



RESOLUCIÓN No. 116 DE 2023

(23 de febrero de 2023)

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

LA LÍDER DEL EQUIPO DE TRABAJO DE LIQUIDACIONES E INCUMPLIMIENTOS DE LA SECRETARÍA GENERAL DEL FONDO ADAPTACIÓN

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas en el Decreto 4819 de 2010, la Ley 80 de 1993, la Ley 1474 de 2011, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1753 de 2015, el Decreto 2387 de 2015, y la Resolución interna 1396 del 2022, y

CONSIDERANDO

ASPECTOS GENERALES

I. COMPETENCIA.

Mediante el Decreto Legislativo 4580 de 7 de diciembre de 2010, expedido conforme al artículo 215 de la Constitución Política, se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, con el fin de conjurar la grave calamidad pública e impedir la extensión de los efectos de la ola invernal conocida como “Fenómeno de La Niña”.

En desarrollo de ese estado de excepción fue proferido el Decreto 4819 de 2010, mediante el cual se creó el FONDO ADAPTACIÓN con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo objeto “será la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el Fenómeno de “La Niña”.”

Que el artículo 155 de la Ley 1753 de 2015, estableció que los contratos celebrados por el FONDO ADAPTACIÓN para ejecutar los recursos destinados al programa de reducción de la vulnerabilidad fiscal ante desastres y riesgos climáticos, se regirían por el derecho privado y en los términos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, se les sujetó a los principios de la función administrativa (artículo 209 C.P.) y del control fiscal (artículo 267 C.P.), al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, así como a la aplicación de los artículos 14 a 18 de la misma normativa

Que el artículo 155 de la Ley 1753 de 2015 fue modificado por el artículo 46 de la Ley 1955 de 2019, en el cual se dispuso:

“(…) a partir del 1 de enero de 2020 los procesos contractuales que adelante el Fondo Adaptación se regirán por lo previsto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.”

En ese orden de ideas, el régimen jurídico de aplicable al Contrato **FA-CD-I-F-171-2022** para el cumplimiento de su objeto es el de derecho público,

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

específicamente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que:

“(…) 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 su parte el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que:

“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 (...)”, conforme al procedimiento establecido en la misma disposición.

Que, el 26 de septiembre de 2022, la Gerencia del FONDO ADAPTACIÓN expidió la Resolución 1299, por medio de la cual en su artículo 6º, delegó en el cargo de Asesor III, grado 10, Líder del Equipo de Trabajo de Gestión Jurídica Transversal de la Secretaría General del Fondo Adaptación, el trámite de las actuaciones contractuales necesarias para el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Entidad, que incluye la imposición de multas, declaratorias de incumplimiento parcial o total o declaratoria de caducidad, declaración de siniestros, la gestión de requerimientos y reclamaciones ante compañías de seguros y el ejercicio de las demás acciones administrativas dirigidas a hacer exigibles las garantías y cláusulas penales pertinentes, en los contratos suscritos por el FONDO ADAPTACIÓN.

Que posteriormente, mediante la Resolución 1384 del 3 de noviembre de 2022 expedida por el Gerente (E) de la Entidad, se creó el Equipo de Trabajo de Liquidaciones e Incumplimientos de la Secretaría General del Fondo Adaptación.

Que con la Resolución 1396 del 11 de noviembre de 2022, el Gerente (E) del Fondo Adaptación, delegó en el Líder del Equipo de Trabajo de Liquidaciones e Incumplimientos, el trámite de las actuaciones contractuales necesarias para el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Entidad, que incluye la imposición de multas, declaratorias de incumplimiento parcial o total o declaratoria de caducidad, declaración de siniestros, la gestión de requerimientos y reclamaciones ante compañías de seguros y el ejercicio de las demás acciones administrativas dirigidas a hacer exigibles las garantías y cláusulas penales pertinentes, en los contratos suscritos por el FONDO ADAPTACIÓN.

