INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

RESOLUCIÓN NÚMERO 0337 **DE 2024**

15 MAR 2024

"Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT- 424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

LA JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE SALUD — INS

En uso de sus facultades legales y en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 3, numerales 1 y 2 del 4°, 32, 40, 52, 58, 59 y 77 de la Ley 80 de 1993, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Resolución No. 070 del 27 de enero de 2014 y demás normas relacionadas y aplicables a la presente actuación administrativa, y

I. CONSIDERANDO

1. Que el 7 de noviembre de 2023 el Instituto Nacional de Salud-INS y Disproquilab Ltda., suscribieron el contrato INS-CYT-424-2023.

2. Que el objeto consistió en: adquisición de reactivos, elementos e insumos de laboratorio indispensables para realizar las actividades científicas y tecnológicas que garantizan el cumplimiento misional en el marco de los diferentes proyectos en salud pública del Instituto Nacional de salud. (ítems 6, 35, 36, 49, 50, 52, 162, 181,192,193,200,211,215,237,238,255,257,270,307,308,321,322,325,340,349,418,423,424,467,476,510, 511,582,659,695,734,745,747,759,760,761,773,793,801,816,838,842,843,844,846,847,848,849,853,854,8 60,861,901, 907,908,911,915,924,925,926,940,961,1090, 1102,1109 y 1114.)

3. Que el valor del contrato se pactó en la suma de CIENTO SIETE MILLONES CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS M/CTE. ($107.042.973), incluido IVA, impuestos de ley, la totalidad de los gastos y/o costos directos e indirectos en que incurra el contratista para la ejecución del contrato.

4. Que el plazo de ejecución fue fijado por las partes hasta el 15 de diciembre de 2023, contado a partir del 8 de noviembre de 2023.

5. Que el cumplimiento del contrato se respaldó con la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 360-47994000029651 expedida el 31 de octubre de 2023 por la compañía Seguros Aseguradora Solidaria de Colombia, con los amparos, vigencias y suficiencias que se describen a continuación:

Amparo	Valor Asegurado	Vigencia	
		Desde	Hasta
Cumplimiento del contrato	$ 21,408,594.60	31/10/2023	15/12/2024
Calidad del bien	$ 21,408,594.60	31/10/2023	15/12/2024

6. Que en virtud del memorando con radicado No. 3-6021-23-03723 del 26 de diciembre de 2023, el supervisor del contrato presentó con destino a este Despacho informe de presunto incumplimiento en el que advirtió una inobservancia parcial de las siguientes obligaciones específicas a cargo del contratista, tal y como se indicó en el cuadro que a continuación se ilustra y que se extrae del mencionado informe:

Objeto y/u obligación posiblemente incumplida	Producto o servicio dejado de ejecutar
Obligación Específica 2: Entregar los reactivos, elementos e insumos de laboratorio conforme a las cantidades, especificaciones	Entrega ìtem 843: Cuerpo de acople sanitario de 3/4" (conector hembra). Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, rápida y correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

técnicas y valores establecidos en la presente contratación, nuevos, en buen estado, debidamente empacados en empaque original, en las instalaciones del Almacén del Instituto Nacional de Salud. No se recibirán empaques de los reactivos, elementos e insumos averiados ni remendados.	90DIAS Cantidad: 2 unidades
	Entrega ìtem 844: Cuerpo de acople (conector hembra) rápido, para conexión horse barb a manguera 1/2". Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, con seguro y click audible para confirmar correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-90 DIAS Cantidad: 6 unidades
	Entrega ìtem 846: Inserto acople sanitario de 1-1/2" (conector macho). Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, rápida y correcta conexión y desconexión con una MANO ENTREGA 60-90 DIAS. Cantidad: 1 unidad
	Entrega ìtem 847: Inserto de acople sanitario de 3/4" (conector macho), Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, rápida y correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-90DIAS. Cantidad: 2 unidades
	Entrega ìtem 848: Inserto de acople (conector macho) rápido, para conexión horse barb a manguera 1/2". Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, con seguro y click audible para confirmar correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-90DIAS. Cantidad: 3 unidades
	Entrega ìtem 849: Inserto de acople (conector macho) rápido, para conexión horse barb a manguera 3/8". Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, con seguro y click audible para confirmar correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-90 DIAS. Cantidad: 3 unidades.

7. Que como hechos generadores del supuesto incumplimiento y como soporte de la gestión adelantada por la supervisión, se desarrollaron dentro del informe las siguientes circunstancias de tiempo, modo y lugar:

- *"DISPROQUILAB Ltda., el día 17 de noviembre de los corrientes, fecha en la cual envió el cronograma solicitado por la supervisión indicó "SE DESISTE DEL ITEM" para siete (7) de los 71 ítems objeto del contrato INS-CYT-424-2023 CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y DISPROQUILAB LTDA.*

- *El mismo 17 de noviembre la supervisión solicitó indicar la razón de esta situación dado que podría configurarse un incumplimiento.*

- *La respuesta fue: "como se le informo al abogado vamos a pasar la carta de desistimiento de los items debido a q hubo mucha demora en el contrato y no se alcanza a importar y la fábrica de sartorius no alcanza a fabricar el el item en el tiempo estimado". (Sic)*

- *El 21 de noviembre Disproquilab Ltda envió carta informando que como se había indicado en la descripción original de la cotización, algunos de los productos son de fabricación especial, y otros bajo pedido y su importación se demora 60 a 90 días y no alcanzan a llegar este año, según la vigencia del contrato.*

- *El 24 de noviembre desde la supervisión del área misional escriben a Disproquilab Ltda indicando que la totalidad de los ítems establecidos en el contrato y con destino a la planta de sueros, se requieren en los procesos de fabricación para la obtención de antivenenos y que no es viable dar trámite para atender la solicitud de eliminar o anular los ítems referidos en la comunicación.*

- *El 15 de diciembre de 2023 fecha en la cual finalizó la ejecución del contrato y no fueron entregados seis ítems de los indicados inicialmente como "SE DESISTE DEL ITEM, los cuales se encuentran listados en la tabla 1.*

- *A la fecha de finalización de ejecución del contrato el ítem 838 fue entregado.*

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

- *Los seis (6) ítems no entregados, listados en la tabla 1, tienen un valor de $24.484.250,00. Tabla1. Ítems que no fueron entregados al finalizar la fecha de ejecución del contrato.*

Tabla1. Ítems que no fueron entregados al finalizar la fecha de ejecución del contrato.

ÍTEM	CANTIDAD SOLICITADA	GRUPO DESTINO	IDENTIFICACIÓN PRESUPUESTAL	DESCRI. DEL BIEN.	REFERENCIA	MARCA	PRESENTACIÓN / UNIDAD DE MEDIDA	VALOR UNITARIO	IVA VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL INCLUIDO IVA
843	2	Planta de Sueros (2)	Dirección de Producción	Cuerpo de acople sanitario de 3/4" (conector hembra) . Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, rápida y correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-90DIAS	MPX3301239	CPC	Paquete X 5 Unidades	$ 1.250.000	$ 237.500,00	$ 2.975.000,00
844	6	Planta de Sueros (6)	Dirección de Producción	Cuerpo de acople (conector hembra) rápido, para conexión horse barb a manguera 1/2". Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, con seguro y click audible para confirmar correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-90DIAS	MPXK17839	CPC	Paquete X 5 Unidades	$ 700.000	$ 133.000,00	$ 4.998.000,00
846	1	Planta de Sueros (1)	Dirección de Producción	Inserto acople sanitario de 1-1/2" (conector macho). Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, rápida y correcta conexión y desconexión con una MANO ENTREGA 60-90DIAS	MPX44024T39M	CPC	Paquete X 25 Unidades	$ 3.875.000	$ 736.250,00	$ 4.611.250,00
847	2	Planta de Sueros (2)	Dirección de Producción	Inserto de acople sanitario de 3/4" (conector macho), . Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, rápida y correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-90DIAS	MPX44012T39M	CPC	Paquete X 25 Unidades	$ 3.500.000	$ 665.000,00	$ 8.330.000,00
848	3	Planta de Sueros (3)	Dirección de Producción	Inserto de acople (conector macho) rápido, para conexión horse barb a manguera 1/2". Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, con seguro y click audible para confirmar correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-90DIAS	MPX22839M	CPC	Paquete X 5 Unidades	$ 550.000	$ 104.500,00	$ 1.963.500,00
849	3	Planta de Sueros (3)	Dirección de Producción	Inserto de acople (conector macho) rápido, para conexión horse barb a manguera 3/8". Material polisulfona. Siliconados, curados al platino, autoclavables, con seguro y click audible para confirmar correcta conexión y desconexión con una mano ENTREGA 60-90DIAS	MPX22639M	CPC	Paquete X 5 Unidades	$ 450.000	$ 85.500,00	$ 1.606.500,00
TOTAL										$24.484.250,00

Antecedentes:

El día 15 de noviembre de los corrientes la supervisión del contrato solicitó cronograma de entrega de los ítems contratados con la firma DISPROQUILAB LTDA, el día 17 de noviembre el contratista envió información sobre fecha de entrega estimada para cada ítem y para algunos indicó "SE DESISTE DEL ITEM", razón por la cual se solicitó explicar, esta situación dado que podría configurarse un incumplimiento. Anexo1.

El día 21 de noviembre el contratista envió a través de correo electrónico carta en la cual solicita modificación del contrato en el sentido de anular los: 838, 843, 844, 846, 847, 848 y 849 manifestando que como se indicó en la descripción original de la cotización, algunos son de fabricación especial, y otros bajo pedido y su importación se demora 60 a 90 días y no alcanzan a llegar este año superando el plazo de ejecución del contrato. Adicionalmente se indica que la marca CPC informó que para cantidades solicitadas había plazo

hasta el mes de octubre para haber elaborado el pedido, hay referencias que ya no están disponibles debido a una alta demanda y es imposible traerla en el tiempo que resta. Anexo 2

El contratista adjuntó a la carta de solicitud de modificación una imagen de página para solicitud de pedido en la cual se indica en color rojo "Out of Stock-Lead Time Required". Anexo 2.

El 30 de noviembre se recibe correo de Disproquilab indicando textualmente lo siguiente: "Buenas tardes nos permitimos enviar respuesta del proveedor en estados unidos respecto a los items que desde el 23 de octubre antes de firmase el contrato se pidieron que no los agregaran, adicionalmente envió evidencia que se había enviado la solicitud por correo electrónico a la señora Adriana López ,en días antes que no se había firmado el contrato, ella nos comunicó con jurídica con un señor jhon jairo y él le informa a la gerente de disproquilab la señora Flor Ángela Díaz que hasta que no haya firmado el contrato no se podían eliminar los items con los cuales ya se había informado a la doctora de planta de sueros y a jurídica que no podíamos entregar debido a la demora del documento de adjudicación y/o elaboración de contrato, este mismo generado hasta el día 7 de noviembre del presente año. El día en que generaron el contrato la doctora flor Ángela volvió a reiterar que los items no se podían entregar y volvieron a decir que sin la firma del contrato, no se podía hacer una carta sacándolos o anular los items, nosotros obrando en buena fe, firmamos el día 7 de noviembre. Sugerimos favor capacitar al personal en estos aspectos, ya que fue un error por parte del personal del instituto. Con la desinformación, en estos aspectos de contratación, se hizo todo lo posible por importar los productos, pero los distribuidores son claros en que no se puede despachar este año, solo se pudo conseguir 1 solo item del solicitado que esperamos llegue antes del 15 de diciembre" Anexo 3.

