Por la cual se declara el incumplimiento del Comunicado de Aceptación de Oferta Nro. 00011-2023-DROC.

LA DIRECTORA REGIONAL OCCIDENTE

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las consagradas en el artículo 211 de la Constitución Nacional, en los artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y numeral 10 del artículo 25 ibídem, el Artículo 110 del Decreto 111 de 1996, Artículo 51 de la Ley 179 de 1994, numeral 13 del artículo 40 de la Ley 938 de 2004, el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, la Ley 2069 de 2020, el Decreto 1860 de 2021, el Decreto 142 de 2023, los demás decretos reglamentarios y la Resolución Nro. 00764 del 09 de septiembre de 2024, en armonía con el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y,

CONSIDERANDO

I. **ANTECEDENTES**

Mediante Invitación Pública Nro. Mic-0015-DROC-2023 de fecha 10 de mayo, el Director Regional Occidente, dio inicio al proceso de mínima cuantía cuyo objeto fue la *"adquisición de un carro auxiliar para el transporte de materiales con destino a la Regional Occidente"* y las especificaciones técnicas fueron las siguientes:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN GENERAL	CONDICIONES TÉCNICAS MÍNIMAS REQUERIDAS	Q	COSTO UNITARIO	IVA	SUBTOTAL SIN IVA
1	CARRO AUXILIAR PARA EL TRANSPORTE DE REACTIVOS	• Dimensiones aproximadas de 980 a 990 mm de largo x 680 a 690 mm de ancho x 1035 a 1050 mm de alto. • Tres (3) entrepaños. • Con borde de 70 mm de profundidad para contener productos o derrames. • Superficies lisas diseñadas para resistir la decoloración. • Estantes o entrepaños ajustables, a prueba de corrosión y en material de polímero anti corrosivo. • Capacidad por cada entrepaño 60 kg mínimo. • Con mango ergonómico de agarre para transportar. • Con cuatro (4) ruedas giratorias de alta calidad, y que resista el peso. • Con protección que inhiba el crecimiento de bacterias, moho y hongos que causan olores,	1	$2.521.008	19%	$2.521.008

		manchas y degradación del producto. • Con 3 paneles de protección alrededor en los 2 estantes de abajo. • Garantía mínima de un (1) año por defectos de fabricación y calidad en los materiales.				

Surtido el procedimiento de selección, el instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Regional Occidente aceptó de manera expresa e incondicional la oferta de la proponente YENNY CECILIA MONCADA PRADO, Representante Legal de la Empresa Distribuciones J&E Laboratorios S.A.S, mediante Comunicado de Aceptación de la oferta Nro. 0011-2023-DROC, adjudicándose el proceso de mínima cuantía por valor de **TRES MILLONES DE PESOS MCTE ($3.000.000)** de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la ley 1474 de 2011.

El 06 de junio de 2023 se surtió el comunicado de aceptación de la oferta, fecha a partir del cual la contratista contaba con un plazo de 30 días para la ejecución del contrato después de aprobadas las garantía. Por parte del Instituto se nombra para ejercer labores de supervisión y cumplimiento del contrato a la Profesional Especializada Forense, DIANA MARÍA RIOS RODRIGUEZ de la Regional Occidente, y por ausencia temporal producto de vacaciones o licencias remuneradas de la supervisora principal, dicha función sería asumida por la funcionaria Ana María Sepúlveda Calvo – Profesional Especializado Forense del Grupo Regional de Ciencias Forenses de la Regional Occidente.

La contratista YENNY CECILIA MONCADA PRADO presentó póliza de seguro de cumplimiento Nro. 45-46-101019870, de fecha 09/06/2023 expedida por la Seguros del Estado S.A.

Para dar inicio y con el fin de dejarle claridad a la contratista, la supervisora del contrato envió correo electrónico con link, con el fin de que se consultara el modelo del carro transportador de reactivos solicitados en el Comunicado de Aceptación.

El día 28 de junio de 2023, se recibió en la sede de la Regional Occidente en la ciudad de Pereira un carro transportador de reactivos enviado por la Empresa Distribuciones J&E Laboratorio S. A., de lo cual, una vez revisadas las especificaciones técnicas del bien recibido, se procedió a informar al contratista mediante correo electrónico del día 31 de julio de 2023, que el mismo no cumplía con la totalidad de las condiciones técnicas requeridas en la invitación pública.

