RESPONSABILIDAD:**

En bien sabido por lo que han manejado las compras con el Gobierno Norteamericano que en tratándose de bienes de condición militar, este Gobierno impone siempre al país receptor, el Manual de prioridad y asignación del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, en el cual existe un capítulo de tener prioridad frente a las exigencias del Gobierno de USA, lo que es un hecho aceptado por los países compradores y ante lo cual cualquier fabrica debe acceder.

Lo anterior es un hecho de un tercero que escapa de la voluntad del contratista y que no puede oponerse al mismo puesto que es la normatividad existente en su país y que obliga al fabricante aceptarlo en las condiciones y las Fuerzas Militares de Colombia lo saben y lo aceptan.

2. IMPROCEDENCIA DE DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y COBRAR LA PENA PECUNIARIA:

En la parte II CONSIDERACIONES DEL DESPACHO página 4 del acto administrativo recurrido, se menciona que el contrato feneció, lo que no es cierto, puesto que el contrato tiene una vigencia de 4 meses más al plazo de entrega, es decir que su vida jurídica era hasta el 30 de marzo de 2019.

Para el caso de ejercer las facultades sancionatorias de la entidad, no se puede confundir el plazo de ejecución del contrato con la vigencia del contrato.

El plazo de ejecución es el otorgado al contratista para que cumpla con la entrega de los bienes objeto del contrato. En el caso sub-examine dicho plazo es 30 de noviembre de 2018.

El plazo de vigencia del contrato, es el mismo plazo de duración, el cual se establece con el fin de que el acuerdo de voluntades tenga vida jurídica y no termine las obligaciones de las partes pendientes por ejecutar. Este plazo en el caso sub-examine es hasta el 30 de marzo de 2019.

El acto sancionatorio contenido en la Resolución 210, en el cual la administración declara el incumplimiento y ordena el pago de la penal pecuniaria se expidió el 28 de febrero de 2019, está viciado de nulidad no solo por la falta de motivación como ya se indicó, sino también porque a la fecha de su expedición era improcedente declarar el incumplimiento del contrato y ordenar el pago de la pena pecuniaria, cuando lo que procedía era la mutas sucesivas con el fin de apremiar al contratista al cumplimiento del contrato, tal como lo indica el contrato de prestación de servicios No. 250 CENACAVIACION-2018, en su cláusula Décima Primera SANCIONES.

3. LA FALTA DE PRUEBA DE LA CULPABILIDAD DEL CONTRATISTA:

La culpabilidad como elemento fundamental de la responsabilidad no está presente en ningunas de los hechos expuestos como justificante del no cumplimiento del plazo de entrega, por lo que bajo estos postulados legales se exonera a la empresa S3 INTERNATIONAL, de cualquier imputación de incumplimiento del contrato contra el cual no se podrá cobrar la pena pecuniaria como indemnización de perjuicios. El contratista siempre ha tenido la intensión de cumplir el contrato pues ha hecho entrega de los hidráulico reparados cumpliendo con más de lo que la misma reparación implicaba, pues se les hizo Overhoul y en estos momentos queda un porcentaje menos por entregar.

En consecuencia, en los hechos expuestos para declarar el incumplimiento del contratista no están presente dos de los elementos fundamentales de la responsabilidad como es la culpabilidad y el nexo casal entre la culpa y el daño. Es importante manifestar a la entidad que el poder sancionatorio de la administración también tiene sus límites en la estructura de la responsabilidad civil cuyos elementos esenciales son:

1. El Hecho
2. La Culpa
3. El Nexo causal
4. El Daño

En consecuencia, sobre la Sanción Administrativa hay pronunciamientos del Consejo de Estado en el cual se ha acogido los límites del poder coercitivo del Estado y que vale la pena traer a colación apartes de las mismas así:
En sentencia en la que se trató el tema de la ACTUACION SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION se dijo que:
"La aplicación de los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son predicables de toda actuación sancionatoria confiada a la Administración; ahora bien, no se trata de una aplicación idéntica a la que realiza el derecho penal, en razón a que éstos deben modularse para acomodarse a las particularidades de la actuación administrativa. A su vez, la construcción general de una teoría de la infracción administrativa no implica desconocer que cada ámbito de la administración presenta especificidades que conllevan a la necesidad de un análisis sectorial de los mencionados principios. (...)
La culpa se constituye en el factor exclusivo de atribución en el ámbito sancionatorio. Por contera, la posibilidad de declarar responsabilidad depende en todo momento de la necesaria realización de un juicio de reprochabilidad que implica que sólo actúa culpablemente aquella persona que de acuerdo con el ordenamiento jurídico podía proceder de otra manera; por consiguiente, luego de este juicio genérico de culpabilidad si procede aplicar técnicas concretas para su determinación (imputación propiamente dicha) precisando (de acuerdo con el injusto) si el comportamiento se realizó a título de dolo o culpa. (...) salvo disposición expresa en contrario, al operador administrativo corresponde constatar la existencia del elemento culpabilidad y para ello debe acreditar tres componentes: 1. La imputabilidad, toda

vez que debe establecer que el sujeto pasivo del poder punitivo tiene la capacidad de responder; 2. La relación psíquica entre el administrado sobre el que recae la sanción y el hecho descrito como infracción administrativa. En otros términos debe establecer la intención y determinar si se actuó a título de dolo o culpa, y; 3. La no existencia de supuestos facticos que excluyan la responsabilidad. (...) la exigencia de culpabilidad tiene como manifestación en el derecho administrativo sancionatorio el principio de personalidad de las sanciones, mediante el cual se impone un límite al ius puniendi del Estado comoquiera que la responsabilidad derivada del ilícito administrativo no puede extenderse a un sujeto distinto del infractor, llegar a una conclusión distinta supondría suprimir la exigencia de dolo o culpa en la realización del supuesto de hecho prohibido en la norma.