Ante la solicitud del contratista se elevó consulta al Grupo de Gestión Contractual, la respuesta recibida indicaba que se estaría frente a un incumplimiento, por cuanto durante el trámite contractual el personal encargado consultó a los posibles contratistas si los elementos y/o reactivos estaban en stok, y los contratistas informaron que sí y por eso se surtió el trámite. Anexo 4.

El 7 de diciembre de los corrientes Disproquilab Ltda envía carta en la cual reitera la solicitud de modificación del contrato y expone los antecedentes, indicando que, de buena fe y confiando en la información suministrada por el INS firmaron el contrato. Adicionalmente, el contratista expone las consideraciones jurídicas que soportan la solicitud. Anexo 5.

En esta nueva solicitud se mencionan funcionarios del INS, razón por la cual el 12 de diciembre el Director de producción envía mediante correo electrónico la carta de Disproquilab Ltda a los profesionales que manejaron la etapa pre-contractual, quienes enviaron respuesta con los correos de dicha la etapa. Anexo 6.

Al revisar los correos de la etapa pre-contractual la supervisión observó lo siguiente:

1. La consulta realizada a Disproquilab sobre si podía cumplir con la fecha de entrega al 15 de diciembre se hizo el 28 de septiembre, el contrato inició el 8 de noviembre.
2. Se consultó sobre reactivos de importación no sobre todos los ítems. Los ítems sobre los cuales se ha manifestado el posible incumplimiento son elementos e insumos de laboratorio, no son reactivos.
3. El contratista manifestó desde el inicio del proceso (cotización) que los elementos eran de importación y así quedo en la descripción de los ítems en el contrato "ENTREGA 60-90 DIAS" sobre esos ítems específicos no se hizo consulta. Anexo 7
4. El 25 de octubre DISPROQUILAB LTDA escribió "...se solicita favor sacar de la cotización item 843, 844, 846, 847, 848 y 849 debido a que aún no ha salido el contrato y el proceso de importación de 60- 90 días y no podemos cumplir ". Anexo 8
5. En el numeral siete (7) de los correos de la etapa pre-contractual (Anexo 6) se indica: "Se le informo a la empresa DISPROQUILAB LTDA que tenía las siguientes opciones:

    a. Rechazar el contrato en la plataforma SECOP II.
    b. Aceptar el contrato y poder solicitar modificaciones obedeciendo a una causa real y cierta contemplada en la ley, sustentada y probada diferente de la mera voluntad de las partes."

El 14 de diciembre se envía respuesta a Disproquilab Ltda., de la carta recibida el 7 de diciembre de los corrientes. Anexo 9.

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

Al 15 de diciembre, fecha en la cual finalizó la ejecución del contrato no fueron entregados los seis ítems descritos en la tabla 1, ítems que la firma Disproquilab Ltda desde el comienzo había manifestado que no alcanzaba a entregar.

Es importante mencionar que desde la parte técnica la Dirección de producción (Anexo 6 correo del director de producción del día 12 de diciembre de 2023) ha manifestado que se requieren de manera prioritaria dichos elementos para el desarrollo de las actividades misionales y no considera procedente que el INS deba desistir de los productos contratados. Anexo 6".

8. Que el 27 de diciembre de 2023 mediante radicados No. 2-1200-2023-5917 y 2-1200-2023-5916 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) envió citación de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la que se requiere a Disproquilab Ltda., (Contratista) y Seguros Aseguradora Solidaria de Colombia (Garante), respectivamente, con el fin de llevar a cabo audiencia de incumplimiento del contrato, para el día 11 de enero de 2024 a las 10:00 a.m.

9. Que llegado el día y hora para la evacuación de la audiencia, la misma se instala por parte del Instituto Nacional de Salud y procede el Despacho a dar inicio a la misma, indicando la facultad que le asiste en decidir los procesos administrativos sancionatorios de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 2774 de 2012, y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, posteriormente, procede a verificar la asistencia de las partes, otorgándole la palabra al contratista Disproquilab Ltda.

   Toma la palabra la señora Flor Ángela Díaz, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.526.186 de Facatativá, quien actúa como representante Legal de Disproquilab Ltda, y manifiesta que estará representada por el doctor Alejandro Castellanos, quien al momento de la intervención no había podido ingresar a la audiencia, sin embargo, el Despacho indica a la representante legal de Disproquilab Ltda que una vez el apoderado ingrese, debe otorgarle el poder en audiencia para proceder a reconocerle personería jurídica.

   Acto seguido, se le otorga la palabra a la doctora Vicky Carolina Ramírez identificada con cédula de ciudadanía No. 52.881.098 y tarjeta profesional No. 189.036 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien actúa como apoderada de la Aseguradora Solidaria de Colombia, conforme al poder general previamente enviado al despacho por correo electrónico, menciona recibir notificaciones en la calle 100 # 9a - 45, Torre 3 piso 12 en la ciudad de Bogotá D.C., autoriza la recepción de comunicaciones y notificaciones al correo electrónico notificaciones@solidaria.com.co y solicita para este proceso, brindar una copia al correo uberramirez@solidaria.com.co, en consecuencia, se verifica el poder otorgado y se le reconoce personería jurídica para actuar en la audiencia a la doctora Ramírez.

   Posteriormente, se le concede el uso de la palabra a la señora Adriana Leonor Gómez, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.890.312 de Bogotá, profesional especializada de la Dirección de Producción del Instituto Nacional de Salud y supervisora del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda.

   Nuevamente toma la palabra la representante legal de Disproquilab Ltda la señora Flor Ángela Díaz, quien en audiencia le otorga poder al abogado Alejandro Castellanos para efectos de la representación en audiencia frente al posible incumplimiento. Posteriormente, hace uso de la palabra el doctor Alejandro Castellanos, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.034.566 de Bogotá y tarjeta profesional No. 270.252 del Consejo Superior de la Judicatura, quien acepta el poder otorgado por la representante legal de Disproquilab Ltda, y manifiesta recibir notificaciones al correo electrónico acastellanos@lcconsultores.co. Por lo anterior se le reconoce personería jurídica para actuar en la audiencia.

   Una vez presentadas las partes, el Despacho informa a los asistentes que la supervisión del contrato mediante memorando No. 3-6021-23-03723 del 26 de diciembre de 2023 radicó en la Oficina Asesora Jurídica el informe del presunto incumplimiento del contrato.

   Que mediante oficios con radicados No. 2-1200-2023-5917 y 2-1200-2023-5916 del 27 de diciembre de 2023, éste despacho citó al contratista Disproquilab Ltda y al garante Aseguradora Solidaria de Colombia, con el fin de adelantar la audiencia del presunto incumplimiento del contrato, dejando constancia que en la citación se dan cuenta de los hechos, obligaciones incumplidas y las posibles consecuencias que pueden

derivarse para el contratista, junto con el respectivo material probatorio conducente, pertinente y útil para el esclarecimiento de las situaciones del presunto incumplimiento. Lo anterior, conforme a lo establecido en el literal a y b del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. Teniendo como presupuesto que el contratista conoce los hechos que motivaron la presente actuación administrativa sancionatoria contractual, las normas, o cláusulas posiblemente violadas, así como las consecuencias que podrían derivarse en desarrollo de esta actuación. Por lo anterior, se le concede el uso de la palabra al apoderado del contratista para que presente sus descargos y, si es del caso, allegue la documentación que estime pertinente dentro del proceso administrativo sancionatorio.

Toma la palabra el apoderado de Disproquilab Ltda, el abogado Alejandro Castellanos mencionando lo siguiente:

" (…) En principio quiero hacer una referencia breve a la citación, específicamente a la ausencia de la mención expresa y detallada de los hechos, literal a del artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, consagra los requisitos que debe contener la citación en el cual dice "en la citación hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañada del informe de Interventoría o de supervisión en que se sustente la actuación.

Frente a este requisito en la sentencia de constitucionalidad C-499-2015, señaló la Corte Constitucional: El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria, esto es el envío de la citación con mención expresa y detallada de los hechos. Es un procedimiento que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, pues garantiza que el contratista y su garante sean informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en que se funda la consideración de que el contrato sea incumplido, de la transcripción normativa y en la parte jurisprudencial se evidencia que son dos requisitos puntuales y separados de la situación. El primero, es que se haga una mención expresa y detallada de los hechos, lo cual implica que cada uno esté debidamente enunciado en listado separado y detallado, y el segundo, que se anexe el informe de supervisión.

En el oficio de citación, específicamente en lo referente al acápite de los hechos, no hay una mención expresa, discriminada y detallada de los hechos, por el contrario, se limita a una transcripción de los apartes del informe de supervisión, que no es lo que estipula la norma como un requisito formal y presenta un vacío con relación a la descripción de cada uno de los hechos de forma expresa y detallada, qué es lo que si exige la norma, no la transcripción del informe de supervisión, por lo que consideramos que esta falencia constituye una irregularidad que debe ser saneada en el curso de la audiencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 del CPCA aplicable al presente asunto por remisión del artículo 34 de la misma norma que menciona: "Articulo 41. Corrección de irregularidades en la actuación administrativa. La autoridad en cualquier momento anterior a la expedición del acto de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se han presentado en la actuación para ajustar a derecho y adoptará las medidas necesarias para concluir".

Ésta norma referente a la corrección de irregularidades es aplicable al presente asunto, teniendo en cuenta que el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011 no tiene ninguna disposición al respecto, por lo que esté vacío, debe llenarse con las disposiciones generales del CPCA, tesis de la sección tercera del Consejo de Estado, que entre otras, en Sentencia 48945 del 2020, ponente, Jaime Rodríguez Navas, señaló: "Ésta sección ha entendido, procurando llenar los vacíos normativos de la Ley 1150 del 2007, que el precepto del artículo 86 de la ley 1474 del 2011, instauró un procedimiento administrativo de carácter especial tendiente a la imposición de multas y demás sanciones pertinentes dentro de la actividad contractual previa, la declaratoria de incumplimiento, procedimiento en el cual se establecieron las bases legales para garantizar la efectiva protección del debido proceso". Pese a ello, la regulación de este trámite no es completo, por lo que, sin perjuicio de la especialidad normativa, los posibles vacíos han de ser colmados con las disposiciones de la primera parte de la Ley 1437 del 2011, en lo pertinente.

Finalmente, el literal d de la ley 1474 del 2011 señala: "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 resulte en su criterio necesario para llegar a 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 bajo el marco jurídico previamente referido, solicitamos respetuosamente al despacho decretar la suspensión de la presente audiencia para que se corrija el oficio de citación al

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

contratista en la presente audiencia, específicamente en lo relativo al acápite de hechos, procediendo como lo exige la norma a enunciar, no a transcribir el informe de supervisión, sino a procediendo en el oficio de citación a enunciar uno por uno de forma expresa y detallada, cada uno de los hechos que soportan la citación, de acuerdo con lo dispuesto en el literal a del artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, en este punto, doctora y antes de continuar con mi intervención, como es una solicitud de corrección de una irregularidad de manera de formal, le solicitó amablemente sea resuelta, porque sí es negativa, para conocer cuál sería el fundamento de la entidad e igual quede la constancia de la negativa y proceder con mi intervención." (Sic).