> *“Como supervisora del Comunicado de Aceptación Nro. 0011-2023-DROC, cuyo objeto contractual es la adquisición de un carro auxiliar para el transporte de materiales con destino a la Regional Occidente, y después de recibido dicho bien el pasado 28 de julio, presentó las siguientes observaciones y solicitud”:*
>
> *El material requerido por el instituto es polímero anticorrosivo, especificaciones que fueron conversadas y aclaradas con ustedes en reiteradas ocasiones por parte de los funcionarios Andrés Felipe Bermúdez (solicitante del bien) e Iván Darío Betancourt del área de contratación.*

Se revisó el carro auxiliar y se observó que el material es metálico, que si bien presenta buen terminado, no es el requerido en el objeto contractual, por lo que el instituto no puede modificar las especificaciones de dicho elemento.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el término de ejecución vence hoy, se deja a consideración de ustedes solicitar la debida prorroga, con el fin de que las partes podamos buscar alternativa que permita cumplir con los fines de dicha contratación al margen de la normatividad que regula la contratación pública, por lo que se debe solicitar por escrito en el transcurso de esta mañana debidamente justificada, tal que se pueda adelantar el otrosí de prórroga.

En la misma fecha, es decir el día 31 de julio de 2023, se recibió por parte de la señora Yenny Cecilia Moncada Prado, Representante Legal de Distribuciones J&E Laboratorios S.A.S, respuesta al correo electrónico enviado por la supervisora del contrato en el que manifestó lo siguiente:

«Referente a la situación presentada con el elemento entregado, se procederá a recogerlo por medio de la transportadora TRANSPRENSA, por favor tenerlo listo embalado de manera que no sufra daños, esta situación se presentó ya que no hay claridad en su solicitud. De todas formas les aclaro que se le realizará modificaciones a ese mismo elemento para que cumpla con las características de "entrepaños en polímero anticorrosivo", se le pondrá en la parte interna y entrepaños un revestimiento en material de polietileno, el cual es un polímero anticorrosivo"

Quedamos atentos a la pronta entrega a la transportadora, por favor tener listo bien embalado con cubrimiento en cartón como llegó. De tener un buen cuidado y buena manipulación espero»

El elemento objeto del contrato (Carro auxiliar para el transporte de reactivos) fue enviado a la empresa Distribuciones J&E Laboratorios S.A.S., y sobre el mismo se realizaron por parte del contratista algunas adaptaciones, luego de las cuales fue nuevamente recibido en la sede de la Regional Occidente en la ciudad de Pereira el día 15 de agosto de 2023, en donde luego de ser revisado por la Supervisora del contrato se encontró que el elemento no cumplía con la totalidad de las especificaciones técnicas requeridas en el objeto contractual, hecho que se le informó el día 24 de agosto de 2023.

El mismo día se recibe por parte de la Representante Legal de Distribuciones J&E Laboratorios S.A.S. con objeto: "Adquisición de un carro auxiliar para el transporte de materiales con destino a la Regional Occidente", en el cual manifiesta que se está dando cumplimiento al proceso con la entrega del producto, acatando cada una de las exigencias realizadas por el supervisor, relacionando con fotografías cada una de las condiciones técnicas requeridas, que ellos consideran están cumpliendo.

El 25 de agosto de 2024 se emite respuesta por parte del Instituto mediante Oficio Nro. 00219-DROC-GRCIF-2023, en el cual se describen los incumplimientos observados, así:

«Se solicitaron en el contrato 3 entrepaños con bordes de 70 mm de profundidad para contener derrames, para lo cual evidenciamos que el entrepaño #1 no cuenta con dicho borde.

Se solicitaron entrepaños ajustables para adecuar según necesidad de contenedores a transportar, ahora es imposible mover el segundo entrepaño, ya que fue pegado con silicona y parte de la lámina de abajo se desprendió sin ningún tipo de uso.

Se solicitaron los entrepaños en material de polímero anticorrosivo, donde se evidencia que no cumple con dichas características, se ven tornillos dentro de los entrepaños, fisuras de lámina, silicona y suciedades.

Se aclara que polímeros anticorrosivos pueden ser polietileno de alta densidad, moldeados por inyección, de tal manera que todo el entrepaño sea anticorrosivo.