La culpabilidad comprende un principio de atribuibilidad, es decir que debe constatarse que los hechos se cometieron a título de dolo o culpa. En principio podría pensarse que se trata de una aplicación idéntica a la realizada en el derecho penal, no obstante, al igual que ocurre con los restantes componentes de la infracción (tipicidad y antijuridicidad) es necesario compatibilizar la garantía reconocida en cabeza del ciudadano con el interés público o colectivo que gestiona el aparato administrativo, ecuación que sólo puede conducir a una matización de la construcción penalista y a la identificación de reglas claras que aporten sustantividad al derecho administrativo sancionatorio".

En consecuencia la conducta objeto de sanción administrativa debe ser culpable, esto con fundamentos en el artículo 29 de la constitución política preceptúa que "*...Nadie podrá ser juzgado sino conforme al acto que se le imputa"* y que toda persona "*se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable."* Como puede observarse tratándose del ejercicio del *ius puniendi* el derecho al fundamental al debido proceso exige no sólo que se presente el comportamiento descrito en el ordenamiento jurídico como infracción y que se ponga en peligro (concreto o abstracto) o se lesione un bien jurídico sino además que dicha acción y omisión sea imputable, por lo cual la autoridad sancionatoria debe realizar un juicio de reproche (salvo contadas excepciones) que consiste no sólo en constatar la ocurrencia material de un hecho sino también en cerciorarse que ésta presente el elemento subjetivo del tipo, es decir acometer la labor de comprobar si quien realizó la conducta tenía conocimiento de su obrar ilegal (aspecto intelictivo) y si buscaba o podía prevenir el resultado generado (aspecto volitivo). [1].

En el caso sub-examine ninguna de las circunstancia expuestas como exonerantes de responsabilidad por parte de S3 INTERNATIONAL, podían ser conocidas previamente por el contratista y adicionalmente le era imposible evitarlas o prevenirlas pues como ya se manifestó su voluntad no estaba inmersa en ellas y estaban fuera de su control.

---

[1] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T – 330 de mayo 4 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Así las cosas, en términos generales, la culpa *se constituye en el factor exclusivo de atribución en el ámbito sancionatorio*[2]. La posibilidad de declarar responsabilidad depende en todo momento de la necesaria realización de un juicio de reprochabilidad que implica que sólo actúa culpablemente aquella persona que de acuerdo con el ordenamiento jurídico podía proceder de otra manera; por consiguiente, luego de este juicio genérico de culpabilidad si procede aplicar técnicas concretas para su determinación (imputación propiamente dicha) precisando (de acuerdo con el injusto) si el comportamiento se realizó a título de dolo o culpa[3].

Aunado a lo anterior, no es posible cobrar un perjuicio a través de la cláusula penal, cuando este no se ha causado pues nadie puede enriquecerse sin justa causa. El enriquecimiento sin causa como su nombre lo indica es una figura jurídica contemplada en el código de comercio, a través de la cual podemos recuperar algo que una persona obtiene sin motivo alguno, y que se puede decir que nos pertenece. El código de comercio aplicable también en materia administrativa, establece que nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas del otro.

El Consejo de Estado en sentencia del 22 de julio de 2009 manifestó que: "*El enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso son dos instituciones distintas, cuya diferencia se concreta en la idea de que el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada; mientras que la actio in rem verso es la figura procesal a través de la cual se maneja la pretensión que reclama los efectos de la vulneración de dicho principio general. La prohibición del enriquecimiento injustificado tiene soporte en el artículo 8 de la ley 153 de 1887. De esta manera, el origen de la figura ha sido doctrinario y jurisprudencial, pues, como puede verse, la norma no contempla de manera expresa la institución, pero han sido estas otras fuentes del derecho quienes han formulado la regla, tal como se conoce hoy en día. Sin embargo, con el paso del tiempo, el derecho comercial positivizó la figura en el artículo 831, de la siguiente manera: "Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro". El enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso son dos instituciones distintas, cuya diferencia se concreta en la idea de que el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada; mientras que la actio in rem verso es la figura procesal a través de la cual se maneja la pretensión que reclama los efectos de la vulneración de dicho principio general. La prohibición del enriquecimiento injustificado tiene soporte en el artículo 8 de la ley 153 de 1887. De esta manera, el origen de la figura ha sido doctrinario y jurisprudencial, pues, como puede verse, la norma no contempla de manera expresa la institución, pero han sido estas otras fuentes del derecho quienes han formulado la regla, tal como se conoce hoy en día. Sin embargo, con el paso del tiempo, el derecho comercial positivizó la*

---

[2] CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 589 a 591.
[3] DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. Constitución y Derecho... *Ob. Cit.* Pág. 287

Por lo anterior la culpabilidad en la sanción impuesta al contratista S3 INTERNACIONAL no existió y no está probada por la administración, en consecuencia, no puede ser impuesta.

4. **CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y ENTREGA DE LOS ELEMENTOS FALTANTES:**

La intención del contratista siempre ha sido cumplir con el contrato, es decir entregar los elementos reparados en su integridad. Es por ello que reiteramos que los últimos 5 elementos serían entregados en el mes de julio de 2019 tal como se ha venido manifestando en las diferentes reuniones y escritos presentados.

No obstante estar amparados en exonerantes de responsabilidad, nuestra compañía S3 international, está dispuesta a ofrecer como un plus al contrato sin costo para el Ejército Nacional, algún tipo de requerimiento técnico que tenga como finalidad satisfacer alguna necesidad de la entidad, para lo cual estaremos en la mejor disposición de cumplir.

PETICIONES:

PRIMERA: Revocar el acto administrativo No. 210 del 28 de febrero de 2019.

SEGUNDA: Ordenar recibir a satisfacción los elementos que ya se encuentran reparados y los que están por reparar.