El Despacho se pronuncia indicando que en el escrito de citación tal cual lo contempla el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se indicaron los hechos generadores del presunto incumplimiento, los cuales se encuentran desde la página 4 hasta la página 8 del escrito de citación. Si bien es cierto, nos dice que es una transcripción del informe del supervisor, efectivamente esa transcripción, es el informe que remite el supervisor de incumplimiento, en virtud de todas las actuaciones que ha venido adelantando junto con el contratista, y las que han determinado en un posible incumplimiento. No obstante, nosotros no podríamos hablar de unos hechos en donde no hemos participado para poder decir que desde ya empezamos a prejuzgar si hay un incumplimiento o no, porque en eso podríamos caer donde nos pongamos a describir de una forma diferente los hechos, sobre todo, porque no tenemos conocimiento de ello, nos los están poniendo en conocimiento el supervisor, y esos son los mismos hechos que nosotros les estamos trasladando para que ustedes en audiencia se pronuncien y desde la objetividad e imparcialidad que la misma norma nos brinda y como dirigente de esta audiencia debemos realizar, entonces, no hay lugar a la suspensión de la audiencia doctor, el informe claramente contempla en el numeral primero de la citación los hechos generadores del presunto incumplimiento, razón por la cual, le solicitó que continúe con los descargos.

Nuevamente interviene el apoderado de Disproquilab Ltda, el abogado Alejandro Castellanos señalando:

"(…) Dejo constancia de la situación, porque reitero la norma y la sentencia de la Corte Constitucional es clara, que una cosa es la citación en la que van los hechos y otra cosa distinta es el informe de supervisión, que es un anexo de la citación. No indica que en la citación se transcribirá el informe de supervisión, porque para ese efecto bastaría con que se remita el informe de supervisión y la citación simplemente contemple la fecha y la hora de la diligencia.

Que frente al presunto incumplimiento imputado al contratista, si bien es cierto, en efecto, a la fecha no se han entregado los items 843, 844, 846, 847, 848 y 849 esta circunstancia no es negligencia o desatención de las obligaciones contractuales del contratista y, por el contrario, se derivan de causas exógenas y fuera de su control, según se expone:

En primer lugar, el informe supervisión y el oficio de citación incurren en una imprecisión, al señalar que vía correo electrónico, el contratista confirmó de forma previa a la suscripción del contrato que tenía la totalidad de los ítems ofertados en stock para entrega inmediata, lo cual no corresponde con la realidad, pues en el correo del 29 de septiembre de 2023 remitido por el Instituto Nacional de Salud, señala: "solicitó de su colaboración informando de los reactivos cotizados por usted cuales son de importación". Frente a lo cual, el contratista dio respuesta mediante correo de fecha 2 de octubre de 2023, en el cual señaló: "Buenos días, reactivos, no hay ninguno de importación, todos están para entrega inmediata". Como se puede observar, tanto la entidad como el proveedor se refirieron a reactivos en proceso de importación, que son los que corresponden, no a insumos, que son los que corresponden a los elementos pendientes de entregar al Instituto, por lo tanto, no puede señalar el INS que solo una vez confirmó que el proveedor tenía la totalidad de los ítems en stock, procedió a publicar la oferta contractual en el Secop, pues la respuesta del contratista se refirió exclusivamente a reactivos y no a insumos; esta claridad es necesaria, pues una cosa son reactivos y otra insumos, son elementos distintos. El reactivo entendido como sustancia o compuesto añadido a un sistema para provocar una reacción química o añadido a probar si se produce una reacción, por parte el insumo, corresponde a los elementos materiales o materias primas que se oferta.

Ahora bien, tal y como fue referido en diversas comunicaciones que constan en los anexos de la citación, es decir, son conocidas por el Instituto, el contratista le manifestó al INS de forma previa a la suscripción del contrato, que no le era posible suministrar los ítems 843, 844, 846, 847, 848 y 849, pues el proceso de importación de los mismos tardaba entre 60 y 90 días, por lo tanto, no le era posible cumplir con su entrega en los tiempos requeridos por el Instituto Nacional de Salud solicitando que estos fueran excluidos del contrato, teniendo en cuenta que éste a esa fecha no había sido suscrito por las partes.

Correo electrónico que extrañamente no tuvo una respuesta formal por parte de la entidad, esto es por escrito, y por el contrario, funcionarios del INS se comunicaron con la representante legal de DISPROQUILAB vía telefónica, entre los cuales, le manifestaron a la representante legal que no era posible excluir en este punto los elementos en cuestión pero que no había problema, que procediera con la firma del contrato y una vez legalizados se le solicitaba el modificatorio para que fuera retirados. De hecho en las cotizaciones y ofertas comerciales enviadas por DISPROQUILAB, y tal como está contenido en las páginas 5 y 6 del informe de supervisión con relación a los ítems en cuestión, siempre se registró que su entrega estaba prevista para un trámite de 60 a 90 días, sin embargo, por solicitud expresa del INS vía telefónica nuevamente al proveedor, se solicitó incluir en el acápite final de las cotizaciones que la fecha de entrega era al 10 de diciembre pues la entidad no podía recibir elementos con fecha posterior por razones de cierre financiero de año, siendo conscientes, pues así lo había manifestado expresamente el contratista, que los ítems en cuestión no podía ser entregados en ese plazo, es más, ni siquiera estaban disponibles en stock de acuerdo con lo informado por el proveedor, soportes que le fueron allegados previamente a la suscripción del contrato al instituto.

Lo anterior resulta relevante por diversas razones la primera es que, si se evidencia que DISPROQUILAB actuando con apego al principio de buena fe y en cumplimiento del deber precontractual de información puso en conocimiento del INS una situación exógena y ajena a su control, como era la inexistencia de los ítems 843, 844, 846, 847, 848 y 849 del stock de los fabricantes en Estados Unidos y, además, los tiempos reales de importación de los mismos al país. Nótese doctora como en el informe de supervisión en los cuadros que están contenidos en estas páginas aparece al frente del ítem entrega 60 a 90 días.

Es decir, el Instituto conocía de los tiempos no solo que no había stock de los elementos, si no que no estaban disponibles para importación y que una vez, su tiempo importación era de 60 a 90 días; esto puso en conocimiento en cumplimiento del deber de información en la fase precontractual para que en sana lógica, pero, principalmente en cumplimiento del principio de planeación del contrato estatal, obligación que se impone en cabeza a los funcionarios que intervienen en el proceso, procedieran a su exclusión del contrato, pues de forma anticipada, el Instituto sabía que el proveedor no iba a poder cumplir con la entrega de estos elementos, porque así se lo manifestó, allegando los soportes de tal situación de forma previa a la suscripción del contrato.

Con relación al deber de información en la fase precontractual, la sección 3ª del Consejo de Estado se ha referido a este tema, entre otras en sentencias 22043 del 19 de noviembre de 2012; 22471 el 28 de marzo de 2022 y 18836 del 22 de junio 2016 en los siguientes términos:

De lo preceptuado en el artículo 871 del código comercio con relación parecida al artículo 1603 del Código Civil se desprende que en todo item contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún, después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de buena fe, en efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y en consecuencia, se obligarán, no solo a lo pactado expresamente en ello, sino a lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, pero además, como si eso no fuera suficiente, el artículo 863 de la misma codificación ordena que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa, en el período precontractual so pena de indemnizar los perjuicios que se causen, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio de planeación que debe informar toda la actividad contractual del estado.

Sin embargo, se ha creído que la buena fe se refiere a estos preceptos que consisten en la convicción de estar obrando conforme a derecho. Al respecto, la buena fe contractual no consiste solamente en las creencias y convicciones de estar actuando bien, es decir, no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real, y, efectivamente, ajustado al ordenamiento y al contrato en todas sus fases, y consiguiente a ella, tal como lo ha señalado esta subsección, consistente fundamentalmente en respetar esencialmente lo pactado, en cumplir las obligaciones, en perseverar la ejecución y en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, en fin, deben desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución de los fines del Estado.

Es decir, se trata de una fe objetiva, por lo tanto, en sede contractual debe complementarse a la convicción o creencia, las acciones reales de ejecución de buena fe conforme al contrato, lo que en verdad cuenta son los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de las funciones del ámbito de la legalidad y

de la lealtad ajustados a todo el ordenamiento jurídico.

Dentro de tales deberes que impone la buena fe contractual está el de brindar información a la otra parte que resulte relevante y de incidencia determinante en el contrato, porque este es el instrumento que permite la satisfacción de los intereses generales, o lo que es lo mismo, cada contratante utiliza el contrato para hacer realidad aquellas finalidades.

En ese orden de ideas, el contratista DISPROQUILAB en cumplimiento de ese deber de información, se lo manifestó al Instituto y acá, por el contrario, lo que observamos en esta sede del proceso sancionatorio es que no fue así por parte de la entidad estatal, pues, reiteró doctora, no se explica, o por lo menos para mí,, no resulta comprensible, cómo la entidad estatal de forma previa a la suscripción del contrato, el proveedor le manifiesta que no hay unos elementos disponibles para entrega, que su importación se demora de 60 a 90 días y que el fabricante no los tiene en este momento y aun así lo induce en error manifiesto.

Lo primero que debe hacer el Instituto, es que si de antemano sabía que no estaban los debió excluir o si no, en ejercicio del principio de planeación no se entiende cuál sería el objeto entonces del Instituto de incluir unos items en un contrato que previamente sabe que no va a poder recibir porque el proveedor así se lo ha manifestado, entonces cuando al proveedor se le indica que firme el contrato y que después se excluye no solo se le está induciendo al error sino que se está faltando a la verdad porque perfectamente en ejercicio de ese principio de planeación del contrato estatal la entidad debió haber excluido los elementos porque perfectamente lo podía hacer, es decir la configuración del contrato hace parte de la libertad que tiene las partes aunque acá en la práctica estamos hablando de una minuta de un contrato de adhesión porque quien redacta y plantea las cláusulas del contrato es el Instituto y el contratista simplemente se adhiere a estas, y lo suscribe, pues estamos hablando de una negociación bilateral, es decir, hay una posición dominante acá de la entidad estatal por lo tanto, se esperaría un tema de lealtad y buena fe porque perfectamente la entidad sabía que podía excluir los elementos y tenía una razón, un criterio objetivo para excluirlo de forma previa a la elaboración de la minuta del contrato y de forma previa a su suscripción y sin embargo, no lo hizo, indujo en error al contratista manifestándole que debía suscribir el contrato y solo con posterioridad a la suscripción solicitar el modificatorio para la entrega de los ítems, que fue la razón real que llevó en una convicción de ese principio de buena fe, porque es que, como el contratista le había informado al instituto que no estaban los elementos y aun así el Instituto le dice suscriba lo que después se excluyen vía modificación es la razón determinante que lleva el contratista a suscribir el contrato, porque por supuesto, si le manifiestan que no hay una causal o que eso no lo excluye, no es suficiente para que lo excluya después, pues no va a suscribir el contrato, quedando al azar la posibilidad de que le inicie un proceso sancionatorio y al final se le vaya a imponer una multa.

Entonces, acá surgen unas dudas sobre cuál fue las verdaderas razones que llevaron al Instituto a esto, porque al final reitero, estas ejecuciones y estas actividades no obedecen a un principio de buena fe ni se compadece con el principio de planeación del contrato estatal para efectos de la suscripción del contrato.