En el mismo sentido, analizado el aspecto temporal respecto de la competencia para conocer del presente proceso, es potestad de la entidad en ejercicio de la facultad sancionatoria aplicar medidas de carácter sancionatorio, así como hacerlas efectivas, pudiendo acudir para el efecto, entre otros, a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Que conforme con las normas señaladas, la entidad a través de la delegada mediante Resolución 1396 del 11 de noviembre de 2022, es competente para declarar el incumplimiento parcial o total del contrato No FA-CD-I-F-171-2022.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

Que fueron convocados a la presente actuación:

- Por parte del Contratista:

RICARDO CHAJÍN MENESES

C.C. 8º.016.764 expedida en Bogotá, D.C.

Apoderados: Inicialmente el doctor Luis Guillermo Ramos Vergara,

C.C. Nº 77.101.998

T.P. 134.822 del Consejo Superior de la Judicatura.

Durante el desarrollo de las audiencias el doctor Adiel Abuabara Aguilar (QEPD),
C.C. No. 3.679.612

T.P. No. 297.647 del Consejo Superior de la Judicatura.

Debido al fallecimiento del doctor Abuabara Aguilar, se otorgó nuevo poder en la audiencia de decisión al doctor Jhon Francisco Aguilera Díaz

C.C. No. 77.015.253

T.P. No. 86.756 del Consejo Superior de la Judicatura.

Por parte del Garante, en calidad de emisor del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales identificado con número de póliza 3016416

LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS

NIT: 860.002.400-2

Apoderada: Doctora DANIELA BEJARANO ARROYO

C.C. Nº 1.067.945.287

T.P. 323.821 del Consejo Superior de la Judicatura.

III. NATURALEZA Y OBJETO DE LA PRESENTE ACTUACIÓN

Que la presente actuación administrativa sancionatoria de naturaleza contractual, tiene por objeto dar aplicación al procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, conforme con la cual se garantiza el derecho al debido proceso señalado en el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y demás normas concordantes a fin de determinar si la actuación realizada por el contratista constituye incumplimiento y si procede contra él sanción contractual, o si por el contrario no existe mérito para continuar con el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado contra del señor Ricardo Chajín Meneses.

IV. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

El 28 de enero de 2022, el FONDO ADAPTACIÓN y el señor RICARDO CHAJIN MENESES (en adelante EL CONTRATISTA), suscribieron el contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, cuyo objeto fue:

"Apoyar al Equipo de Gestión Financiera y Administrativa en la ejecución y seguimiento de las actividades asociadas a los procesos de la gestión de servicios.

Parágrafo primero: Los estudios previos, el estudio del sector y los documentos que los conforman, cuyo conocimiento y aceptación ratifica EL CONTRATISTA con la suscripción de este contrato a través de la plataforma SECOP II, se entienden incorporados al presente documento aun cuando este no reproduzca su contenido.

Parágrafo segundo: El presente contrato se regirá por las normas relacionadas con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en especial las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus correspondientes Decretos Reglamentarios, así como la Leyes 1474 de 2011, 1882 de 2018."

El plazo de ejecución del contrato se pactó en seis (6) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato, hecho que tuvo ocurrencia el 7 de febrero de 2022.

El valor total del contrato se acordó en la suma de VEINTISÉIS MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$26.128.320,00) incluidos todos los impuestos a que haya lugar.

En cumplimiento de lo establecido en la cláusula 25 del contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, EL CONTRATISTA allegó la garantía única de cumplimiento a favor de Entidades Estatales nro. 3016416 expedida por la Compañía LA PREVISORA SEGUROS (en adelante EL GARANTE)

ASPECTOS PARTICULARES

I. DEL INFORME DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO

De conformidad con lo previsto en el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en desarrollo del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se establece para éstas 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.

Dicha actuación se fundamentará según lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011; en tal sentido, para la presente actuación se ha dado aplicación a lo dispuesto en la normatividad referida tal y como consta en el informe de presunto incumplimiento presentado por la supervisión del contrato **No FA-CD-**

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

I-F-171-2022, presentado por parte del Asesor III del E.T. de Gestión de Servicios Administrativos, mediante memorando I-2022-024089 del 18 de agosto de 2022, en el cual se consignaron los siguientes aspectos en el marco de los requisitos establecidos en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

a. HECHOS CONSTITUTIVOS DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO:

La presente actuación se fundamentó en los siguientes hechos:

Cargos del presunto incumplimiento:

- Por el presunto incumplimiento total de las actividades del contrato de prestación de servicios No. FA-CD-I-F-171-2022.