ASTRID MARIA SOLANO SOLANO
Apoderada Especial

DEL GARANTE

SEGUROS DEL ESTADO S.A. NIT. 860.009.578-6 solicitando se REVOQUE la decisión de tal Acto Administrativo, o subsidiariamente se MODIFIQUE y ACLARE, con fundamento en los siguientes:

HECHOS

1. Que la Central Administrativa y Contable Especializada - CENAC AVIACIÓN, dio a inicio al proceso administrativo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Aceptación de Oferta No. 250-CENACAVIACION-2018, suscrito entre el Ejército Nacional CENAC Aviación y la Empresa S3 International para la "Prestación de servicios de reparación de componentes hidráulicos para los helicópteros Black Hawk de la Aviación del Ejercito Nacional.

2. Que adelantada la audiencia por parte de CENAC AVIACIÓN practicadas las pruebas pertinentes dentro del proceso, la Entidad emitió la Resolución 210 del 28 de febrero de 2019.

3. La resolución recurrida declaró el incumplimiento del Contrato No. 250-CENACAVIACION-2018 e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de TRESCIENTOS SETENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO M/CTE ($370.231.998,00), por inejecución del contrato en un porcentaje de 84,14%.

   De acuerdo con los hechos expuestos anteriormente, me permito interponer Recurso de Reposición basado en los siguientes:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

ARGUMENTO PRINCIPAL

LIMITACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN AL PERJUICIO REALMENTE PADECIDO

De conformidad con el informe de supervisión denominado "Informe de Incumplimiento Contrato 250-CENACAVIACION-2018" del 4 de diciembre de 2018, nos permitimos hacer las siguientes precisiones:

Resulta pertinente hacer unas precisiones frente al seguro de cumplimiento y la relevancia del artículo 1077 del Código de Comercio y posteriormente realizar un análisis del caso en concreto que permita tener de su parte la claridad necesaria para proseguir con el estudio del caso.

La culpabilidad como elemento fundamental de la responsabilidad no está presente en ningunas de los hechos expuestos como justificante del no cumplimiento del plazo de entrega, por lo que bajo estos postulados legales se exonera a la empresa S3 INTERNATIONAL, de cualquier imputación de incumplimiento del contrato contra el cual no se podrá cobrar la pena pecuniaria como indemnización de perjuicios. El contratista siempre ha tenido la intensión de cumplir el contrato pues ha hecho entrega de los hidráulico reparados cumpliendo con más de lo que la misma reparación implicaba, pues se les hizo Overhoul y en estos momentos queda un porcentaje menos por entregar.

En consecuencia, en los hechos expuestos para declarar el incumplimiento del contratista no están presente dos de los elementos fundamentales de la responsabilidad como es la culpabilidad y el nexo casal entre la culpa y el daño. Es importante manifestar a la entidad que el poder sancionatorio de la administración también tiene sus límites en la estructura de la responsabilidad civil cuyos elementos esenciales son:

1. El Hecho
2. La Culpa
3. El Nexo causal
4. El Daño

En consecuencia, sobre la Sanción Administrativa hay pronunciamientos del Consejo de Estado en el cual se ha acogido los límites del poder coercitivo del Estado y que vale la pena traer a colación apartes de las mismas así:
En sentencia en la que se trató el tema de la ACTUACION SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION se dijo que:
"La aplicación de los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son predicables de toda actuación sancionatoria confiada a la Administración; ahora bien, no se trata de una aplicación idéntica a la que realiza el derecho penal, en razón a que éstos deben modularse para acomodarse a las particularidades de la actuación administrativa. A su vez, la construcción general de una teoría de la infracción administrativa no implica desconocer que cada ámbito de la administración presenta especificidades que conllevan a la necesidad de un análisis sectorial de los mencionados principios. (...)
La culpa se constituye en el factor exclusivo de atribución en el ámbito sancionatorio. Por contera, la posibilidad de declarar responsabilidad depende en todo momento de la necesaria realización de un juicio de reprochabilidad que implica que sólo actúa culpablemente aquella persona que de acuerdo con el ordenamiento jurídico podía proceder de otra manera; por consiguiente, luego de este juicio genérico de culpabilidad si procede aplicar técnicas concretas para su determinación (imputación propiamente dicha) precisando (de acuerdo con el injusto) si el comportamiento se realizó a título de dolo o culpa. (...) salvo disposición expresa en contrario, al operador administrativo corresponde constatar la existencia del elemento culpabilidad y para ello debe acreditar tres componentes: 1. La imputabilidad, toda

1.1. Naturaleza - Características principales.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han realizado extensos pronunciamientos sobre el seguro de cumplimiento, su naturaleza jurídica y características principales.

El primer punto en el que convergen unánimemente es el de su clasificación, pues, no existe discusión alguna en ubicarlo dentro de los denominados seguros de daños, ya que pretende restablecer aquella pérdida en el patrimonio del asegurado, por causa del incumplimiento en la debida ejecución de un contrato por parte del deudor (contratista garantizado), siempre y cuando –como pasará a explicarse- se confirme, una serie de requisitos.

Entonces, su razón de ser es:

> *"Amparar daños patrimoniales, **donde la responsabilidad de la compañía aseguradora es el pago de una indemnización, limitada al monto del valor asegurado y hasta la concurrencia del perjuicio patrimonial que demuestre haber sufrido el asegurado**, como consecuencia del incumplimiento del contrato o de las obligaciones garantizadas" (Mendoza y García, 2009).*

Por tratarse de un seguro de daños, a este seguro de cumplimiento, le aplica el principio indemnizatorio, previsto en el artículo 1088 del Código de Comercio, en consecuencia, tal como lo señala la sentencia del 12 de diciembre de 2006 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 68001 31 03 001 2000 00137 01 con Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla:

> *"Éste (el seguro) se activa alrededor de un evento ineludible: El daño y este, a su turno, habrá de ser generador de pérdidas económicas representadas en el perjuicio, cuyo valor será el que llegue a afectar el patrimonio del titular del interés asegurable: El asegurado".*

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en Sentencia del 17 de julio de 2006 Exp. 17191, con M.P. Cesar Julio Valencia Copete, indicando entre otras cosas, lo siguiente:

> *"El contrato de seguro de daños, según desde el ángulo que se le mire, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado, o puede entrañar ganancia, pero solo para el asegurador. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurado suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra sí, a través del contrato de*

seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufra en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Por lo expuesto se determina que la pretensión encaminada a afectar la póliza de seguro de cumplimiento debe ineludiblemente a dos supuestos: primero, la solicitud de afectación no puede exceder el monto máximo de valor asegurado, y segundo, debe corresponder estrictamente al menoscabo padecido.