Igualmente, se solicitó protección que inhiba el crecimiento de bacterias, moho y hongos que puedan causar malos olores, manchas y degradación del producto, el cual ya viene con manchas y silicona que promueven hongos»

El día 29 de agosto de 2023, se recibe oficio por parte de la contratista en el cual reitera el cumplimiento total del proceso y además solicitan la correspondiente facturación electrónica:

Nuevamente informamos que el contrato no habla de "un producto total en polietileno" sino en material de "polímero", por tal motivo se entregó a base de una pintura de polímero y con una lámina en polietileno (PE) (HDPE o LDPE, alta y baja densidad) perteneciente a los tipos principales de polímeros.

El 30 de agosto de 2023 se emite respuesta por parte del Instituto con Oficio Nro. 00222-DROC-GRCIF-2023, en el cual se aclara que:

En ningún momento del oficio se solicita "producto total en polímero", lo solicitado es entrepaños ajustables, a prueba de corrosión y en material de polímero anti-corrosivo como dice el contrato (no pintados ni recubiertos con polímeros), para lo cual, el carro presentado no cumple con ninguna, como se muestra en las fotos enviadas en el oficio anterior, pues los entrepaños ya no son ajustables por las fisuras que presenta, es corrosivo al material (lámina interna y tornillos que se ubican dentro de los entrepaños) y no está hecho de material de polímero.

En ninguna oportunidad se solicitó ni se aceptó materiales a base de pintura de polímeros, ni láminas de recubrimiento de polímeros.

Y finalmente se recuerda que hay otros ítems del contrato que no están cumpliendo, los cuales fueron mencionados en el Oficio Nro. 00219-DROC-GRCIF-2023 del 2023-08-25

En el acápite final del Oficio Nro. 00233-DROC-GRCIF-2023 de fecha 2023/10/17, el supervisor manifestó al ordenador del gasto lo siguiente:

"(...)El carro auxiliar para transporte de reactivos que suministra el proveedor no cumple con la totalidad de las condiciones técnicas requeridas, los entrepaños no son de polímero anticorrosivo, si bien el contratista realiza una modificación, entregando entrepaños a base de una pintura de polímero y con una lámina en polietileno, lo descrito en el comunicado de

aceptación corresponde a entrepaños en material de polímero anticorrosivo, no pintados ni recubiertos con polímeros; la modificación realizada por el fabricante no permite que el segundo entrepaño se pueda ajustar para adecuar el carro según tamaño de recipientes a transportar, está fijado con silicona y adicionalmente, el entrepaño inferior no cuenta con borde que permita contener derrames.

El bien objeto del contrato se evidencia deteriorado sin darle uso en nuestras instalaciones, parte de la lámina inferior se desprendió, se encuentran fisuras en algunas partes de la lámina y tornillos ubicados dentro de los entrepaños, lo cual a largo plazo podría generar corrosión, así mismo, se observan suciedades, manchas y residuos de silicona, lo que podría generar crecimiento de bacterias, moho y hongos, condiciones claramente expuestas en el Comunicado de Aceptación 0011-2023-DROC y admitidas por el contratista.

Con lo anteriormente mencionado, considero que el contratista Distribuciones JYE laboratorios S.A.S, presenta incumplimiento al Comunicado de Aceptación N.ro. 011-2023-DROC.

Por lo anteriormente expuesto, se procedió a iniciar un proceso por hechos que desencadenan un posible incumplimiento, y en ese sentido se llevó a cabo audiencia de la que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en la que asistió la contratista, aduciendo lo siguiente:

Ellos hicieron entrega del elemento de acuerdo a las especificaciones y que ella se había comunicado con algunos funcionarios de la Regional, a quienes les había preguntado por diferentes aspectos técnicos y administrativos del desarrollo del contrato, con lo cual, consideraba que el bien entregado si cumplía con las especificaciones que se habían establecido en los diferentes documentos del proceso contractual, y que si había alguna diferencia era menos, sin que por ello se pudiera considerar que incumplía; dio a conocer que ningún fabricante podía cumplir con las especificaciones con el valor por el que ellos contrataron, por lo tanto, no tenían posibilidad de hacer cambios.