Esto incluso se constituye en, nuestra opinión, en una violación de los principios de responsabilidad y de economía que consagra la Ley 80 que fueron desatendidos. Pues al final se le impuso la obligación al contratista de cumplir con una carga que de antemano ya se le había manifestado que no se iba a cumplir, es más, dentro del oficio de citatorio, encontramos que la entidad a cargo de la Oficina Jurídica ya había emitido una opinión frente a esto, en mi opinión, un prejuzgamiento. De hecho, en oficios que se remiten, suscrito por la jefe de la Oficina Jurídica manifiesta que no hay lugar a excluir los elementos porque no se prueba fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero. Dice que las causales que justifican no obedecen al acaecimiento de situaciones imperiosas increíbles, es decir, la entidad sin que el contratista hubiese alegado ninguna de estas, ya dio por descartado la existencia de causa extraña, fuerza mayor o caso fortuito, que la situación no era imprevisible, irresistible que, por lo tanto, el contrato resulta inmodificable, que hay un incumplimiento y le reitera el plazo.

Esta comunicación fue suscrita por la funcionaria Adriana Gómez Rubio como encargada de la oficina de asesoría jurídica, esta comunicación es el anexo 9, pero, no tiene fecha, está señalado como respuesta a carta DISPROQUILAB.pdf y básicamente lo que hace es anticipar básicamente una posible decisión.

Sobre este punto quiero resaltar un detalle que a mí me parece relevante, y es que en el numeral 3 dice qué reitera una imprecisión dice que una vez se evidenció que el proveedor contaba con todos los items ofertados, se procedió a cargar el 25 de octubre los documentos en el secop para obtener la aprobación.

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

Esta manifestación no corresponde a la realidad por dos razones, como se dijo, exclusivamente el proveedor se refirió a reactivos, no a la totalidad de los insumos y así esta textualmente, los correos y la entidad pregunta por reactivos, no por insumos y adicional la entidad sabía de estos ítems entonces, esto es una contradicción, porque la misma comunicación remitida por el proveedor en correo electrónico el 25 de octubre de 2023 dice textualmente: "Buenas tardes, se solicita por favor sacar de la cotización los items 843, 844, 846, 847, 848 y 849 debido a que aún no ha salido el contrato y el proceso de importación es de 60 a 90 días y no podemos cumplir.

Sin embargo, a pesar de esto, proceden a cargar el contrato y no dan ninguna respuesta. Es decir, en esta comunicación que le digo, sin fecha, del anexo 9, manifiestan que procedieron a cargar el contrato porque el contratista manifestó que tenía todos los items, lo cual no corresponde con la realidad, porque en la misma fecha se le informó que no, y, adicionalmente manifiesta que tenía la opción de rechazar el contrato y aceptar el contrato y solicitar las posibles modificaciones, lo cual, tampoco corresponde con la realidad, porque acá manifestamos, reitero y quiero ser reiterativo, porque es importante. ¿Por qué si sabían que los items no estaba, aun así, publican el contrato y se lo envíen al contratista para suscribir? Y lo segundo, sabían que tampoco aceptar el contrato y solicitar modificaciones posteriores era viable, porque ya se había explicado cuáles eran las razones del contratista, es decir, el contratista ya sabía que el proveedor no tenía los elementos, por lo tanto, la situación era previsible, aunque no le era irresistible de acuerdo con la causa extraña como exonerante de responsabilidad.

Queremos referirnos adicionalmente, frente al presente caso, como se acreditó en las comunicaciones que se enviaron, esto obedece a una causa extraña exógena al contratista, pues uno, hasta que el contrato no estuviera suscrito no se iba proceder a importar los bienes, porque la cotización es una mera expectativa del contrato, es decir, no le era exigible al contratista la importación de unos elementos que no tenía certeza de ser el adjudicatario del contrato o que su cotización fuera la más favorable para el Instituto, y en segundo lugar, reitero, si desconocía el contratista antes de suscribir el contrato fue diligente y solicitó al proveedor la disponibilidad de los elementos, y ante la respuesta de esos proveedores, es decir, la situación, le era previsible porque, en efecto lo fue porque tuvo conocimiento, pero le es resistible, es decir, aun siendo diligente y como persona que conoce su negocio no podía hacer nada para cambiar esa circunstancia. Es decir, que los elementos no estuvieran disponibles por parte de los fabricantes en Estados Unidos y que adicionalmente, tampoco se pudieran importar en un plazo razonable, sumado a un requerimiento adicional, y es que los proveedores ahora no fabrican menos de 250 unidades mínimo.

Entonces, este tipo de cambios en políticas solo se conocen una vez el proveedor se las informa y el contratista lo que hace es ponérselo en conocimiento al Instituto para que en principio de planeación, en principio de buena fe contractual se tomen las medidas necesarias para que no se le cause un perjuicio al contratista. Es más, si acá vamos al tema de la ejecución, se puede observar estos elementos y por una causa objetiva, son los únicos que no se cumplieron, el contrato queda cumplido en el 91.5% con un detalle adicional, DISPROQUILAB es proveedor del Instituto Nacional de Salud hace 25 años, con una trayectoria de cumplimiento y de seriedad frente al Instituto, es decir, no es un contratista que suela desatender sus obligaciones contractuales, y lo que acá ocurrió, como se dijo, fue que al contratista, creería yo, no de mala fe por parte del Instituto de forma intencional, se le indujo a esta situación, a llevarlo a una situación de incumplimiento que era previsible para ambas partes, y, obviamente le reitero, el contratista acá en la fase precontractual y al momento de la suscripción obró con la convicción real que los items iban a ser excluidos con posterioridad a la suscripción del contrato vía modificatorio, es decir, acá, dentro de los elementos, además como el hecho de un tercero como causa extraña de exoneración de responsabilidad, sin decir que fue la causa determinante, porque como lo señalamos previamente, lo que nos llevó a esto fue el contrato sin haber excluido, si hay, una causa exógena y es la imposibilidad de conseguir los elementos en el mercado y en los tiempos que fueran requeridos por el Instituto, que como le digo, es un hecho irresistible que pone en este caso al contratista, a pesar de sus esfuerzos, de gestionar la consecución de los bienes en una imposibilidad de evitar el daño, esto es, pues, que el Instituto no cuente con los elementos que necesitaba para el contrato.

Esta causa que es requerida en materia de responsabilidad contractual debe ser un papel exclusivo, determinante y, efectivamente, que los proveedores cambien las condiciones en cuanto a importación, producción, sí constituye una causa determinante, porque el contratista del Instituto no pueda hacer entrega los bienes, es decir, este hecho del tercero y esta causa exógena, en virtud del artículo 2344 del Código Civil que es aplicable al presente sí constituye una causa esencial del incumplimiento, esto, sumado, a un tema

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

básicamente de incumplimiento del principio de planeación en la fase precontractual y contractual por parte del Instituto.

Y, finalmente quiero referirme a la tasación que se hace de la sanción. Acá manifiestan como una consecuencia de este presunto incumplimiento la imposición de una cláusula penal del 20% del valor del contrato por un valor de $21.408.595, si bien por regla general la cláusula penal constituye una tasación anticipada de perjuicios que realizan las partes, en materia de contratación estatal, la sección tercera del Consejo de Estado ha modulado esta aplicación y ha referido que las sanciones deberán aplicarse de manera proporcional al porcentaje de incumplimiento del contrato. Es decir, si aún a pesar de los argumentos que acá se han expuesto, la entidad considerará que hay lugar a la imposición de la sanción, en ningún caso la misma podría efectuarse por el valor tasado por la entidad en la situación correspondiente al 20%, misma cifra que está referida en el informe de supervisión, como bien lo refiere el informe supervisión el contrato tiene a la fecha una ejecución del del 91.5% por lo tanto, solamente y como reitero en el caso que la entidad considera que hay lugar a la declaratoria de incumplimiento, la sanción debería versar exclusivamente sobre el porcentaje incluido, esto es, sobre el restante 8,5%, que no fue ejecutado y no sobre la totalidad del contrato, aplicando este principio de proporcionalidad, que ha sido reconocido.

En esos términos finalizó mi intervención, no allego más pruebas adicionales a las que ya fueron allegadas en su momento, correspondientes a las cotizaciones y a las respuestas que dieron los proveedores en las que se manifiesta que no hay el stock de los bienes y el tema del proceso de importación que son de conocimiento de la entidad y obran en el expediente, incluso algunas de estas fueron remitidas como anexos de la citación.

Procede el Despacho a realizar una precisión, para que no haya manto de duda sobre la imparcialidad de la Oficina Asesora Jurídica, indicando que la misma no se ha pronunciado en ningún momento en nada que tenga que ver con relaciones contractuales, ni ha emitido ningún concepto, especialmente porque de conformidad con lo establecido en las competencias señaladas en el Decreto 2774 de 2012, las funciones de contratación recaen sobre la Secretaria General de la entidad, quien se encarga de adelantar los procesos y llevarlos hasta su culminación, inclusive con la liquidación. Aclara que esta oficina, solamente tiene competencia para adelantar el proceso administrativo sancionatorio y quien suscribe el documento mencionado por el Dr. Alejandro es Adriana Gómez quien es la supervisora del contrato y pertenece al área de producción.

Posteriormente, el Despacho le concede el uso de la palabra a la Dra. Carolina Ramírez, garante del presente contrato la cual manifiesta lo siguiente:

(…) Conforme a lo solicitado, me permito remitir los descargos presentados por la Aseguradora en audiencia 11 de enero de 2024, bajo la observación que podría diferir mínimamente en lo expuesto en audiencia, palabras más, palabras menos… Descargos:

En lo que se refiere a los hechos de presunto incumplimiento contractual expuestos en el informe de supervisión o interventoría fundamento de la presente actuación y del análisis de los documentos aportados en la relación probatoria, es posible advertir la concurrencia de un eximente de responsabilidad en cabeza del contratista Disproquilab Ltda., respecto al presunto incumplimiento parcial del contrato No. INS-CYT-424-2023 de acuerdo con las siguientes observaciones:

Como lo explica el mismo informe, el contratista manifestó que la descripción original de la cotización, que para los presentes descargos se identifica como la cotización No. 100 del 2023 y que vale resaltar data del 18 de agosto de 2023, algunos de los productos son de fabricación especial, y otros bajo pedido y su importación se demora 60 a 90 días.

Al remitirse a la mencionada cotización se identifica que, en efecto, únicamente los seis ítems relacionados como presunto incumplimiento cuentan con la anotación expresa "ENTREGA 60-90 DÍAS" y, de hecho, así se evidencia en la transcripción de los mismos ítems en el informe de supervisión o interventoría y tal cual quedó señalado en el contrato No. INS-CYT-424-2023 según la cláusula segunda contractual. Razón por la que, si a la literalidad de las obligaciones del contrato se refiere, no se evidencia el incumplimiento del mismo, en la medida que el contrato presenta acta de inicio de 08 de noviembre de 2023.

Así las cosas y honrando la promesa de entrega establecida tanto en la cotización como en el contrato que

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

es el exigible jurídicamente, los 6 ítems estarían para entrega a más tardar 08 de febrero de 2024 (contando meses de 30 días). Ahora bien, cierto es, como lo sustentan los documentos anexos, que al contratista se le preguntó sobre la disponibilidad de productos de importación y si estos podían ser entregados hasta el 15 de diciembre de 2023, siendo la última confirmación de la disponibilidad el 02 de octubre de 2023. Es decir, que desde esa fecha hasta el día 15 de diciembre de 2023, en efecto, contaba con el tiempo establecido en la promesa de entrega de 60-90 días.

No obstante, como se anotó, el contrato inició el 08 de noviembre de 2023, es decir, para una ejecución menor de 45 días, lo que está por debajo de lo pactado en el contrato. Es decir que a hoy a 11 de enero de 2024 la promesa de la entrega de esos seis ítems no está estrictamente incumplida y hoy, al margen de que el contratista pueda o no cumplir en el tiempo prometido en el futuro, hoy no podrá declararse incumplido el contratista por esta causa. Lo anterior, sin perjuicio de las manifestaciones de la defensa del contratista respecto de que en la fecha que se publicó el contrato la entidad ya conocía la imposibilidad de entrega de estos seis ítems.