«HECHOS CONSTITUTIVOS DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO»

Con base en el objeto contractual y las obligaciones suscritas en el contrato, y mediante correo electrónico se procedió a la asignación de las 5 actividades a realizar por el contratista, en aras de dar continuidad a una segunda asignación de tareas, para lo cual, el desarrollo de las actividades iniciales era de una importancia relevante como antesala a la segunda asignación programada para el segundo mes de ejecución del contrato.

Las actividades iniciales fueron asignadas en las siguientes fechas:

- *Actividad 1 Liquidación de Contratos el 15 de febrero de 2022,*
- *Actividad 2 Control de ejecución el 15 de febrero de 2022,*
- *Actividad 3 Conciliación inventario el 16 de febrero de 2022,*
- *Actividad 4 Control de insumos OC 64606 el 18 de febrero de 2022,*
- *Actividad 5 Verificación Inventario de bienes el 2 de marzo de 2022.*

Con base en la asignación de actividades a desarrollar derivadas de la suscripción del contrato, se realizó el seguimiento por parte de la supervisión así:

ACTIVIDAD 1: LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS.

- *El 15 de febrero de 2022, se remite correo electrónico con la asignación del cronograma de liquidaciones de contratos para los 6 meses siguientes. Por parte del contratista no se recibieron preguntas u observaciones.*
- *El 18 de febrero de 2022, la supervisión remite correo electrónico solicitando avances de la actividad a vencer el 28 de febrero de 2022. El contratista no da respuesta.*
- *El 25 de febrero de 2022, se alerta al contratista sobre la fecha de vencimiento para la Actividad 1; y se le indica que no se recibieron los avances solicitados el 18 de febrero y tampoco se recibieron dudas u observaciones acerca del producto a entregar. Por parte del contratista no se recibe respuesta alguna.*
- *El 1 de marzo de 2022, se requiere al contratista y se le indica que los productos no fueron recibidos y que los indicadores de la sección administrativa se verán afectados. El contratista no se pronuncia.*
- *El 2 de marzo de 2022, se deja constancia al contratista que las 7 liquidaciones a realizar durante el mes de febrero no fueron recibidas y que la supervisión tuvo que reasignar las tareas a otros profesionales de la sección para no impactar las metas de gestión asociadas a la actividad. El contratista no presenta respuesta alguna.*
- *El 3 de marzo de 2022, mediante correo electrónico se le confirma al contratista que la supervisión recibió dos productos. El primero la*

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

liquidación del contratista Amplex y el segundo la liquidación de dos contratos de la profesional Eliana Roys. de lo anterior, se precisa que los documentos aportados no cumplieron con la metodología y calidad esperada y se reasigno la actividad a otro colaborador.

- El 10 de marzo de 2022, se da respuesta al contratista en donde se le indica que el listado de contratos a liquidar fue asignado el 15 de febrero de 2022.*
- El 16 de marzo de 2022, se solicita al contratista los avances de las liquidaciones correspondientes al mes de marzo. Para la fecha, el contratista no da respuesta a ninguna de las comunicaciones en las que se le solicitan avances de producto asociados a la actividad.*
- El 28 de marzo de 2022, tres días antes del cierre de plazo para reportar la actividad, se solicita al contratista avances asociados a la actividad, sin respuesta alguna.*
- El 1 de abril de 2022, se solicitan los productos asociados a la actividad sin que exista respuesta por parte del contratista.*
- El 25 de julio de 2022, se solicita al contratista detalle de la actividad entre el mes de febrero y julio sin recibir respuesta alguna.*
- A la hora y fecha de la presentación del presente informe, el contratista no se ha manifestado de manera verbal o escrita por ninguno de los medios de comunicación dispuestos para informar el estado de la actividad.*

ACTIVIDAD 2: CONTROL DE EJECUCIÓN.