En el acta de la citada audiencia, se dejó constancia que la citación se extendió a la aseguradora y la misma no asistió.

Así mismo, en la mencionada audiencia se deja constancia que por parte de la contratista se adquiere el compromiso de realizar la entrega del bien con las especificaciones requeridas a más tardar el día 29 de febrero de 2024 - (05) folios.

En atención a que la contratista no cumplió con los compromisos adquiridos, se citó a una nueva audiencia de descargos de la que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, bajo el oficio con radicado Nro. 086-DROC-2024 de un (01) folio, para el día 27 de mayo de 2024, citación a la que por parte de la Aseguradora Seguros del Estado solicitó que fuera aplazada para el día 31 de mayo de 2024. Accediendo a sus pretensiones, se reprogramó bajo el radicado Nro. 092-2024-DROC de un (01) folio, audiencia en la que no hicieron presencia, ni la contratista ni la aseguradora.

En aras de proteger el debido proceso y el derecho a la defensa, por parte de este instituto se reiteró citación de audiencia para el día 22 de julio de 2024, pero la contratista y la aseguradora hicieron caso omiso y no asistieron.

Por última medida, se volvió a citar a una nueva audiencia para el día diecisiete (17) de septiembre, en la que la que se escuchó a la contratista y su apoderada y manifestaron lo siguiente:

> *«Si yo le hago adecuaciones a los carros que he entregado, sería un injerto y estoy segura que tendría otra vez las mismas implicaciones que lo tuve con el primer carrito, de que no, es que quedo mal hecho, que no les gustó, que no sé qué y sería seguir perdiendo más dinero del que he perdí, ya he perdido cinco millones en este contrato y no he tenido ningún pago, yo prefiero y les pido su colaboración para que me ayuden dándole termino al contrato de mutuo acuerdo y yo más bien les doy ese carrito, se los entrego, se los envío para que ustedes hagan uso de él, así no me paguen, no me interesa, yo necesito salir de este problema, o sea, quiero que me colaboren dándole terminación a esto sin que me paguen, porque yo no tengo la capacidad de hacer un nuevo carro que si cumpla».*

La audiencia se dio por terminada, bajo la propuesta de la contratista.

II. INCUMPLIMIENTOS ADVERTIDOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Mediante Oficio Nro. 00233-DROC-GRCIF-2023 de fecha de 17 de octubre de 2023, la funcionaria encargada del control y vigilancia del contrato evidencia el no cumplimiento del plazo de ejecución del C. A. 0022-2023-DROC, oficio que fue reiterado en la fecha 22 de febrero de 2024 bajo oficio con radicado Nro. 00050-2024-DROC y oficio de fecha 26 de febrero de 2024 bajo radicado Nro. 00051-2024-DROC.

III. ACTUACIONES POR PARTE DEL CONTRATISTA

No obstante que en repetidas ocasiones por parte del Instituto se le brindó al contratista oportunidades con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales, éste no las asumió, así mismo, se citó a diferentes audiencias de descargos en las que se comprometía a dar cumplimiento en fechas establecidas, pero el mismo hizo caso omiso a los compromisos adquiridos. Con el fin de brindar transparencia en el procedimiento y prevalecer el derecho fundamental al debido proceso del contratista, se realizaron 3 audiencias de incumplimiento.

IV. PRUEBAS

1. Comunicado de Aceptación Nro. 011-2023-DROC.

2. Aprobación de las pólizas de cumplimiento y demás garantías mediante la plataforma del SECOP II.

3. Póliza Nro. I-100020189 de fecha 2023/03/07, expedida por la aseguradora seguros del Estado S. A.

4. Diferentes modificaciones realizadas en el contrato.

5. Informes emitidos por las supervisoras del contrato, en lo que respecta a los hechos que inducen a un posible incumplimiento.

6. Actas de audiencia realizadas.

7. Por parte de la contratista se allegaron pruebas en lo que refiere a la prórroga y las entregas que realizó.

V. CONSIDERACIONES DEL INSTITUTO

En primer término debe señalarse que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses como ente del Estado, está al servicio de los intereses generales y desarrolla sus funciones con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

De acuerdo con lo anterior, su actividad se dirige a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política de Colombia.

De conformidad por lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 80 de 1993, los servidores públicos tendrán en consideración, que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismo, las Entidades persiguen el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios Públicos y la efectividad de los derechos e intereses de la comunidad.