Interpretar de manera distinta lo establecido por la jurisprudencia y la norma generaría un enriquecimiento injustificado, desconociendo el principio indemnizatorio previamente aludido.

De otra parte y en concordancia con lo señalado previamente, se encuentra que la Aseguradora puede válidamente limitar la responsabilidad que asume, en caso de verificarse la condición suspensiva a la que se sujetó el surgimiento de la obligación resarcitoria a su cargo, mediante el establecimiento de la *"suma asegurada"* o *"valor asegurado"*.

Así las cosas, para que se considere ocurrido el siniestro (riesgo asegurable), de manera concomitante se debe generar un daño directo, cierto, previsible y actual, que afecte el patrimonio -denominado perjuicio- de quien ostenta la calidad de Asegurado y tiene en su cabeza el denominado interés asegurable.

A la vez, se deberá dar aviso a la aseguradora de tal circunstancia, cumpliendo la carga probatoria señalada en el artículo 1077 del Código de Comercio, como se pasa a explicar a continuación:

1.2. Carga de la prueba del asegurado/beneficiario.

Aclarados los parámetros legales que gobiernan al seguro de cumplimiento, resulta necesario realizar ciertas precisiones frente al punto central del párrafo anterior, esto es, la reclamación, y la consecuente carga de la prueba que le asiste a quien tiene interés asegurable y ha sufrido el perjuicio objeto de reclamo, es decir, la CENAC AVIACIÓN.

Profundizando, el artículo 1077 del Código de Comercio, expresa:

"Artículo 1077. Carga de la prueba. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso."

-

De lo citado se desprenden dos situaciones que deben ser acreditadas al momento de solicitar la afectación de la Póliza.

El primero, acreditar la ocurrencia del siniestro de acuerdo con lo normado en los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio:

"(...) En efecto, se desprende del análisis de esta disposición que absolutamente en todo tipo de seguros debe acreditarse la existencia del siniestro, para lo cual se utilizarán los medios probatorios idóneos para el fin (...) en fin, no existe un medio exclusivo, único para acreditar esa ocurrencia del siniestro, de ahí que consideremos que por cualquier medio probatorio idóneo que lleva al asegurador la plena certeza acerca de la existencia del siniestro cumple con esta obligación el asegurado o beneficiario".

El segundo, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia y por la doctrina, como lo hace el doctor Jorge Eduardo Narváez Bonnet, en su libro "El Seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones", Editorial Ibañez, 2011. Pag 433, es necesario demostrar o tasar la pérdida cuya indemnización se reclama:

> "En los seguros de daños tiene además el asegurado o beneficiario una obligación adicional, la de demostrar la cuantía de la pérdida".

Como complemento de lo anterior, Colombia Compra Eficiente, que tiene dentro de sus funciones otorgadas por el Decreto Ley 4170 de 2011, la absolución de consultas sobre la aplicación de las normas y expedir circulares sobre la materia ha señalado por medio de Concepto con Respuesta a Consulta No. 4201913000000217 del Fondo de Adaptación señaló:

*"De acuerdo con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 la Entidad Estatal tiene el deber de identificar y cuantificar los perjuicios que le pueda causar el incumplimiento de su contratista. La cuantificación del perjuicio se llevará a cabo de acuerdo con las particularidades propias de cada incumplimiento. **Si de dicho incumplimiento, la entidad concluye que no se deriva perjuicio económico, no podrá hacer efectiva la cláusula penal si esta fue pactada, toda vez que su naturaleza corresponde a una estimación anticipada de perjuicios, y no puede por esta vía indemnizar un perjuicio que no se ha causado**. En consecuencia, la Entidad Estatal podrá declarar el incumplimiento sin hacer efectiva la cláusula penal."* (Cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto original

Recapitulando, se requiere acreditar el siniestro y la cuantía de la pérdida que se pretende sea indemnizada, sin que tal deber se satisfaga con una simple mención, desprovista de soporte probatorio.

En el presente caso, CENAC AVIACIÓN realiza una cuantificación de perjuicios establecida en la suma de $370.231.998,00 sin demostrarlos adecuadamente, pues al entenderse que la naturaleza de la cláusula penal es hacer efectiva la tasación anticipada de perjuicios, resulta estrictamente necesario comprobar el detrimento sufrido por la Entidad o de lo contrario deberá desistir de hacer efectiva la cláusula penal.

Como argumento de la declaratoria del incumplimiento, la Entidad señala que *"(...) De acuerdo con las anteriores consideraciones y en el marco del presente debido proceso se evidencia falta de diligencia y certeza del contratista en el cumplimiento del objeto contractual (...)"* (Cursiva fuera de texto original).

Sobre esta afirmación es necesario señalar, de acuerdo con el primer punto de la exposición que acabo de hacer, que dicha cuantía no corresponde a un perjuicio realmente padecido por CENAC AVIACIÓN, sino que, por el contrario, obedece al valor total de la cláusula penal, sin aplicar criterios de proporcionalidad.

Así las cosas, con cargo a la Póliza de Cumplimiento, se limita la posible indemnización al valor real del perjuicio padecido por la entidad asegurada, en atención al carácter indemnizatorio del seguro de cumplimiento, observando en este caso, la inexistencia del perjuicio pretendido.

Por lo anterior, la pretensión del cobro de la suma de $300.000.000 como perjucios por parte de CENAC AVIACIÓN con cargo al amparo de cumplimiento viene fundada en la consideración tenida por la Entidad, con sustento en una estimación o cuantificación relacionada con unos INCONVENIENTES causado por la demora en la entrega de la obra.