- El 15 de febrero de 2022, realizo la asignación de la actividad en la cual el contratista debía apoyar la supervisión de los contratos suscritos entre el Fondo Adaptación y UT EMINSER – SOLOASEO, Unidad Nacional de Protección, FAMOC DE PANEL y TERPEL.*
- El 22 de febrero de 2022, se solicita al contratista avances de la actividad sin que la supervisión haya recibido respuesta alguna.*
- El 25 de febrero de 2022, se solicitó al contratista que remitiera las bases de datos de control de la ejecución sin que la supervisión recibiera respuesta alguna. Se recalca en el correo la necesidad de la información.*
- El 1 de marzo de 2022, se solicita al contratista la información asociada a la actividad para los fines pertinentes. Esta información es necesaria para el control de la ejecución, la solicitud de PAC, procesos pendientes entre otros.*
- El 16 de marzo de 2022, se le indica al contratista que la supervisión no ha recibido ninguna información asociada a la actividad.*
- El 28 de marzo de 2022, se le deja constancia al contratista que no se ha recibido ningún tipo de información asociada a la actividad y requerida en múltiples correos electrónicos.*
- El 1 de abril de 2022, la supervisión solicita la información asociada a la actividad sin que el contratista de respuesta alguna.*
- El 25 de julio de 2022, se solicita al contratista detalle de la actividad entre el mes de febrero y julio sin recibir respuesta alguna.*
- A la hora y fecha de la presentación del presente informe, el contratista no se ha manifestado de manera verbal o escrita por ninguno de los medios de comunicación dispuestos para informar el estado de la actividad.*

ACTIVIDAD 3: CONCILIACIÓN INVENTARIO

- El 16 de febrero de 2022, se asigna la actividad en la que se solicita realizar el seguimiento a los movimientos de inventario realizados con el fin de establecer la conciliación mensual con el área financiera.*
- El 21 de febrero de 2022, se solicita los movimientos de inventario para el periodo del 16 al 18 de febrero.*

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

- El 25 de febrero de 2022, se solicitó información sobre la actividad para lo cual el contratista no dio respuesta.
- El 16 de marzo de 2022, se solicitó información acerca de los movimientos de inventario realizados en el periodo comprendido entre el 1 al 15 de marzo. El contratista no dio respuesta.
- El 28 de marzo de 2022, nuevamente se solicitó la información relacionada con la actividad 3 sin obtener respuesta por parte del contratista.
- El 1 de abril de 2022, se requirió la información asociada a la actividad la cual ha sido requerida en varios correos electrónicos sin obtener respuesta alguna por parte del contratista.
- El 25 de julio de 2022, se solicita al contratista detalle de la actividad entre el mes de febrero y julio sin recibir respuesta alguna.
- A la hora y fecha de la presentación del presente informe, el contratista no se ha manifestado de manera verbal o escrita por ninguno de los medios de comunicación dispuestos para informar el estado de la actividad.

ACTIVIDAD 4: CONTROL DE INSUMOS OC 64606

- El 18 de febrero de 2022, se realizó la asignación de la actividad al contratista. En esta, se debe llevar un control de inventario de los insumos recibidos en la entidad por parte del proveedor de aseo y cafetería y los dispuestos para uso por parte de las colaboradoras del servicio del Fondo.
- El 25 de febrero de 2022, se solicitó el control de insumos al contratista en aras de realizar la verificación y alistamiento del siguiente pedido.
- El 16 de marzo de 2022, se solicitó información sobre la actividad sin que la supervisión recibiera respuesta alguna.
- El 28 de marzo de 2022, se solicitó el envío de la información relacionada con la actividad sin que hubiese respuesta por parte del contratista.
- El 1 de abril de 2022, Se requirió información sobre la actividad sin recibir respuesta por parte del contratista.
- El 25 de julio de 2022, se solicita al contratista detalle de la actividad entre el mes de febrero y julio sin recibir respuesta alguna.
- A la hora y fecha de la presentación del presente informe, el contratista no se ha manifestado de manera verbal o escrita por ninguno de los medios de comunicación dispuestos para informar el estado de la actividad.

ACTIVIDAD 5: VERIFICACIÓN INVENTARIO

- El 2 de marzo de 2022, se asignó la actividad a la cual se le dio fecha de entrega el 15 de marzo.
- El 28 de marzo de 2022, se solicitó la información relacionada con la actividad sin que hubiese respuesta por parte del contratista.
- El 1 de abril de 2022, se solicitan los productos relacionados con la actividad sin que exista respuesta alguna.
- El 25 de julio de 2022, se solicita al contratista detalle de la actividad entre el mes de febrero y julio sin recibir respuesta alguna.
- A la hora y fecha de la presentación del presente informe, el contratista no se ha manifestado de manera verbal o escrita por ninguno de los medios de comunicación dispuestos para informar el estado de la actividad.

b. NORMAS Y CLÁUSULAS CONTRACTUALES POSIBLEMENTE VIOLADAS.