Así mismo el artículo 4° ibídem establece que para la consecución de los fines que trata el artículo meramente anterior, las entidades estatales:

1. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, e 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.

3. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que se sufran en desarrollo o con ocasión al contrato.

Así las cosas, la ley otorga a las entidades públicas una serie de herramientas tenientes a compeler al contratista al cumplimiento del objeto contractual, y de la misma forma cumplir con los fines del Estado.

En el caso que nos atañe, queda claro que la contratista no cumplió con el objeto del contrato, así mismo, se encuentra probado de manera fehaciente que incluso a la fecha no ha cumplido con sus obligaciones.

Por tal motivo, se entrará a estudiar las diferentes sanciones contractuales a que puede ser acreedor el mismo, teniendo en cuenta lo soportado con anterioridad.

La administración considera que están dado los presupuestos para declarar el incumplimiento contractual, la cuantificación y siniestro de la póliza, conforme a lo preceptuado en el artículo 86 literal c de la ley 1474, lo que mediante acto administrativo motivado deberá decidir si procede o no la declaratoria de incumplimiento, una vez evaluado el acopio probatorio.

VI. DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DE LA DECLARATORIA DE SINIESTRO

La competencia de la Administración para imponer las sanciones pecuniarias de origen contractual, fue establecida por el legislador en la Ley 1150 de 2007, artículo 17, donde se contempla la facultad de las entidades estatales para imponer las sanciones que hubieren sido pactadas, así:

> *"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. Asimismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*
>
> *PARÁGRAFO: La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*
>
> *PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos, celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas".*

Así mismo, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 proporcionó a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, valga decir, las entidades estatales según aparecen definidas en el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, un procedimiento expedito para adoptar las medidas descritas en la Ley 1150 de 2007. En virtud de este procedimiento, las Entidades Estatales están facultadas para; (i) Declarar el incumplimiento del contrato, (ii) Cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento, (iii) Imponer las multas y las sanciones pactadas y, (iv) Hacer efectiva la cláusula penal.

En consideración a lo anteriormente expuesto y dado que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses es una entidad de derecho público, sometida al régimen de contratación

contenido en la Ley 80 de 1993 - Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y por expreso mandato consagrado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, conforme con lo pactado en el clausulado del contrato, es competente para decidir sobre la declaratoria de incumplimiento e imponer las sanciones a que haya lugar, entre ellas la cláusula penal.

En tales condiciones, con ocasión del contrato **C. A. 011-2023-DROC** suscrito entre el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la empresa DISTRIBUICIONES JYE LABORATORIOS S.A.S, esta entidad tiene la competencia, en cabeza de la Dirección Regional Occidente para conocer de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales y para el caso concreto, hacer efectiva la cláusula penal.

- **De la imposición de la cláusula penal y su valor.**

De conformidad con la cláusula Nro. 25 del contrato que contiene la denominada clausula penal, se tiene que la misma fue pactada por las partes, así:

> *El CONTRATISTA reconocerá al INSTITUTO a título de cláusula penal pecuniaria, como estimación anticipada de los perjuicios, una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato, suma que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el INSTITUTO hará efectiva previa declaratoria del incumplimiento y podrá directamente hacerla efectiva por compensación de los saldos que adeude al CONTRATISTA, si los hubiere o mediante cobro de la garantía, o si esto no fuere posible, podrá acudir a la jurisdicción competente, incluida la coactiva. La cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios no cubiertos por la aplicación de dicha sanción. La cláusula penal pecuniaria aquí pactada se impondrá de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la ley 1474 de 2011. El CONTRATISTA y el INSTITUTO, acuerdan que el valor de las multas se descontará por EL INSTITUTO del saldo a favor del CONTRATISTA, si lo hubiere, previa comunicación escrita a este último. Si no hay tal saldo, se efectuará la respectiva reclamación ante la aseguradora que expidió la garantía del contrato, en los términos y condiciones establecidos en el Código de Comercio. La ocurrencia del siniestro y la determinación del valor a pagar se acreditarán ante la aseguradora con una comunicación suscrita por el ordenador del gasto, previo agotamiento del procedimiento de imposición de multas adoptado por la entidad. En el caso de que la garantía sea una garantía bancaria, se realizará la comunicación a la respectiva entidad para el cobro, atendiendo a que debe ser efectiva a primer requerimiento o primera demanda de la Entidad Estatal, y en aquel caso que la garantía sea un patrimonio autónomo, el procedimiento que debe seguirse para el cobro es el consignado en el contrato de fiducia mercantil, por medio del cual se crea el patrimonio autónomo. Sin perjuicio de lo anterior, el INSTITUTO adelantará las acciones pertinentes ante la jurisdicción competente, incluida la coactiva, cuando así lo requiera.*