Y estos inconvenientes relacionados con el monto del supuesto perjuicio padecido a través en una cifra sobre la cual CENAC AVIACIÓN no ha realizado erogación de dinero alguna y además, sobre unos perjuicios que no ha sufrido.

Ello desconoce naturalmente el principio indemnizatorio que regula los seguros de daños y dentro de ellos el seguro de cumplimiento, pues únicamente será objeto de reconocimiento el valor del perjuicio efectivamente padecido, encontrando que a la fecha, CENAC AVIACIÓN no ha sufrido detrimento patrimonial alguno con ocasión del presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo de la firma contratista.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia de Justicia en sentencia de 24 de mayo de 2000, determinó la naturaleza de los seguros de cumplimiento y la exigencia de la causación efectiva del perjuicio como elemento de su esencia, criterio que fue reiterado en idénticos términos en sentencia de 12 de diciembre de 2006, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

"Reitera la Corte que los seguros como el de cumplimiento -que por naturaleza corresponden a los seguros de daños - implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños." (Cursiva fuera de texto)

En sentencia de 17 de julio de 2006[3] reiteró lo siguiente:

"(...) este tipo de seguro, conforme con su naturaleza y regido por el principio indemnizatorio , tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, como el incumplimiento de la obligación amparada o garantizada; de manera que la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio, que en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta la concurrencia, claro está, de la suma asegurada." (Cursiva fuera de texto)

De estos lineamientos jurisprudenciales, mediante los cuales se precisa el contenido y alcance del artículo 1088 del Código de Comercio, claramente se colige lo siguiente:

1. La garantía de cumplimiento de los contratos es una especie del seguro de daños;
2. Dada la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños no basta que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste haya causado un daño al patrimonio del acreedor (entidad asegurada) el cual debe ser resarcido.
3. El monto que indemnizar por parte del asegurador no necesariamente es el que corresponde al valor asegurado o a un valor estimado, sino aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor (entidad asegurada)

Por este respecto carece de fundamento legal la pretensión de afectación de la Póliza de cumplimiento con base en un valor hipotético o "estimado" y no referido al valor real del perjuicio sufrido, que, dicho sea de paso, a la fecha CENAC AVIACIÓN no lo ha padecido.

Esta situación merece reproche por parte de la Aseguradora por las siguientes dos razones: la primera porque no se ha causado perjuicio alguno toda vez que la suma reclamada corresponde a un valor ESTIMADO mas no SUFRIDO o PADECIDO; y la segunda porque, si en gracia de discusión ese perjuicio económico sí se hubiera causado, no están debidamente soportados con facturas, comprobantes de egreso, contratos, etc.

SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Por lo anterior, se insiste en que no hay razón para que la CENAC AVIACIÓN, NO teniendo NI UNOS perjuicios sufridos a la fecha, pretenda cobrar los mismos a la Aseguradora y al contratista, ya que esta situación constituiría un ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA para la Entidad Contratante, de conformidad con el Artículo 1088 del Código de Comercio.

Así las cosas, se entiende que no todo incumplimiento genera perjuicio y que mediante las sanciones lo que se busca es lograr el cumplimiento y obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos, pero, donde no hay perjuicios, no pueden existir sanciones.

Así las cosas, con fundamento en este argumento y en consideración a que no se encuentran probados en debida forma los presuntos perjuicios padecidos por la entidad contratante, al tratarse de una estimación o proyección, no puede afectarse la garantía de cumplimiento.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

1. Resulta vital mencionar que las Entidades Públicas, dentro de los procesos contractuales no pueden exigir una indemnización que no corresponda a la existencia de un perjuicio causado, pues se generaría un Enriquecimiento sin justificación legal alguna. El Artículo 831 del Código de Comercio, en relación con el enriquecimiento sin causa, establece:

   "ARTÍCULO 831. Nadie podrá enriquecerse en justa causa a expensas de otro".

   Igualmente, el Artículo 1088 del Código de Comercio, refiriéndose al carácter indemnizatorio del seguro, consagra:

   "ARTÍCULO 1088. CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento."

   (Subrayado y negrilla fuera de texto)

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

   Ahora bien, para el caso que nos ocupa tenemos que el ICBF pretende hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria que constituye una estimación anticipada de perjuicios inexistentes ante un contrato cuyas prestaciones han sido ejecutadas en un 82.7%.

Siendo que nuestro ordenamiento jurídico exige que los perjuicios reclamados sean ciertos y actuales, tal circunstancia constituiría un Enriquecimiento sin Justa Causa por cuanto la cuantificación anticipada (clausula penal) puede llegar a ser menor a los perjuicios realmente causados.

Dado lo anterior, la entidad aplicó de manera errónea la proporcionalidad de la cláusula penal teniendo en cuenta que la aplicó en un 100% aun cuando el presunto incumplimiento del contratista es de 84,14%.

Ahora bien, pretender reclamar el amparo de Pago de Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cuando la Entidad no ha tenido que realizar el pago de estos requerimientos configura a todas luces un enriquecimiento sin causa. Al respecto, resulta pertinente mencionar que la Entidad no ha generado una erogación de su propio patrimonio para cubrir obligaciones de carácter laboral, por lo que no se ha generado ningún perjuicio que deba resarcirse al ICBF, y por consiguiente, al no existir dicho menoscabo, no resulta de recibo el hacer efectiva la póliza en tal amparo.

FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA DECISIÓN Y VIOLACION AL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO MEDULAR DEL CONTRATO DE SEGURO

2. El acto administrativo y el informe de supervisión certifican un avance de ejecución contractual del 82.7%

   La Resolución 210 del 28 de febrero de 2019 dispone, en su parte resolutiva, hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento No. **18-44-101057448** por la totalidad de la Cláusula Penal Pecuniaria, esto es por el valor de TRESCIENTOS SETENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO M/CTE ($370.231.998,00). Lo anterior, no obstante haber citado en su parte motiva lo siguiente:

   > *"(...) DECLARAR que el Sr. CAMILO ANDRES ANGEL URIBE, identificado con cédula No. 438.275 de Bogotá, en calidad de APODERADO en Colombia de la empresa contratista S3 INTERNATIONAL, LLC., con Identificación 2005614-594-546-0, en calidad de contratista, INCUMPLIÓ CON EL 84,14% de las obligaciones objeto del contrato 250-CENACAVIACION-2018 (...)"*

   Tal circunstancia engendra entonces una falta de proporcionalidad entre los perjuicios que se pretenden reparar y el valor total reclamado mediante la

Resolución que declara el siniestro. Por cuanto no es posible reclamar el 100% de la cláusula penal en un contrato del que se ha recibido el 82,7% de ejecución certificada por la supervisión y por la Entidad en el Acto administrativo.