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el informe de supervisión que fundamenta la presente actuación se señaló que el contratista, presuntamente vulneró las siguientes cláusulas contractuales:

"PRESUNCIÓN DE CLÁUSULAS INCUMPLIDAS VS ACTIVIDAD.
Con base en lo expuesto en los HECHOS CONSTITUTIVOS DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO y una vez verificado el clausulado del contrato, el señor CHAJIN MENESES no cumplió con las siguientes obligaciones como resultado de no entregar las actividades asignadas, así:

No	OBLIGACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTRATISTA	ACTIVIDAD ASIGNADA NO CUMPLIDA
1	Hacer el seguimiento de las actividades relacionadas con proveedores, adquisición, administración, almacenamiento, custodia, distribución e inventario de bienes, velando especialmente porque se cumplan las normas aplicables sobre esta materia.	No se dio cumplimiento al no entregar a la supervisión: ▪ Actividad 1 Liquidación de Contratos. ▪ Actividad 2 Control de ejecución ▪ Actividad 4 Control de insumos OC 64606
2	Apoyar en la supervisión de los contratos relacionados con la gestión administrativa y de bienes de la Entidad, verificando el cumplimiento de las obligaciones de estos, según las necesidades institucionales.	No se dio cumplimiento al no entregar a la supervisión: ▪ Actividad 1 Liquidación de Contratos ▪ Actividad 2 Control de ejecución ▪ Actividad 4 Control de insumos OC 64606
3	Realizar la gestión administrativa respectiva en la revisión de los documentos de cobro que presentan los contratistas en desarrollo de contratos a cargo del Equipo de Gestión Financiera y Administrativa.	No se dio cumplimiento al no entregar a la supervisión: ▪ Actividad 1 Liquidación de Contratos. ▪ Actividad 2 Control de ejecución
4	Apoyar en el seguimiento de los pagos de servicios públicos, impuestos y demás gastos en que debe incurrir la entidad para el normal desarrollo de sus actividades.	No se dio cumplimiento al no entregar a la supervisión: ▪ Actividad 1 Liquidación de Contratos. ▪ Actividad 2 Control de ejecución
5	Participar en los procesos que permitan mejorar la prestación de los servicios administrativos para el funcionamiento de la Entidad asignados, para el oportuno cumplimiento de los planes y programas, así como la ejecución y utilización óptima de los recursos disponibles, de acuerdo con los procesos, procedimientos y políticas establecidas por la entidad.	Producto que se debía realizar como resultado del desarrollo de la actividad 1 a la 5.
6	Apoyar en el seguimiento de las actividades relacionadas con proveedores, adquisición, almacenamiento, custodia, distribución e inventarios de los elementos, equipos y demás bienes necesarios para el funcionamiento normal de la ANE, velando especialmente porque se cumplan las normas aplicables sobre esta materia.	No se dio cumplimiento al no entregar a la supervisión: ▪ Actividad 2 Control de ejecución. ▪ Actividad 4 Control de insumos OC 64606
7	Apoyar al Equipo de Gestión Financiera y Administrativa en la revisión de procesos, procedimientos y demás documentos asociados al proceso de Gestión de servicios de la Entidad	Producto que se debía realizar como resultado del desarrollo de la actividad 1 a la 5.
8	Apoyar los procesos de baja y disposición final de los bienes dados de baja por la Entidad.	No se dio cumplimiento al no entregar a la supervisión: ▪ Actividad 5 Verificación Inventario
9	Ejercer todas y cada una de las actividades necesarias para el óptimo desarrollo del objeto del contrato, de acuerdo con las indicaciones del supervisor del contrato.	No se dio cumplimiento a la obligación debido a que el contratista no responde llamadas, mensaje de texto celular y tampoco correos.