Así las cosas, de conformidad con los presuntos incumplimientos declarados, el despacho teniendo en cuenta que la cláusula se pactó por el 30, del valor total del contrato y que el valor del vínculo ascendió a TRES MILLONES DE PESOS MCTE ($3.000.000), y que no se hizo entrega del bien objeto del contrato, impondrá clausula penal por un valor de **NOVECIENTOS MIL PESOS MCTE ($900.000),** toda vez que el Decreto 1082 de 2015 en su numeral 3 del artículo 2..2.1.2.3.1.19 establece que "*por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal declare el*

incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros"

Ahora bien, es importante resaltar lo contenido en el artículo 17 de la ley 1150, el cual define los limites frente a su aplicación y el mismo define lo siguiente: «*procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista»,* lo que traduce a que nos encontramos en un término prudente para hacer efectiva esta cláusula.

Así mismo, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente emitió concepto C-200/2024 en el cual sugiere que:

> «*Lo anterior quiere decir, como se desprende de su literalidad, que la entidad puede imponer las multas y cláusula penal pactadas en el contrato mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo que define el límite temporal para hacerlo. De hecho, no condicionó la aplicación de estas sanciones al plazo de ejecución del contrato, y esto tiene sentido si se armoniza con la finalidad de la multa o de la cláusula penal y los fines de la contratación estatal. En primer lugar, existen obligaciones cuyo cumplimiento solo puede verificarse después del plazo pactado para la ejecución, y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas, la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido. En segundo lugar, como se explicó ampliamente en el acápite anterior, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones, salvo pacto en ese sentido. Por tanto, la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado. Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podría hacerlo tardíamente con las consecuencias gravosas que esto implica. No obstante, la entidad deberá determinar si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.»*

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha reiterado:

> *Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tiene una finalidad común – en lo sustancial, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones, en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituya en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones.*

De igual modo, El Código Civil Colombiano en su Artículo 1625 incorpora los modos de extinción y entre ellas no se encuentra el plazo de ejecución del contrato, es decir, el vencimiento del plazo contractual no extingue las obligaciones.

Aunado a lo anterior sobre la cláusula penal pecuniaria, el Consejo de Estado ha señalado:

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

La doctrina también se ha referido a la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

La cláusula penal es, por su naturaleza y la forma en que es convenida entre las partes, secundaria y accesoria a una obligación primitiva y principal. Ella no existe, si no existe la obligación primitiva que constituye el vínculo obligatorio entre los contratantes y al cual accede con la finalidad de reforzarlo y asegurar así su cumplimiento, porque sean más firmes o mejor guardadas las obligaciones. Su causa se encuentra en el temor del incumplimiento de la obligación principal; y su fuente, en la libre voluntad de las partes" (Negrita y subraya propia).

Es innegable entonces que, ante un inminente incumplimiento del objeto contractual, cuando el plazo de ejecución ha expirado sin que presuntamente se cumpliera con lo pactado, la figura jurídica idónea para ejercer la potestad sancionatoria por parte de la entidad es la declaratoria de incumplimiento y la afectación de la cláusula penal pecuniaria pactada contractualmente por las partes, por los incumplimientos probados y su atribución exclusiva al contratista.