La Ley 1437 de 2011 señala:

"ARTÍCULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, ***debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa****".* (Cursiva, subrayado y negrilla fuera de texto).

Como se observa, nuestra normativa Administrativa contempla la necesidad de una justa proporcionalidad a la hora de materializar la voluntad de la Entidad Pública en relación con los soportes fácticos que fundamentan la decisión. En este mismo sentido se ha manifestado nuestra Honorable Corte Constitucional, señalando la importancia del respeto a los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado. Por su parte, en Sentencia C-853 de 2005, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, la Corte Constitucional ha enfatizado en que la sanción debe ser razonable y proporcional con el objetivo de evitar la arbitrariedad y limitar la discrecionalidad de la autoridad administrativa al momento de su imposición.

Así pues, teniendo en cuenta que el porcentaje dejado de ejecutar por el contratista corresponde al 17.3%, el valor por el cual habría de afectarse la Póliza no podría el 100% de la cláusula penal en virtud del principio de proporcionalidad. A la postre tal circunstancia entraña un desconocimiento de lo preceptuado bajo el Principio Indemnizatorio que establece, en los términos del Artículo 1088 del Código de Comercio:

"Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso". (Cursiva fuera de texto).

En el mismo sentido ha argumentado la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil en Sentencia del 22 de julio de 1999 con Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas frente al particular, determinando el imposible jurídico que configura pretender una suma mayor al daño efectivamente cubierto y consecuentemente sufrido:

SEGUROS DEL ESTADO S.A.
NIT. 860.009.578-6

El contrato de seguro de daños, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, más no para conseguir un lucro" (Cursiva fuera de texto).

Lo anterior por cuanto el contrato de seguro, en ninguna circunstancia puede convertirse en instrumento jurídico de acumulación de riqueza. Así lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 22 de julio de 1999, expediente 5065 al señalar que *"Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio".*

Finalmente, en fallo de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil con ponencia del Magistrado EDGARDO VILLAMIL PORTILLA del 23/ de noviembre de 2010, recogiendo sus argumentos expuestos en Sentencia de 2015 (Sent. Cas. Civ. De 15 de noviembre de 2005, Exp. No. 11001-31-03-024-1993-7143-01); recordó que el contrato de seguro no entraña una ganancia, por cuanto su función no vas más allá de ser reparadora del daño efectivamente causado.

I. PETICIÓN PRINCIPAL

Seguros del Estado S.A. solicita se **REVOQUE** en su totalidad, la Resolución No. 210 del 22 de febrero de 2019, por las razones expuestas.

II. PETICIONES SUBSIDIARIAS

1. Se modifique el acto administrativo en el sentido de dar aplicación correcta a la Cláusula Penal Pecuniaria en el sentido de imponer la sanción de acuerdo al porcentaje de cumplimiento del contratista y no frente al valor total del contrato.

2. Se archive el presente procedimiento administrativo.

3. Se aplique la figura de la compensación de manera correcta.

SEGUROS DEL ESTADO S.A.
NIT. 860.009.578-6

III. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Carrera 11 No. 90-20 de Bogotá, Teléfono celular 312 3595424, correo electrónico alexander.marugo@segurosdelestado.com

Atentamente,

ALEXANDER MARRURGO TILANO
C.C. N°:1.016.009.231 de Bogotá
T.P. N°: 237.462 del C. S. de la J.

IV. PRUEBAS

Obran como prueba en el debido proceso, además los documentos reseñados en la citación, las aportadas en audiencia de descargos así:

- Informe de presunto incumplimiento de fecha 04 de diciembre de 2018 emitido el supervisor del contrato Sr. MY. JHADERSON TORRES ENCISO y sus anexos (Solicitud de prórroga de fecha 26 de noviembre emitida por S3 INTERNATIONAL LLC, Concepto Técnico emitido por el Sr Sargento Segundo GUSTAVO VALBUENA ROJAS- inspector y respuesta a oficio 0843 de fecha 30 de noviembre emitido por el gerente de proyecto).
- Informe de fecha 31 de diciembre de 2018 emitido por el Sr. Tc. JHADERSON TORRES ENCISO Supervisor del contrato.
- Oficio de fecha 11 de marzo de 2019, emitido por la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A.
- Oficio radicado No. 2019-180-563974-2 sustentación de recurso y sus anexos.
- Oficio de fecha 27 de mayo de 2019, emitido por la abogada ASTRID MARIA SOLANO SOLANO, en su condición de apoderada especial de la empresa S3 INTERNATIONAL LLL.C
- Testimonio en Audiencia del supervisor del contrato entrante MY JUAN CARLOS SANABRIA (Obrante en grabación magnetofónica).

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El recurso de reposición se encuentra consagrado en el numeral primero del artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y procede contra los actos definitivos ante quien los expidió con el fin de que los aclaren, modifiquen, adicionen o revoquen la decisión, es decir, busca que el mismo funcionario que tomó la decisión vuelva sobre ella y si es del caso la reconsidere, en forma total o parcial.

En últimas, es un medio de impugnación autónomo y requiere siempre ser sustentado, que no es otra cosa que motivar o aducir las razones de la inconformidad con la resolución que se ataca.

I. ***COMPETENCIA***

El artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla que los recursos se presentarán ante el funcionario que dicto la decisión, quien será el competente para resolverlos. Por tanto, la Dirección de la Central Administrativa Y Contable Especializada CENAC Aviación, es la entidad competente para, resolver el recurso de reposición interpuesto por la el contratista y el garante contra la Resolución No. 210 del 28 de febrero de 2019.