A lo anterior se suma, que estando dentro del término ejecución, según se evidencia en la copia de un correo electrónico del 11 de diciembre de 2023 en el que la funcionaria María Carlina Castillo Beltrán, además, de confirmar la necesidad de mantener los ítems contractuales, manifestó su consideración respecto a la solicitud de la prórroga del contrato y reserva.

Lo anterior, sustenta que en primer lugar, el contrato estrictamente no se encuentra incumplido, pues respecto a esos seis ítems en específico la promesa de entrega excede la fecha de terminación del contrato, hechos conocidos por la Entidad y la supervisión desde el momento mismo de la suscripción del contrato y su acta de inicio y por otro lado, al caso concurre una corresponsabilidad de la Entidad Estatal aseguradora o contratante, pues a sabiendas de la eventual mora en la entrega de esos ítems pudo suscribir la prórroga dentro del término contractual y ni siquiera lo estudió, dejando vencer el término contractual en forma despreocupada, permitiendo o llevando al contratista al incumplimiento y desatendiendo las obligaciones legales en materia de control contractual y los fines de la contratación estatal así como el mismo principio de responsabilidad del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 que, incluso es fundamento del informe de supervisión e interventoría, que da base a la presente actuación administrativa.

En tercer lugar, y aterrizando este argumento en lo atinente a la afectación de la póliza de seguros No. 360-47-994000029651 garante del contrato No. INS-CYT-424-2023 me permito resaltar que la misma fue expedida bajo los lineamientos establecidos en el Decreto 1082 de 2015 tal como lo identifica la misma carátula en su título y según el cual: Decreto 1082 de 2015 "ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: 3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de: 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista; 3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista; 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y 3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria." En el mismo sentido, la misma previsión y las condiciones del seguro exigen para la afectación de la póliza, la concurrencia del elemento subjetivo del presunto incumplimiento, determinando que el mismo debe responder a causas exclusivamente imputables al contratista, tal como lo exponen las Condiciones Generales de la Póliza bajo el siguiente tenor:

Condiciones generales garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales decreto 1082 de 2015 capitulo 1 amparos y exclusiones 1. amparos aseguradora solidaria de Colombia, entidad cooperativa, otorga a la entidad estatal contratante, a través del presente contrato de seguro sin exceder el valor asegurado, cobertura para los amparos mencionados en la caratula de la presente póliza, de conformidad con lo previsto en el artículo 1088 del código de comercio según el cual el contrato de seguro es de mera indemnización y jamás podrá ser fuente de enriquecimiento. esta póliza cubre los perjuicios directos con sujeción a las condiciones de la presente póliza, en su alcance y contenido, según las definiciones que en adelante se estipulan: la cobertura del presente contrato de seguro o sus anexos no constituye una fianza, ni es solidaria, ni incondicional, su exigibilidad está condicionada a la ocurrencia del siniestro y la demostración de la cuantía. el amparo esta circunscrito a los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista siempre que el mismo se ajuste al valor asegurado, vigencia de las coberturas y exclusiones, y la reclamación se efectúe dentro de los términos señalados en el art. 1081 del código de comercio. (...) 1.2 amparo de cumplimiento del contrato el amparo de cumplimiento del contrato cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas

del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado, los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales, además de esos riesgos, este amparo comprenderá el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado." por su parte, el capítulo segundo de las mismas condiciones generales relaciona en su numeral 2.1 la siguiente exclusión: "2. exclusiones. los amparos previstos en la presente póliza no operaran en los siguientes casos: 2.1 causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima."

De este modo, esta defensa no encuentra la acreditación del incumplimiento del contrato pues como se indicó la oferta del contratista en el tiempo de entrega de los seis ítems señalados como incumplidos se encuentra expresamente pactada en el contrato, tiempo que a la fecha no ha trascurrido y, las vicisitudes presentadas en lo que respecta no solo a la discrepancia existente entre los tiempos de ejecución y la vigencia del contrato, que debió revisarse al momento de la suscripción, sino a los tiempos tomados por la Entidad en la suscripción y formalización del contrato, así como su desatención del control de los tiempos de entrega de estos específicos ítems a sabiendas de la problemática presentada por el contratista, quien dentro del plazo de ejecución manifestó su imposibilidad de entregar expresamente estos seis ítems antes del 15 de diciembre de 2023, lo que se pudo corregir con la suscripción de una prórroga dentro del plazo de ejecución, denotan la concurrencia de la culpa exclusiva de la Entidad Estatal contratante en el resultado dañoso de la terminación del plazo contractual sin el recibo de toda la relación de los ítems contractuales y, en consecuencia, es colaboradora en su propio perjuicio. Hecho que no solo constituye una causal eximente de responsabilidad exclusiva del contratista en el presunto incumplimiento que se le imputa, sino que se constituye en un hecho no cubierto por el amparo de cumplimiento contenido en la póliza de seguro de cumplimiento No. 360-47-994000029651 e incluso en una expresa exclusión de la misma. Por lo que lo correcto, sería liquidar el contrato en el estado en que se encuentra sin la inclusión de estos ítems y eventualmente suscribir un adicional o la figura jurídica y contractual que proceda para estas situaciones, por los mismos ítems teniendo en cuenta los reales tiempos de entrega prometidos por el contratista.

Al margen de lo anterior, y ya remitiéndome al caso en el que surtidas las etapas de este proceso la Entidad decida, en todo caso, declarar el incumplimiento del contrato No. INS-CYT424-2023 suscrito con la sociedad DISPROQUILAB Ltda., dicha manifestación solo podrá realizarse en sentido de incumplimiento parcial, a cuenta del 91.5% de la ejecución efectivamente recibida a satisfacción por la Entidad y como lo afirma el informe de supervisión.

Dicha manifestación a su turno, ante la eventualidad de que la Entidad decida imponer las sanciones pactadas en el contrato, daría lugar a la aplicación de la sanción de la cláusula penal, pero en forma proporcional a lo no ejecutado o no recibido por la Entidad. Es decir, en razón al 8.5% de inejecución y calcular del 20% de la cláusula penal el porcentaje correspondiente a ese 8.5% no cumplido.

Lo anterior se encuentra sustentado en lo siguiente:

En virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993: "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley. (…)" En este sentido, al no ser la cláusula penal regulada de una manera particular por parte del Estatuto General de Contratación Estatal, la normatividad aplicable a esta institución es la ley civil y comercial. De esta forma, la cláusula penal se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Civil, Título XI, llamado "De las obligaciones con cláusula penal" que en el artículo 1592 define la misma como: "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".

Por su parte el artículo 1596 del Código Civil establece: "ARTICULO 1596. REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL. 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."

La aplicación de la proporcionalidad ha sido también jurisprudencialmente aceptada por las altas Cortes al señalar: "En efecto, como la cláusula penal generalmente se proyecta en función de un incumplimiento total, suficientemente es conocido que el deudor no puede ser compelido a que pague, a la vez, la obligación

principal y la pena, salvo que esta última se hubiere estipulado, entre otros casos, por el simple retardo (artículo 1594 del Código Civil). Por esto, pese a que el acreedor, en principio, no está obligado a recibir por partes lo que se le debe (artículo 1649, ibídem), es claro que si "acepta" en parte el cumplimiento de la obligación principal, la norma transcrita, para evitar un "enriquecimiento indebido" o un "doble pago" , respecto de la parte honrada, otorga a éste el derecho para que la pena estipulada por el simple incumplimiento de esa obligación principal, sea rebajada en la proporción efectivamente ejecutada. De ahí que cuando el acreedor acepta el cumplimiento parcial de la obligación principal, éste puede pedir el valor de la sanción convencional, pero únicamente en el equivalente a la parte incumplida."

Consejo de estado: quien se pronunció respecto del principio de proporcionalidad en la aplicación de la cláusula penal en el siguiente sentido:

"El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extra sistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano – artículo 36 Código Contencioso Administrativo [artículo 44 Ley 1437 de 2011 Nuevo Código Contencioso Administrativo]. Por tanto, el juez –e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. (…) [S]e debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. (…) Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado. Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el subiudice, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato…"

En la misma línea argumentativa se pueden citar diversos pronunciamientos que dirigen a la conclusión, bajo las anteriores consideraciones, que las entidades estatales al hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada contractualmente, deben tener en cuenta el cumplimiento efectivo del contrato a partir del porcentaje de ejecución por el contratista.

En este orden de ideas, del caso bajo análisis, en caso de sanción como ya se anticipó, solo podría derivarse una por incumplimiento parcial del contrato, que debe calcularse con una simple regla en la que si para el 100% de inejecución se aplica la totalidad (100%) de la cláusula penal como sanción, significa que para un porcentaje parcial de inejecución la penalidad se reduce al mismo porcentaje parcial de la cláusula penal, pues la forma correcta de calcular la proporcionalidad conforme a la normativa y jurisprudencia expuesta es el porcentaje pactado en el contrato como cláusula penal al valor no ejecutado o no aceptado por la Entidad Estatal, lo cual deberá encontrarse debidamente tasado y sustentado en el acto administrativo que defina la actuación, no solo como requisito del acto administrativo sino en cumplimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Así mismo, consideramos pertinente advertir, que previo a cualquier afectación de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales - Decreto 1082 de 2015 No. 360-47- 994000029651 y conforme al contrato estatal en su clausula décimo primera, así como el contrato de seguro mismo en el capítulo tercero de las Condiciones Generales numeral 4, tiene prelación la aplicación de la compensación de saldos que existan en favor del contratista y que según se expone en la descripción del informe de supervisión para el caso concreto, en efecto, se encuentra reconocido en favor del contratista el pago de $82.558.723 que se encuentran en trámite; por lo que aunque es una obligación de la Entidad por virtud de la Ley y el contrato tanto estatal como el de seguro, expresamente solicito la suspensión del pago al contratista en la misma cuantía que se encuentra pactada la cláusula penal pecuniaria para efectos de la aplicación de la compensación, que opera por el solo ministerio de la Ley conforme se sustenta en el artículo 1715 del Código Civil.

Finalmente, en lo que respecta a las manifestaciones del contratista a través de su apoderado doctor Castellanos en sus descargos, sustentados en posición de directo ejecutor y conocedor de las diferentes situaciones presentadas en curso de la actividad contractual y principal defensor de la ejecución como original obligado, se coadyuvan los argumentos por ellos expuestos en la presente diligencia.

Con fundamento en lo expuesto, Aseguradora Solidaria de Colombia respetuosamente solicita dar aplicación

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

del literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y ordenar la terminación del proceso de presunto incumplimiento del contrato No. INS-CYT-424-2023 al no encontrar acreditado el incumplimiento del mismo.

En forma subsidiaria se solicita, en caso de no atender la solicitud principal de terminar el proceso, atender y dar aplicación a las Condiciones Generales del Contrato de Seguro de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 360-47-994000029651 expuestas en esta audiencia y, de hecho, ya conocidas por la Entidad Estatal pues se aportan con la carátula de la póliza que fue objeto de aprobación en el proceso contractual, pero que en todo caso y si la Entidad lo requiere se remitirán vía correo electrónico a la finalización de los descargos como prueba, toda vez que las obligaciones y responsabilidades de la Aseguradora se circunscriben a las condiciones, riesgos y coberturas expresamente pactadas en el contrato de seguro y no en las obligaciones del contrato estatal garantizado.