En conclusión, se hace necesario afectar la cláusula Nro. 25 del C. A. 011-2023-DROC de la siguiente manera:

VALOR CONTRATADO	VALOR EJEUTADO	VALOR NO EJECUTADO	CLAUSULA	PORCENTAJE A AMPARAR	VALOR A PAGAR
$3.000.000	0	3.000.000	Penal pecuniaria.	30%	$900.000

- **Sobre la póliza de cumplimiento y su afectación.**

Que la cuantificación del perjuicio respecto a la garantía única de cumplimiento fue ampliamente explicada por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA, consejera ponente; MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR en sentencia del veintidós (22) abril de dos mil nueve (2009), radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667), así:

"*La Ley 80 de 1993, en su artículo 25, numeral 19 (39), también estableció esta obligación para los contratos celebrados por el Estado, mediante la figura de la garantía única y actualmente la Ley 1150 de 2007, en su artículo 7º, modificatorio de la Ley 80, igualmente consagra este deber legal. En cumplimiento de las disposiciones legales, los contratos celebrados por las entidades estatales, salvo las excepciones previstas en la norma, deberán contener obligatoriamente una cláusula de*

garantía con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, es decir, que su inclusión en el contrato es imperativa y no está determinada por la voluntad de las partes, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares cuya estipulación tiene carácter dispositivo. El propósito de dicha garantía no es otra que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración. La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía de seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen carácter indemnizatorio pues su finalidad como ya se dijo es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido"

Con ocasión de la declaración de incumplimiento, es procedente afectar la póliza de cumplimiento Nro. 45-46-101019870 expedida por la aseguradora DEL Estado S. A, póliza de seguro que ampara el cumplimiento del Contrato Nro. 0011-2023-DROC por los incumplimientos de la empresa DISTRIBUCIONES JYE LABORATORIOS S.A.S, que da lugar a la imposición de la cláusula penal por la suma de **SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE ($600.000)**. Por lo anterior, corresponderá la afectación de la póliza de cumplimiento en las condiciones en ella establecidas, en el evento en que el Contratista no realice el pago de la cláusula penal, únicamente hasta por el monto ya señalado hasta el límite del valor asegurado.
De igual modo podemos incluir, que si bien es cierto la garantía de cumplimiento del contrato se venció el día 28 de agosto de 2023, es importante dejar claro que el código de comercio en su artículo 1081 establece que:

> *«La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, podrá ser ordinaria o extraordinaria.*
>
> *La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido, o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*
>
> *La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.»*

Así las cosas, es importante precisar que se tiene conocimiento del siniestro en el momento que se culmina el acuerdo de voluntades, momento en el cual dicha garantía se encontraba vigente, esto es, en la fecha del 28/08/2023, por consiguiente, y al tenor de la norma nos encontramos en oportunidad legal para hacer efectiva la garantía.

A su vez, vale la pena mencionar que el Consejo de Estado en diferentes ocasiones ha decidido sobre estos asuntos y el Consejero Hernán Duarte Esguerra en sentencia 25000-23-26-000-1995-00862-01 (16494) de fecha 23 de junio de 2010, ha expresado lo siguiente:

Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.» [1]

"Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros.

Cabe agregar al presente, que el Artículo 68 del C.C.A define las obligaciones que prestan merito ejecutivo a favor de las entidades públicas, es decir, las que se conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible y entre ella menciona en su numeral 4 lo siguiente «*los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, integran título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad o la terminación según sea el caso». D*e igual forma, su numeral 5 prevé; «*las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación».*

Por otro lado, también es importante señalar que el Instituto no se encuentra en la obligación de acudir al juez para declarar los siniestros, ya que tenemos la potestad de realizarlo unilateralmente a la luz del artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

VII. CUANTIFICACION DEL SINIESTRO Y DE LOS AMAPAROS A EFECTUAR

Conforme a anteriormente expuesto y en consideración a los valores, se declara el siniestro y se hará efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria encontrada en el Numeral 25 del Documento Complementario de la Aceptación de la Oferta Nro. 0011-2023 por el 20% del valor del contrato, así mismo, para el pago del porcentaje se hará efectiva la Póliza de cumplimiento Nro. 45-46-101019870 expedida el día 06 de junio del año 2023, por la aseguradora Seguros del Estado S. A. en los siguientes amparos y por las siguientes cuantías:

VALOR CONTRATADO (1)	VALOR EJEUTADO (2)	VALOR NO EJECUTADO (3)	RIESGO A AMPARAR (4)	PORCENTAJE A AMPARAR (5)	VALOR SINIESTRADO 6 = (3 * 5)
$3.000.000,00	$0,00	$3.000.000,00	Cumplimiento del contrato.	20%	$600.000,00

1

Consecuente con lo expresado conforme a lo preceptuado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en su literal C, la entidad mediante resolución motivada deberá decidir si procede o no el incumplimiento, por lo que, una vez evaluado el acopio probatorio en audiencia, corresponde declarar la ocurrencia del INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y DECLARAR EL SINIESTRO DEL CONTRATO.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Despacho,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento del Comunicado de Aceptación Nro. 0011-2023-DROC, suscrito entre el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Occidente y la empresa DISTRIBUCIONES J&E identificada con NIT Nro. 900.617.515-5, representada por la señora YENNY CECILIA MONCADA PRADO.