II. ***ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO***

Establece el Despacho que el recurrente presenta inconformidad respecto de la Resolución No. 210 del 28 de febrero de 2019 expedida por la Dirección de la Central Administrativa y Contable Especializada CENAC Aviación, por medio de la cual se aplicó la CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. - PENAL PECUNIARIA del contrato No. 250-CENACAVIACION-2018, y como consecuencia de lo

anterior, se sanciono por la suma de TRESCIENTOS SETENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO M/CTE ($370.231.998,00) a la empresa contratista S3 INTERNATIONAL LLC., por no haber entregado los bienes y servicios objeto de reparación dentro del plazo y alcance del objeto del contrato 250-CENACAVIACION-2018 cuyo objeto era la "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE REPARACIÓN DE COMPONENTES HIDRÁULICOS PARA LOS HELICÓPTEROS BLACK HAWK DE LA AVIACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL.

Así pues, estudiados los argumentos soportes del recurso, encuentra la Dirección que los aportados por el garante no se encuentran ajustados a la realidad, por cuanto en primer lugar, la disposición impugnada hace referencia a un contrato de prestación de servicios de reparación y no de obra como lo expresa en el escrito.

Por otro lado, el contratista técnicamente expone la imprevisibilidad de las fallas mediante reporte enviado por el taller reparador (MOOG), ratificando que la falla presentada en varios de los componentes objeto de reparación era imposible de prever, razón por la cual se vio obligado a la realización de un mantenimiento correctivo (OVERHAUL) de los mismos; Dicho procedimiento acarreo mayores tiempos a los establecidos para un mantenimiento preventivo, que era lo inicialmente proyectado. Así que, al no poder cumplir con los tiempos de entrega solicito una prórroga del contrato, la cual le fue negada por razones técnicas.

En razón a lo expuesto, cabe analizar el principio del derecho, según el cual "NADIE ESTA OBLIGADO A LO IMPOSIBLE", pues al no contar con los tiempos del taller reparador MOOG, le era imposible al contratista cumplir con el plazo de entrega previsto, y mucho menos imputársele incumplimiento contractual", esto en concordancia a lo ya señalado en sentencia C-337 de 1993 la cual señala: "...a) Las obligaciones jurídicas tienen un fundamento en la realidad, ya que operan sobre un plano real; de ahí que realizan siempre una acción o conservan una situación, según sea una obligación de dar o hacer -en el primer caso- o de no hacer -en el segundo-. Ese es el sentimiento de operatividad real de lo jurídico. Lo imposible, jurídicamente no existe; y lo que no existe no es objeto de ninguna obligación; por tanto, la obligación a lo imposible no existe por ausencia de objeto jurídico. b) Toda obligación debe estar proporcionada al sujeto de la misma, es decir, debe estar de acuerdo con sus capacidades; como lo imposible rebasa la capacidad del sujeto de la obligación, es desproporcionado asignarle a aquél una vinculación con un resultado exorbitante a su capacidad de compromiso, por cuanto implicaría comprometerse a ir en contra de su naturaleza, lo cual resulta a todas luces un absurdo. c) El fin de toda obligación es construir o conservar -según el caso- el orden social justo. Todo orden social justo se basa en lo existente o en la probabilidad de existencia. Y como lo imposible jurídicamente resulta inexistente, es lógico que no haga parte del fin de la obligación; y lo que no está en el fin no mueve al medio. Por tanto, nadie puede sentirse motivado a cumplir algo ajeno en absoluto a su fin natural. d)Toda obligación jurídica es razonable. Ahora bien, todo lo razonable es real o realizable. Como lo imposible no es real ni realizable, es irracional, lo cual riñe con la esencia misma de la obligación. De acuerdo con lo anterior, es irracional pretender que el Estado deje de cumplir con los deberes esenciales a él asignados -que son, además, inaplazables- por tener que estar conforme con las exigencias de uno o varios preceptos constitucionales que, en estas circunstancias, resultan imposibles de cumplir. De manera que, así como no puede cumplirse en este momento con el mandato contenido en el artículo 341 superior, por imposibilidad fáctica y jurídica, es cierto que, en cambio, el Estado debe procurar el cumplimiento de los deberes esenciales a su ser, que son, se repite, inaplazables, por cuanto la sociedad civil los requiere con urgencia...".

Así las cosas, queda demostrado que el contratista incumplió con el plazo de entrega, en razón, a que su actuar, se encuentra bajo un eximente de responsabilidad de fuerza mayor o caso fortuito.

Toda vez que los daños hallados dentro de los componentes no obedecen a los estándares comunes de reparación, lo cual implico un tiempo adicional, el cual no dependía directamente del contratista si no del fabricante estación reparadora – MOOG, lo cual se enmarca dentro de los presupuestos de la fuerza mayor o el caso fortuito eximente de responsabilidad, sobre los cuales el H. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en consulta del 30 de noviembre de 2011 C.P Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Número Único: 11001-03-06-000-2011-00064-00, se ha pronunciado en los siguientes términos:

> *"En cuanto al primero [imprevisibilidad], se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: "La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado...Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad.*
>
> *"Y en cuanto a la irresistibilidad, como lo dice la misma sentencia, "el hecho... debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, releva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Expediente 14667.)*

Además, el evento ya señalado cumple con los parámetros de imprevisible e irresistible por cuanto el retardo en la reparación es hecho ajeno a quien alega la fuerza mayor. Y al respecto, el Consejo de Estado, en providencia de Sala Plena, señaló:

> *"(...) se ha concluido que el Demandado queda exonerado si demuestra que el daño se produjo por una causa extraña y externa a su voluntad, imprevista e irresistible. También se precisó que el hecho es relevante, cuando las dos condiciones se cumplen, pero únicamente si éste es extraño a quien pretende exonerarse o sea cuando no resulta imputable a su actividad, para lo cual se debe tener en cuenta que la exterioridad no debe ser analizada desde el punto de vista físico, sino jurídico (Consejo de Estado, Sala Plena, C. P. Tarcisio Cáceres, noviembre 13 de 2001 Radicado 0133-01)*

En esta instancia del proceso y conforme el material probatorio allegado por el contratista, fue probado un hecho sobreviniente que conforme a lo establecido en la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA el contrato. se enmarca dentro de una FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO así:

"*CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO:* ***Las partes no serán responsables ni se considera que han incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, si se presentaren durante su ejecución circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito****, de*

conformidad con las definiciones del artículo 1° de la Ley 95 de 1890. Éste caso fortuito o fuerza mayor, en el evento de presentarse, deberá ser debidamente probado".