El Abogado Alejandro Castellanos representante del contratista toma la palabra indicando que en virtud de la cláusula 17ª del contrato, relativa a la solución de controversias, DISPROQUILAB, al margen de los descargos que ya se presentaron en esta diligencia, invocamos esta cláusula y estamos abiertos a hacer uso de los mecanismos de arreglo directo que prevé para solucionar esta controversia contractual de forma directa y evitar es que la situación sea más gravosa para el contratista y también buscar alguna alternativa para la entidad si así lo considera.

El Despacho le otorga la palabra a la supervisora del contrato la funcionaria Adriana Leonor Gómez, quien señaló que sobre la carta de respuesta número 2 , que en efecto está firmada por mí, quisiera aclarar que la información que allí aparece corresponde a los correos que se cruzaron en la etapa precontractual y en la cual la supervisión no participó, también quisiera hacer claridad, que la oficina asesora jurídica, en ningún momento participó de nada de este proceso, sino ya hasta el momento en que se entrega el informe del presunto incumplimiento, también quisiera mencionar, que la solicitud de modificación del contrato presentada por DISPROQUILAB fue consultada ante el Grupo de Gestión Contractual y se recibió una respuesta negativa para continuar con el trámite, no lo consideraron procedente, y en tercer lugar, quisiera mencionar que los elementos no entregados son requeridos por el área misional y por tanto, no se considera como opción renunciar a la adquisición de estos ítems.

Posteriormente, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica le preguntó al contratista si los insumos que hacen falta por entregar ya los solicitaron, lo anterior, teniendo en cuenta lo manifestado por la aseguradora.

La señora Flor Representante Legal de Disproquilab Ltda manifestó que sí se solicitaron, pero que están agotados, y no saben cuánto tiempo se puedan demorar porque son productos de muy baja rotación y el otro inconveniente, es que ellos no van a despachar 3 unidades, dado que despachan paquetes de 250 unidades en adelante siendo otra falla que se nos presenta para poder cumplir con el contrato.

El Despacho le pregunta al Dr. Alejandro si en virtud de la cláusula decimoséptima tienen en este momento alguna fórmula de arreglo, quien indica lo siguiente: *"Sí doctora, habíamos contemplado la posibilidad de que fueran reemplazados por otros items que el Instituto tuviera la necesidad en este momento para suministro y se pudiera reemplazar estos elementos por otros como una alternativa de arreglo directo".*

Así las cosas, se suspendió la audiencia en virtud del literal d del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin analizar el material probatorio y los descargos que fueron presentados por el contratista y el garante, informando a las partes que la reanudación se informará a través de correo electrónico. Siendo las 11:20 de la mañana, se da por terminada la primera sesión.

10. Mediante correo electrónico se citó al contratista y a la aseguradora con el fin de reanudar la audiencia por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 el día 30 de enero de 2024 a las 2:00 p.m.

11. El 30 de enero de 2024 a la 11:32 a. m. el apoderado Disproquilab Ltda., Alejandro Castellanos, mediante correo electrónico remitió propuesta de arreglo directo dentro del proceso sancionatorio contractual adelantado en contra de Disproquilab Ltda, derivado del contrato INS-CYT-424-2023, en los siguientes términos:

"(…) me permito allegar una fórmula de arreglo directo para la entrega de los ítems que a continuación se relacionan y que dieron origen al proceso sancionatorio contractual en contra de mi representada.

Disproquilab Ltda estaría en condiciones de hace entrega al INS de los ítems N° 843 846, 847 y 849 en el término de un (1) mes contado a partir de la aceptación de la entidad, sin que exista variación en el costo ofertado de los mismos (...)"

12. El 30 de enero de 2024 a las 2:00 p.m. se reanudó la audiencia que tenía como finalidad decidir el presunto incumplimiento del contrato, sin embargo, la jefe de la OAJ señaló que a las 11:32 a.m. se recibió correo electrónico por parte del contratista, el cual contiene un formula de arreglo directo y en ese sentido procede dar lectura del documento en su integridad. Acto seguido, se le solicita al contratista que indique que pasaría frente a los items 844 y 848, a lo cual el contratista responde que no fueron objeto de propuesta porque no saben si los pueden conseguir con el fabricante y no tienen una fecha cierta de entrega. Al respecto, la supervisora del contrato manifiesta que la necesidad persiste y considera viable recibir los ítems para cumplir con el desarrollo de los procesos misionales.

13. Finalmente, la Jefe de la Oficina indicó que se acepta la propuesta presentada por el contratista teniendo en cuenta que la necesidad de la entidad en ese sentido se suspendió la audiencia con el fin de verificar el cumplimiento en la entrega de los ítems, y, en consecuencia, se fijó como fecha de reanudación el 15 de marzo de 2024 a las 9:00 a.m.

14. El 11 de marzo de 2024 mediante correo electrónico la supervisora remitió a la OAJ correo electrónico del 8 de marzo de 2024 enviado por la representante legal de Disproquilab en el que informa que: "*el día 14 de febrero se entrego item 849. 29 de febrero item 848 y 846 recibio brehiner rodriguez, El item 844 definitivamente no se puede entregar por que su presentacion minima de venta es de 250 unidades y se intento buscar pero no se logro (...)*" (Sic) Al respecto, la supervisora del contrato en la misma fecha solicitó al contratista: *"(...)Por favor me informa la fecha prevista para la entrega de los ítems 843 y 847 (...)".*

15. El 14 de marzo de 2024 remitió el correo enviado por el contratista en el que manifiesta: *"(...) que el item 847 esta en la aduana porque nos estan cobrando los impuestos doble y ya se haboa cancelado cuando se hizo la importacion , y el 843 se entaria entregango para mayo . el item 844 su presentacion ahora de venta es bolsa x 250 unidades (...)"*

II. MARCO NORMATIVO Y COMPETENCIA PARA ADELANTAR EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL

El instituto Nacional de Salud, a través de la suscrita Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, cuenta con plenas facultades para adelantar, tramitar y decidir el proceso administrativo sancionatorio contractual que nos ocupa, como se deprende del ordenamiento normativo que a continuación se detalla, además de las funciones propias del cargo que también se ilustran:

Constitución Política de Colombia

Artículo 29. "*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*" (...) *Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*"

Ley 1150 de 2007

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 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.***

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

***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."*

Ley 1474 de 2011

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:*

***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."*

Ley 80 de 1993

Artículo 3. 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."

Artículo 4. De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. "*Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

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

2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar*. (…)*

6. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado*."*

Artículo 5. De los Derechos y Deberes de los Contratistas. "*Para la realización de los fines de que trata el artículo 3. de esta Ley, los contratistas:*

"(…) Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trabamiento que pudieran presentarse. 4 garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello."

Artículo 23. De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. "*Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*"

Como fundamento en otra fuente de derecho, desde el ámbito de la jurisprudencia encontramos, las siguientes sentencias, cuyas principales Ratio *decidendi* se resumen en:

- En cuanto a su ideario constitucional, la actividad sancionatoria de la Administración *"(…) persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta (…)"*[1].

- En cuanto a su origen, la sanción administrativa, constituye la *"(…) respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la Administración (…)"*[2].

  En cuanto a su finalidad, dicha potestad se ejerce *"(…) a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que, no obstante, ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de poner un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente"*[3].

- En cuanto su control de legalidad *"la decisión sancionatoria adoptada por la Administración está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo"*[4].

Finalmente, se tiene que de conformidad con lo establecido en el artículo séptimo del Decreto 2774 de 2012, son funciones de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Nacional de Salud: *"(…) 15. Coordinar y adelantar los procesos administrativos sancionatorios que adelante el Instituto":*

Así mismo, mediante la Resolución 070 del 27 de enero de 2014 se delegó en la Oficina Asesora Jurídica: *"(…) la citación, el trámite, la decisión y demás actuaciones propias del trámite administrativo sancionatorio contractual en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas que lo reglamente*".

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

---

[1] Corte Constitucional Sentencia C-506 de 2002. Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA
[2] Corte Constitucional Sentencia C-597 de 1996. Magistrado Ponente: ALEJANDRO BARRER0A CARBONELL
[3] Corte Constitucional, ibídem
[4] Corte Constitucional, ibídem

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

El Instituto Nacional de Salud —INS- es un Instituto Científico y Técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social, identificado con NIT. 899999403-4, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D. C., en la Avenida calle 26 No. 51- 20 CAN. Creado mediante Decreto 470 de 1968, con cambio de naturaleza jurídica según Decreto 4109 de 2011 y reestructurado mediante el Decreto 2774 y 2775 de 2012, cuyo objeto es: (i) el desarrollo y la gestión del conocimiento científico en salud y biomedicina para contribuir a mejorar las condiciones de salud de las personas; (ii) realizar investigación científica básica y aplicada en salud y biomedicina; (iii) la promoción de la investigación científica, la innovación y la formulación de estudios de acuerdo con las prioridades de salud pública de conocimiento del Instituto; (iv) la vigilancia y seguridad sanitaria en los temas de su competencia; la producción de insumos y biológicos; y (v) actuar como laboratorio nacional de referencia y coordinador de las redes especiales, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación.

En ese sentido, es de suma importancia resaltar que la administración pública cuenta con diversos instrumentos jurídicos para dar cabal cumplimiento al objeto y obligaciones pactados en los contratos estatales, lograr el desarrollo y satisfacción de los fines de la contratación pública y garantizar el desenvolvimiento de sus actividades y funciones. Es así como el legislador ha otorgado a las entidades públicas ciertas prerrogativas que le permiten estar en una situación de superioridad, prevalente y privilegiada, frente al particular contratista.

Dentro de esas prerrogativas legales se pueden enlistar, entre otras, la caducidad, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral y la cláusula de reversión, así como la cláusula de multas y la posibilidad de declarar el incumplimiento para el cobro de la cláusula penal pecuniaria[5]. Estas dos últimas, junto con la cláusula de caducidad, son manifestaciones de la llamada potestad sancionatoria de la administración pública que hacen parte del género *ius puniendi* del Estado. Así pues, la potestad sancionatoria en materia contractual que se reconoce a las entidades estatales se encuentra señalada en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

En relación con esos poderes, es preciso indicar que las autoridades administrativas pueden acogerse a las formas propias que el legislador determinó para configurar cada uno de los elementos que garantizan el pleno goce del derecho al debido proceso en desarrollo de la actuación administrativa según su naturaleza. En ese sentido, el procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tiene por objeto hacer uso de las sanciones y, con ello, lograr la efectiva ejecución del contrato estatal, de conformidad con los parámetros técnicos, administrativos, financieros y jurídicos exigidos por la Entidad contratante, que garanticen la materialización de las finalidades perseguidas con la contratación estatal. Dicho procedimiento reúne todos los requisitos que en esta materia garantizan el debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

En atención a lo señalado en el capítulo que hace referencia al marco normativo en el presente acto administrativo, la administración pública y, en el caso concreto, el INS, tiene la facultad de sancionar al contratista que no ha ejecutado, o que ha ejecutado tardía o defectuosamente el objeto y obligaciones pactadas en el contrato estatal mediante la declaratoria de incumplimiento parcial o total, pudiendo imponer sanciones de orden pecuniario, tales como la cláusula penal pecuniaria o las multas, la cual se determina según el estado del negocio jurídico incumplido.