ARTICULO SEGUNDO: IMPONER Y HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL prevista en la cláusula 25 del Contrato de Compraventa Nro. 0011-2023-DROC, que corresponde a la suma de **NOVECIENTOS MIL PESOS MCTE ($900.000)** por las razones expuestas en el presente acto administrativo, suma que el contratista deberá pagar a más tardar a los veinte (20) días siguientes de la ejecutoria del acto administrativo que termine la actuación.

PARÁGRAFO: En caso en que los citados no se avengan a cancelar la suma ordenada en el plazo mencionado, la Entidad iniciará los trámites de cobro coactivo y/o judicial a los que hubiera lugar frente al contratista y/o su garante.

VALOR CONTRATADO	VALOR EJEUTADO	VALOR NO EJECUTADO	CLAUSULA	PORCENTAJE A AMPARAR	VALOR A PAGAR
$3.000.000	0	3.000.000	Penal pecuniaria	30%	$900.000

ARTICULO TERCERO: DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la póliza de cumplimiento Entidad Estatal Nro. 45-46-101019870, expedida por la aseguradora Seguros del Estado S. A. por valor de $600.000, en el evento en que el Contratista se abstenga de efectuar el pago de la cláusula penal aquí impuesta y hasta el límite del valor asegurado.

VALOR CONTRATADO (1)	VALOR EJEUTADO (2)	VALOR NO EJECUTADO (3)	RIESGO A AMPARAR (4)	PORCENTAJE A AMPARAR (5)	VALOR SINIESTRADO 6 = (3 * 5)
$3.000.000,00	$0,00	$3.000.000,00	Cumplimiento del contrato.	20%	$600.000,00

ARTICULO CUARTO: Notificar la presente resolución a Sra. YENNY CECILIA MONCADA PRADO como representante legal de la empresa DISTRIBUCIONES J&E identificada con NIT Nro. 900.617.515-5, conforme a lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, y de no ser posible, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 68 y/o 69 de la ley 1437 de 2011.

ARTICULO QUINTO: Notificar la presente resolución al Representante Legal de la Aseguradora Seguros del Estado S. A. o a su apoderado, conforme lo establece el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, y de no ser posible, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 69 y/o 69 de la ley 1437 de 2011.

ARTICULO SEXTO: Disponer para que la profesional del área jurídica de la Regional Occidente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, realice los trámites tendientes a la obtención del pago de los valores amparados en la póliza de cumplimiento Entidad Estatal Nro. 45-46-101019870, expedida por la aseguradora Seguros del Estado S .A. por valor de $600.000, en caso de que el Contratista no cumpla con el pago relacionado en el artículo segundo de esta resolución.

ARTICULO SEPTIMO: La presente resolución una vez ejecutoriada, presta merito ejecutivo en los términos del artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTICULO OCTAVO: En firme la presente providencia, publíquese en el SECOP II de acuerdo con lo ordenado en el artículo 31 de la ley 80 de 1993, modificado mediante el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio de Cali Valle

ARTICULO NOVENO: Contra esta providencia procede el recurso de reposición ante la Directora Regional Occidente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, conforme a lo previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, el cual deberá ser interpuesto y justificado en audiencia.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Pereira a los cinco (05) días del mes de noviembre de 2024.

DIANA MILENA JARAMILLO AGUIRRE
Directora Regional Occidente (E)

Proyectó: Laura Daniela Caro Arias: Profesional Especializado – Abogada Regional Occidente.

Revisó: León Adel Haouchar Ramírez: Profesional Especializado - Coordinador GRADF.

Aprobó: Diana Milena Jaramillo Aguirre: Directora Regional Occidente – Ordenadora del Gasto.