Así mismo, en el asunto puesto a consideración de la Dirección se evidencia que el proceso administrativo sancionatorio fue llevado a cabo conforme a lo dispuesto en el Artículo 3°. "Principios" de la ley 1437 de 2011, las notificaciones y etapas procesales se surtieron de acuerdo a la normativa vigente. En concordancia a lo establecido en la constitución en su artículo 29, así:

> *"Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".*

Asimismo, cabe resaltar que a la fecha existe evidencia de que el contratista da cumplimineto de las obligaciones, por ende del fin ultimo de la contartacion, enmarcado dentro del Art. 3 de la Ley 80 de 1.993 dispone:

> *"Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. 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.*
>
> *Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."*

Adicionalmente, el contratista ofrece como plus del contrato, sin costo adicional para la entidad, la reparación de dos puentes grúas ubicados en el fuerte militar de Tolemaida, habida cuenta de la necesidad que le asiste al EJÉRCITO NACIONAL- AVIACIÓN DEL EJERCITO- BATALLÓN DE MANTENIMIENTO DE AVIACIÓN No. 2 UH-60, lo cual resulta procedente y favorable para la flota de helicópteros BLACK HAWK de la Aviación del Ejército Nacional, máxime para el presente asunto, donde prevalece el Interés Público como piedra angular y razón de ser de la Administración Pública.

En tal sentido, se verifica la causal de revocatoria invocada por el recurrente, es procedente ya que el contratista logró desvirtuar en su totalidad, con las pruebas allegadas, el cargo que se le imputaba. Así pues, existiendo argumentos que desvirtúen la decisión adoptada por la Resolución No. 210 de fecha 28 de febrero de 2019. En mérito de lo expuesto, el Director de la Central

Administrativa y Contable de Aviación uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR, la Resolución No. 210 del 28 de febrero de 2019 por medio de la cual se aplicó la CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. - PENAL PECUNIARIA del contrato No. 250-CENACAVIACION-2018, y como consecuencia de lo anterior, por la suma de TRESCIENTOS SETENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO M/CTE ($370.231.998,00) a la empresa contratista S3 INTERNATIONAL LLC., identificada con No. 2005614-594-546-0, cuyo apoderado en Colombia es el Sr. CAMILO ANDRES ANGEL URIBE, identificado con C.C. No. 438.275, como sanción por no haber entregado los servicios de reparación dentro del plazo y alcance del objeto del contrato 250-CENACAVIACION-2018 cuyo objeto era la "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE REPARACIÓN DE COMPONENTES HIDRÁULICOS PARA LOS HELICÓPTEROS BLACK HAWK DE LA AVIACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ARCHIVAR el proceso administrativo sancionatorio iniciado en contra la S3 INTERNATIONAL LLC., identificada con No. 2005614-594-546-0, cuyo apoderado en Colombia es el Sr. CAMILO ANDRES ANGEL URIBE, identificado con C.C. No. 438.275.

TERCERO: ORDENA al supervisor del contrato recibir los elementos que ya se encuentran reparados, previo cumplimiento de los requisitos dispuestos en el contrato para recibo.

CUARTO ORDENA al supervisor adelantar los trámites administrativos correspondientes para el pago en contraprestación a los servicios de reparación prestados.

QUINTO: La presente Resolución queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Coronel OMAR ERNESTO ROMERO GONZALEZ
Director Central Administrativa y Contable Especializada CENAC AVIACIÓN
(Ordenador del Gasto)

Elaboró: Abg. Jenifer Camila Ramírez Huertas

Vo. Bo. MY. Oscar Alberto Moran Vargas

Vo. Bo. TC. Roosevelt Agudelo Villada

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL

CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA DE AVIACIÓN

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

En Bogotá D.C., el día 16 del mes de julio de 2019, cobra firmeza y ejecutoria la Resolución Nº 533 del día 15 del mes julio de 2019, emitida por el señor Director de la Central Administrativa y Contable Especializada de Aviación, y **POR MEDIO DEL CUAL SE REVOCA LO DISPUESTO EN RESOLUCIÓN No. 210 DEL 28 DE FEBRERO DE 2019 EXPEDIDA POR LA CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA DE AVIACIÓN DEL EJÉRCITO,** decisión que fue notificada el día 15 del mes de julio de 2019 de conformidad con el Art. 202 de la Ley 1437 de 2011 que dispone: ***"Art. 202: Notificación en audiencias y diligencias o en estrados: Toda decisión que se adopte en audiencia pública o en el transcurso de una diligencia se notificará en estrados y las partes se considerarán notificadas aunque no hayan concurrido."*** y teniendo en cuenta lo previsto en el Art. 87 de la Ley 1437 de 2011 que en su numeral 2º dispone: *"**Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos.** Los actos administrativos quedarán en firme: .... 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos."* así como lo dispuesto en el literal c) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 el cual establece: *"**Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento**. 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."*

En constancia firma,

Coronel OMAR ERNESTO ROMERO GONZALEZ
Director Central Administrativa y Contable Especializada CENAC AVIACIÓN

Elaboró: Abg. Jenifer Camila Ramirez Huertas

Vo. Bo. MY. Oscar Alberto Melan Vargas

Vo. Bo. TC. Roosevelt Agudelo Valencia