Al respecto, es importante resaltar que, así como la ley[6] permite a las entidades tener un control y dirección en torno a los contratos estatales, resulta apenas lógico que también ostenten la facultad para acudir a *ius punendi* cuando en ejercicio de esas potestades detecten que la parte contratista incumplió el objeto y obligaciones contractuales de manera parcial, defectuosa o total, agotando siempre el debido proceso entendido como la garantía que tiene el contratista de contar con un espacio para fijar su posición sobre los cargos que se le endilgan.

La doctrina aprueba la anterior postura manifestando que "*de nada serviría que la Administración pública tuviera, en el proceso de ejecución de los contratos administrativos, un poder de dirección y control de esa ejecución, si en forma correlativa a ese poder no tuviera también la potestad de sancionar las faltas en que incurra el cocontratante particular*".[7]

---

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

[6] Ley 80 de 1994, artículo 4°. De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales.

[7] ESCOLA, HÉCTOR. *Tratado Integral de los contratos administrativos*, t.I: Parte general, Buenos Aires, Depalma, 1997,p.406

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

Teniendo certeza sobre la potestad sancionatoria otorgada por el ordenamiento normativo para que la administración pública pueda aplicar el poder sancionador del Estado en contra de los contratistas que incumplan lo expresamente acordado en el clausulado contractual, es relevante articular dicha potestad con el debido proceso como derecho fundamental.

En efecto, el derecho de cualquier administrado a ser escuchado en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio y poder fijar una postura en relación con los cargos que se le imputan; así como a pedir, aportar pruebas, controvertirlas y que sus pronunciamientos se valoren de manera integral para efectos de adoptar la decisión de fondo, se conoce como el derecho fundamental al debido proceso, que como se abordará, no sólo debe estar presente en actuaciones judiciales sino de cualquier tipo incluidas las administrativas.

Este derecho adquirió el rango de *fundamental* con la promulgación e institucionalización de la Constitución Política de Colombia, cuyo artículo 29° lo acogió de la siguiente forma:

"*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las 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* (…)"

El hecho de que el debido proceso irradie las actuaciones administrativas implica que incluso haga parte de la actividad contractual de la administración pública, incluidos los procesos sancionatorios contractuales, siendo importante aclarar que el debido proceso no es exclusivo de actuaciones sancionatorias, sino que tiene activa presencia en los procedimientos que no conllevan necesariamente una sanción.

Es así como el debido proceso bajo su espectro de derecho fundamental se entrevé en la etapa precontractual en la que para seleccionar un contratista por contar con el ofrecimiento más favorable, se debe agotar el proceso contemplado por la norma para cada modalidad de selección garantizando los espacios en los que los proponentes se puedan manifestar, por ejemplo, presentando observaciones frente al resultado del informe de verificación de requisitos mínimos habilitantes y el de la ponderación de los factores de escogencia.

En la etapa contractual también se aprecia cuando para el perfeccionamiento y celebración de los contratos se verifica el agotamiento de los requisitos propios de la tipología contractual a celebrarse, cuya inobservancia puede configurar incluso una conducta punible.

Con mayor vigor se erige el debido proceso en la etapa postcontractual en lo referente a la liquidación de los contratos y particularmente con la declaratoria de incumplimiento, porque ésta podría generar una desmejora para el contratista como castigo por la inobservancia del objeto y obligaciones contractuales, lo cual envuelve inexorablemente la oportunidad para defenderse y controvertir lo que en su contra se establezca, como manifestación propia del debido proceso, que no consiste en el agotamiento mecánico de un *iter procesal*; sino de asegurar un espacio para que el contratista señale su postura a través de la exposición de argumentos de defensa que deben valorarse integralmente[8] por el operador judicial o administrativo en la decisión que adopte.

Las diferentes aplicaciones del debido proceso son entendidas por la doctrina, así:

"*Ahora bien, el debido proceso no se aplica únicamente en relación con las sanciones contractuales. Por el contrario, el hecho de que exista el derecho fundamental al debido proceso de obligatoria aplicación en toda actuación administrativa – entre ellas, cualquier actuación de la Administración Pública en un contrato- ha llevado a que existan diversas manifestaciones del debido proceso que no necesariamente implican la adopción de una decisión sancionatoria en particular.*"[9]

Así pues, en lo que tiene que ver con el Proceso Sancionatorio Contractual adelantado en contra de Disproquilab Ltda., el debido proceso estuvo presente en cada una de sus etapas, pues desde que comenzó el proceso se garantizó el espacio procesal contemplado en la norma – audiencia pública – agotando el *iter procesal* estipulado en el artículo 86° de la Ley 1474 de 2011 con la finalidad de que el contratista y garante del contrato estructuraran y ejercieran su

---

[8] PARRA, QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, p.8 "**PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA". "**En un proceso no solo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie, en **todos esos casos la necesidad de estudiar la prueba como un todo, salta** a la vista, estudios que se debe hacer buscando las concordancias y divergencias, a fin de lograr el propósito indicado."

9 MONTAÑA, PLATA Alberto, RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. El Poder Sancionador de la Administración Pública: Discusión, Expansión y Construcción, p.506

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

derechos de defensa y contradicción, de tal manera que el Despacho pueda llegar a una decisión en derecho y con fundamento en los supuestos fácticos y lo probado en el proceso.

Nótese entonces que el proceso que nos concierne, su desarrollo y decisión se basan en la estricta aplicación no solo de lo preceptuado en el artículo 86° de la Ley 1474 de 2011, sino en lo consagrado en la Constitución Política y la Ley 1150 de 2007 sobre el debido proceso y la evacuación de sus etapas, por lo que para este Despacho concluir sin asomo de duda y con total certeza que la decisión que se adopta está revestida de la legalidad y con una sólida motivación que guarda plena congruencia con lo ocurrido en cada fase de la actuación administrativa.

IV. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS Y PRUEBAS DEL CONTRATISTA

Le corresponde a este Despacho realizar un análisis de los argumentos esbozados por las partes, abordando los siguientes aspectos:

En primer lugar, es preciso aclarar la aplicación del principio de planeación, expresando que el Instituto Nacional de Salud realiza un acucioso ejercicio de planeación para contratar los bienes y servicios que requiere para cumplir con los fines que le asisten por virtud de la norma. En el contrato cuyo cumplimiento es objeto de discusión, se tiene que la necesidad que lo llevó a la vida jurídica estaba consignada desde la estructuración del Plan Anual de Adquisiciones del Instituto, pero no solo ello prueba la debida planeación sino que además lo estudios previos determinaron las que serían cláusulas de la esencia, de la naturaleza y las accidentales del contrato en las que la definición del objeto, el plazo y el valor no surgieron de una ocurrencia de la parte contratante sino que obedeció a un minucioso estudio descrito ampliamente en los estudios previos, luego no es de recibo para el Despacho la falta de planeación argüida por el apoderado de la parte contratista y coadyuvada por la parte garante del contrato.

Diferente escenario es que un colaborador del Instituto haya asumido la vocería de la Entidad indicando información que no le correspondía suministrar no solo porque no es parte del contrato, es decir, su voluntad no tiene ningún tipo de fuerza vinculante en el negocio jurídico; sino porque lo expresado sobre la realización del modificatorio, no tenía asidero justificativo en el Estatuto General para la Contratación de la Administración Pública ni en las fuentes del Derecho, lo que nada tiene que ver con el ejercicio de planeación, que se reitera, si se hizo adecuadamente, saliéndose del control de cuerpo directivo del Instituto y la ordenadora del gasto lo que sus colaboradores puedan pactar con los futuros contratistas.

Ahora bien, más allá de lo que haya pactado entre un abogado contratista del INS con el futuro contratista, lo cierto es que, como lo señaló el apoderado de Disproquilab, se trata de una seria y reconocida sociedad que ha venido celebrando contratos con el Estado Colombiano en no menos de 25 años, lo que le permite contar con toda la experiencia necesaria para entender que las partes están obligadas a lo expresamente pactado en el clausulado del contrato y no a los acuerdos privados que quien no es parte del contrato pueda llegar a ofrecer, razón por la cual no tiene vocación de prosperar el argumento según el cual se atentó contra la buena fe de la parte contratista.

Como refuerzo de lo hasta acá explicado, es relevante abordar el principio de planeación como a continuación se ilustra:

Principio de Planeación en materia contractual

Como se sabe, la administración pública gestiona la consecución de sus fines y propósitos mediante dos grandes instrumentos: el acto administrativo y el contrato. Los fines y propósitos específicos que explican y justifican la presencia del acto administrativo y el contrato estatal tienen que estar en consonancia con los fines propios del Estado, tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política.

Es una manifestación del principio decir que la celebración de un contrato estatal deba estar precedida de un plan, de un proyecto, que permita dirigir y encauzar eficientemente los recursos físicos y humanos con que se cuenta para lograr el objeto del contrato, esto es, para conseguir el bien o el servicio que se pretenda. De hecho, la puesta en marcha de cualquier empresa, por pequeña que sea, requiere que el responsable planifique las acciones necesarias para sacarla adelante. Ningún buen padre de familia — la administración debe ser gobernada con criterios de buen padre familia — adelantaría una obra, una gestión, un trabajo, sin planear mínimamente la acción, so pena de poner en riesgo la estabilidad de su familia.

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

La planeación es uno de los principios básicos de la administración. Hablando de las similitudes entre la gestión pública y la gestión privada, Gulick y Urwick decían que un buen ejecutivo debe planificar, organizar, integrar personal y dirigir. Por su parte, Álvaro Rodríguez Reyes dice que la planeación es "*en su concepción más general una manifestación inherente a la naturaleza humana; es el resultado de la facultad racional del hombre del pensar antes de actuar o expresado con la máxima sencillez, planear es prepararse para la acción. Y si llevamos nuestro enfoque un poco más hacia la compaginación de lo económico con lo organizativo, encontramos en la planeación un producto reflexivo de la inteligencia humana, un recurso para conducir la acción con un sentido de orden y previsión, a fin de obtener el máximo de provecho con el máximo de esfuerzo*".

La planeación, entonces, desempeña un papel de suma importancia en la actividad contractual, pues se trata de una técnica de la administración encaminada a lograr el uso eficiente de los recursos y permite cumplir los fines del Estado de una manera oportuna y adecuada. Es por eso que las entidades públicas, antes de iniciar un proceso de selección o de celebrar un contrato estatal, tienen la obligación de elaborar estudios, diseños, proyectos y pliegos de condiciones, que permitan determinar, entre otras cosas, la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la modalidad de selección del contratista, el tipo de contrato y la disponibilidad de recursos. Se evita así la improvisación en la gestión pública, los gastos excesivos y se garantiza que la administración actúe con objetivos claros, cuestiones que, a su vez, aseguran la prevalencia del interés general.