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

10	Apoyar la estructuración de los planes y programas relacionados con los asuntos de carácter administrativo que le sean asignados, que orienten la gestión del Equipo de trabajo.	Producto que se debía realizar como resultado del desarrollo de la actividad 1 a la 5.
11	Apoyar las gestiones de servicios y logísticas pertinentes relacionadas con la sede donde se ubica la entidad.	No se dio cumplimiento a la obligación debido a que el contratista no responde llamadas, mensaje de texto celular y tampoco correos.
12	Elaborar y tramitar los proyectos de actos administrativos relacionados con las actividades de la Gestión administrativa que se requieran.	No se dio cumplimiento al no entregar a la supervisión: ▪ Actividad 1 Liquidación de Contratos
13	Elaborar y presentar los informes requeridos por la Supervisión del contrato.	Producto que se debía realizar como resultado del desarrollo de la actividad 1 a la 5.
14	Apoyar en la atención de requerimientos internos y externos que le sean asignados al Equipo de Trabajo de Gestión Financiera y Administrativa, con relación a la gestión de servicios.	No se dio cumplimiento a la obligación debido a que el contratista no responde llamadas, mensaje de texto celular y tampoco correos.

c. CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA LA CONTRATISTA EN DESARROLLO DE LA ACTUACIÓN POR SU PRESUNTO INCUMPLIMIENTO

Siguiendo con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el informe de supervisión que fundamenta la presente actuación, fueron indicadas al contratista las consecuencias que pudieran derivarse de su presunto incumplimiento, de la siguiente manera:

"CONSECUENCIAS DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO.

Así las cosas, el contrato CFA-CD-F-S-171 de 2022 suscrito entre el Fondo Adaptación y RICARDO CHAJIN MENESES, se encuentra pactado entre las partes los diferentes mecanismos para atender las posibles controversias que surjan de la ejecución. Es así como en el contrato del asunto dispone en la Cláusula 11.- la Declaratoria de incumplimiento y cláusula penal, así:

'En caso de incumplimiento a las obligaciones de EL CONTRATISTA derivadas del presente contrato, EL FONDO adelantará el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás disposiciones aplicables. EL FONDO podrá cobrar a título de indemnización, una suma equivalente hasta del 10% del valor del presente contrato. El valor de esta cláusula es el de la estimación anticipada de perjuicios; no obstante, la presente cláusula no impide el cobro de todos los perjuicios adicionales que se causen sobre el citado valor. Este valor puede ser compensado con los montos que EL FONDO adeude a EL CONTRATISTA con ocasión de la ejecución del presente contrato, de conformidad con la normatividad vigente'.

DOSIMETRÍA O TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS.

Teniendo en cuenta la Cláusula 11 Declaratoria de incumplimiento y cláusula penal del contrato, la tasación de los perjuicios por el presunto incumplimiento es de DOS MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$2.612.832).

ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

Después de realizar el análisis correspondiente, la supervisión encuentra una presunta falta grave por parte del contratista, teniendo en cuenta que no realizó las cinco actividades para el desarrollo de la ejecución del contrato. En este punto es importante resaltar que el señor Chajin Meneses no cumplió con las obligaciones pactadas al no entregar los productos asociados a las actividades requeridas por parte de la supervisión.

Es importante resaltar que las actividades encomendadas al señor Chajin Meneses, hacen parte de un compendio de actividades que se desarrollan desde la Sección Administrativa y que complementan otras actividades que permiten alcanzar las metas del área.

Por otra parte, los productos que debía entregar el señor Chajin Meneses, permitirían proporcionar información vital para la toma de decisiones con respecto a bienes y servicios que garantizan que los funcionarios de la Entidad cuenten con las condiciones básicas necesarias para el buen desarrollo de sus funciones.

Por lo anterior, la supervisión considera que existe un presunto incumplimiento del contrato CFA-CD- F-S-171 de 2022 por parte del señor RICARDO CHAJIN MENESES y considera que se hace necesaria la imposición de la cláusula penal y terminación del contrato.» Hasta aquí transcripción del informe.”