Sobre el tema, conviene traer a colación, por lo pertinente, la sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 14854, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que explicó que la planeación es un principio de la actividad contractual y que, incluso, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 era exigible a las entidades públicas contratantes. La sentencia explica:

"La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

El aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance que se señalan, no solo ha sido consagrado en el Estatuto de Contratación actualmente vigente, contenido en la Ley 80 de 1993, respecto del cual la Ley 1150 de 2007 ha adoptado disposiciones encaminadas a fortalecerlo, sino que también ocupó la atención del legislador al expedir el Decreto-ley 222 de 1983, tal y como se advierte de la interpretación hecha a varios de sus artículos, entre ellos el numeral 2 del artículo 30, el cual estableció algunas exigencias respecto del contenido de los pliegos de condiciones; el artículo 46 que reguló aspectos relacionados con la disponibilidad de las partidas presupuestales y el registro presupuestal; el parágrafo 1º del artículo 83 del citado Decreto-ley 222 de 1983 referido a los requisitos y el procedimiento aplicables a la selección de los contratistas, en función de la cuantía del respectivo contrato de obra, determinada en la estimación del presupuesto oficial. (…)

Pero la planeación no solo mira hacia la administración. Naturalmente, los contratistas también están en el deber de planificar las acciones y gestiones necesarias para cumplir cabalmente sus prestaciones. De hecho, el profesionalismo con que debe actuar un contratista habitual del Estado, lo obliga a estar bien informado sobre las gestiones, proyectos, iniciativas, que la administración esté promoviendo a efecto de proponer, si es del caso, ofertas de contratos capaces de responder a las expectativas de la administración. **No puede admitirse que empresas y empresarios**

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

conocedores de todas las variables de sus negocios digan que firman contratos a oscuras, en la ignorancia, y que luego son sorprendidos por el Estado. Y todo eso hace parte de un principio básico del contrato, que no es otro que el de la buena fe contractual, que va más allá del comportamiento cabal y honesto, puesto que implica el conocimiento de las condiciones en que se desarrollará el vínculo jurídico, en orden a asegurar la mutua confianza de las partes. La buena fe reina en la etapa contractual, pues es la base de todas las relaciones o vínculos obligacionales. De hecho, la aplicación del principio de buena fe incluye la formación del contrato, como lo asegura Rodrigo Escobar Gil. [10]

Queda claro entonces con lo esbozado que, ese "error "al que según el apoderado se indujo a Disproquilab así como la supuesta falta al principio de la buena fe, quedan desvirtuados de plano, dado que no se trata del primer contrato que la sociedad firma y ejecuta con el Estado sino que tiene una amplia y reconocida trayectoria que le impide ser asaltado en su plena confianza y creer ciegamente en pactos que le ofreció una persona que no tiene competencia alguna para tomar decisiones que le atañen exclusivamente a la ordenación del gasto.

En segundo lugar, estudiadas las pruebas presentadas por las partes, para este Despacho resulta probado que en la etapa precontractual y antes del perfeccionamiento del contrato, el contratista Disproquilab Ltda, manifestó la imposibilidad de entregar los ítems 843, 844, 846, 847, 848 y 849; pero esa imposibilidad no tiene su fuente de origen en la voluntad de la sociedad sino que se debió a que el proceso de importación de dichos elementos requería un tiempo entre 60 a 90 días; tiempo que no es del resorte de la empresa sino de los trámites propios para el ingreso al país de determinados bienes como lo son algunos de los contratados.

Lo anterior se demuestra con las comunicaciones entre el contratista y la entidad desde antes del perfeccionamiento del contrato en la plataforma Secop II, adicionalmente, en la cotización presentada por el contratista (Anexo 7) de fecha 18 de agosto de 2023 valida por 90 días, se advierte que los ítems mencionados estaban bajo condiciones de entrega estimadas en un plazo de 60 a 90 días.

Es así como para este Despacho empieza a tener certeza de que la entidad desde la presentación de la oferta, que hace parte integral del contrato, conocía los plazos de entrega de los bienes ya mencionados. Posteriormente, el 25 de octubre de 2023, la entidad publica el contrato INS-CYT-424-2023 en la plataforma Secop II, y procede a solicitar la aprobación del contratista y éste, el mismo día manifiesta lo que ya había advertido, que no podía cumplir con los items 843, 844, 846, 847, 848 y 849 con ocasión de los tiempos que implican el trámite de importación

Al respecto, este Despacho considera pertinente mencionar que, la imposibilidad en el cumplimiento de un contrato es la situación en la que se encuentra el contratista o deudor de una determinada obligación en la que no obstante haber desplegado la conducta que era esperable y exigible por el contratante o acreedor, no le es posible ejecutar su prestación o satisfacer el interés de éste por causa o con ocasión de un acontecimiento u obstáculo de carácter absoluto e insuperable, que es totalmente ajeno a su voluntad y que tiene la virtualidad de liberarlo o de extinguir la obligación a su cargo.

Ahora bien, no cualquier imposibilidad tiene la virtualidad de liberar al deudor (en este caso, el contratista) o de extinguir la obligación a su cargo, por cuanto la causa que da lugar a esa situación, debe ser: i) sobrevenida, es decir, que el deudor no tenga conocimiento o no hubiera podido prever su ocurrencia al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico; ii) Definitiva, es decir, que sus efectos o consecuencias no puedan ser asumidos o sorteados a través de otros mecanismos desde el inicio de la ejecución del contrato; iii) Objetiva, es decir, que no se ocasione por una mera dificultad subjetiva, personal o económica del deudor, sino que sea totalmente ajena a su voluntad y; iv) que sea imprevisible e inevitable para éste, es decir, que el deudor no haya podido contemplar su advenimiento previamente a su ocurrencia y que no haya sido posible evitar o menguar sus consecuencias o efectos.

Por regla general el deudor en este caso, el contratista responde por el incumplimiento de la prestación a la que se obligó, salvo aquellos casos en los que ésta se hace imposible de cumplir o ejecutar por una causa extraña a él, esto es, por la ocurrencia de un hecho que se constituya en un caso fortuito o fuerza mayor, por el acto de un tercero o por el acto del acreedor (contratante), siempre y cuando éste no haya dado lugar a la misma con su conducta.

---

[10] Sentencia AC-1919 de 2014. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC). Actor: CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A. Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C. La Sala decide la acción de tutela interpuesta por la Constructora Conconcreto S.A. en contra de la sentencia del 13 de junio de 2013, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

Así, ante un determinado acontecimiento o suceso se constituye en una fuerza mayor con la virtualidad de liberar al deudor de su obligación, éste debe ser imprevisible, es decir, que razonablemente no se hubiera podido prever su ocurrencia; irresistible e inevitable; es decir, que no se hubiera podido evitar previamente o atenuar las consecuencias nocivas de su producción; y debe ser totalmente ajeno a la voluntad y actividad del deudor.

Es de precisar en éste punto, que la imprevisibilidad o irresistibilidad de un determinado acontecimiento que pueda ser constitutivo de una fuerza mayor con la virtualidad de liberar al deudor de su obligación, no son nociones de carácter objetivo, sino que se debe valorar en cada caso tanto las circunstancias particulares en las que éste se produjo, la probabilidad de su producción en las condiciones normales de ejecución del contrato; así como también lo acordado por las partes en el contrato respecto de dicho fenómeno y la posible responsabilidad a cargo de cada una de las partes ante su ocurrencia.

Pero además, para establecer si el fenómeno al que se alude tiene la virtualidad de liberar al deudor de su obligación se debe valorar su grado de diligencia en las diferentes etapas de ejecución del contrato.[11]

Aterrizando lo anterior al caso concreto, es irrefutable que se configura una causa ajena a la voluntad del contratista y no es otra que un proceso de importación en el que si bien participa el contratista, éste no tiene injerencia en la definición de los protocolos y términos del proceso; es decir, no puede resistir y mucho menos prever el tiempo final del trámite de importación, destacando que fue acucioso en su proceder y advirtió desde la presentación de su cotización acudiendo a su experticia que el plazo estimado para la consecución de los ítems oscilaba entre 60 y 90 días, frente a lo cual, infortunadamente se avanzó con el perfeccionamiento y ejecución del contrato que naturalmente incorporó esa cotización, por lo que mal haría esta oficina en desconocer esa advertencia y sancionar al contratista que con la debida antelación señaló los términos de importación.

Es por todo lo anterior que, con base en el plenario queda acreditado que la no entrega de los bienes faltantes obedece a una circunstancia no atribuible al contratista por lo que la consecuencia natural del procedimiento es declarar configurada la causal de exoneración y *por contera* ordenar el cierre y archivo de la actuación administrativa, no sin antes advertir que el contratista en la segunda sesión de audiencia manifestó su deseo de cumplir y entregar durante febrero y marzo, 4 de los 6 bienes que fueron objeto de presunto incumplimiento, es decir, que entregaría los ítems 843, 846, 847 y 849, propuesta que fue aceptada por este Despacho debido a que la necesidad de contar con los insumos persistía de conformidad con lo manifestado por la supervisora del contrato.

En virtud de lo anterior, la audiencia se suspendió con el fin de que el contratista entregara los ítems antes señalados, motivo por el cual el 11 de marzo de 2024 mediante correo la supervisora del contrato informó que de acuerdo con lo señalado por el contratista con corte 8 de marzo se recibieron los ítems 849, 848 y 846, asimismo, indicó que el ítem 844 no podría ser entregado debido al número de unidades que solicita el fabricante, el cual es superior a 250.

Así pues, se tiene entonces que los ítems 843, 844 y 847 no fueron entregados en la fecha señalada en la audiencia y ya no serán recibidos por la entidad teniendo en cuenta que el plazo precluyó, es decir, que pese a que el contratista estaba en una causal que lo eximia de responsabilidad en el desarrollo de esta actuación entregó 3 de los 6 ítems que fueron objeto de presunto incumplimiento, razón por la cual este Despacho reitera que es procedente archivar la actuación administrativa.

Nótese entonces que el proceso que nos concierne, su desarrollo y decisión se basan en la estricta aplicación no solo de lo preceptuado en el artículo 86° de la Ley 1474 de 2011, sino en lo consagrado en la Constitución Política y la Ley 1150 de 2007 sobre el debido proceso y la evacuación de sus etapas, por lo que este Despacho puede concluir sin asomo de duda y con total certeza que la decisión que se adopta está revestida de la legalidad y con una sólida motivación que guarda plena congruencia con lo ocurrido en cada fase de la actuación administrativa.

En virtud de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE

---

[11] Sentencia 54614 de 2017. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C - Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017).. Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614). Actor: CONSORCIO POZOS DE BOGOTA. Demandado: BOGOTA DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DISTRITAL DE AMBIENTE. Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA).

""Por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda."

ARTÍCULO PRIMERO: **ORDENAR** la terminación y archivo del Proceso Administrativo Sancionatorio adelantado en virtud del contrato INS-CYT-424-2023 suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y Disproquilab Ltda cuyo objeto consistió en: adquisición de reactivos, elementos e insumos de laboratorio indispensables para realizar las actividades científicas y tecnológicas que garantizan el cumplimiento misional en el marco de los diferentes proyectos en salud pública del Instituto Nacional de Salud. (ítems 6,35,36,49,50,52,162,181,192,193,200,211,215,237,238,255,257,270,307,308,321,322,325,340,349,418,423,424,467,476,510,511,582,659,695,734,745,747,759,760,761,773,793,801,816,838,842,843,844,846,847,848,849,853,854, 860,861,901, 907,908,911,915,924,925,926,940,961,1090, 1102,1109 y 1114.)

ARTICULO SEGUNDO: **NOTIFICAR** en estrados el contenido de este acto administrativo al contratista Disproquilab Ltda y al garante del contrato, Aseguradora Solidaria de Colombia, advirtiéndoles que contra el mismo procede recurso de reposición, de conformidad con el literal c) del artículo 86° de la Ley 1474 de 2011.

ARTICULO TERCERO: Comunicar al Grupo de Gestión Contractual, al grupo de Gestión Financiera del INS y a los supervisores del contrato, para lo de su competencia.

ARTICULO CUARTO: La presente resolución rige a partir de su ejecutoria.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Dada en Bogotá D.C., a los 15 MAR 2024

PAULA ANDREA ARENAS SOTO
Jefe Oficina Asesora Jurídica INS

Proyectó: Ivonne Marquez Figueroa - Contratista OAJ.
Ana María Salazar Molano- Contratista OAJ.