II. ACTUACION PROCESAL

a. CITACION

Mediante radicados E-2022-025920 del 3 de octubre de 2022, dirigido al contratista y E-2022-025928, de la misma fecha dirigido al garante, la Asesora III Líder asignada E.T. de Gestión Jurídica Transversal de la Secretaría General del Fondo Adaptación, llevó a cabo la citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de realizar aplicación de la cláusula penal derivada del presunto incumplimiento de las obligaciones pactadas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022 suscrito entre el Fondo Adaptación el señor Ricardo Chajín Meneses, para el día doce (12) de octubre de 2022, a las 10:00 am., a fin de debatir los hechos constitutivos del presunto incumplimiento y en aras de garantizar el derecho de defensa, contradicción y debido proceso, indicando en la misma que, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, “*Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones*”, que en su artículo 2º inciso 2 dispone: “*Se utilizarán los medios tecnológicos, para todas las actuaciones, audiencias y diligencias y se permitirá a los sujetos procesales actuar en los procesos o trámites a través de los medios digitales disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades presenciales o similares, que no sean necesarias. Por tanto, las actuaciones no requerirán de firmas manuscritas o digitales, presentaciones personales o autenticaciones adicionales, ni incorporarse o presentarse en medios físicos [...]*», la actuación se realizaría por medios electrónicos a través de la plataforma Google Meet, remitiendo en el mismo documento y mediante invitación de Google calendar el enlace para acceder a la conexión electrónica.

Del mismo modo fue convocado el supervisor del Contrato.

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

El 12 de octubre de 2022, la Asesora III, grado 10, del Equipo de Trabajo de Gestión Jurídica Transversal de la Secretaría General del FONDO ADAPTACIÓN, actuando en virtud de la delegación de funciones realizada en la Resolución 1299 del 26 de septiembre de 2022 para el trámite de las actuaciones contractuales sancionatorias respecto de los contratos suscritos por la Entidad, procedió a realizar la instalación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con fines de declaratoria de incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el contrato nro. FA-CDI-F-171-2022.

Es de advertir que, a dicha sesión de audiencia solo se hizo presente la apoderada de la compañía garante, por lo que se procedió a reconocer personería adjetiva a la abogada DANIELA BEJARANO ARROYO, para participar en la audiencia.

Dada la ausencia injustificada del Contratista, fue necesario aplazar la audiencia y **se reprogramó para el día dieciocho (18) de octubre del 2022**, para lo cual se remitió al Contratista Ricardo Chajín Meneses, citación por correspondencia a través de correo certificado mediante el operador 4-72, a la dirección que aparece en la póliza de cumplimiento, la cual fue devuelta con una nota que indica *“Me permito informar que se hace gestión de entrega al envío RA394147399CO, la cual no fue posible, por la causal, “no existe número”, en Valledupar no existe la Calle 25 Norte , ni la cra 74 (...)”*, razón por la que la sesión de Audiencia no fue llevada a cabo.

Así las cosas, mediante comunicación No. E-2022-026281 del 21 de octubre del 2022, **se cita por tercera vez a la Audiencia de que trata el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para el 25 de octubre del 2022**, con el fin de realizar aplicación de cláusula penal derivada del presunto incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato No. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y el señor Ricardo Chajín Meneses.

El día 25 de octubre del 2022, se llevó a cabo la Audiencia programada, en la cual se hizo presente la apoderada de la compañía garante y el contratista.

El contratista solicitó en la audiencia el aplazamiento de la misma, ya que su apoderado no pudo asistir debido a compromisos adquiridos previamente.

Para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa se reprogramó una vez más la Audiencia para el día 1º de noviembre del 2022, la cual, debido a la imposibilidad de la entidad fue necesario reprogramar, para el día 4 de noviembre de 2022.

El día 4 de noviembre de 2022, se reinició la audiencia, en la cual el señor Ricardo Chajin Meneses otorgó poder al doctor LUIS GUILLERMO RAMOS VERGARA, a quien se le reconoció personería adjetiva para actuar.

En el transcurso de la actuación administrativa sancionatoria, se preguntó a los apoderados si conocían el contenido del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a lo cual respondieron que sí. No obstante, el apoderado del

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

contratista y el garante solicitan que se dé lectura al mismo, razón por la cual se procedió de conformidad.

Se le concedió el uso de la palabra al abogado Juan Pablo Restrepo para que diera lectura al informe y a la citación, no obstante, cuando se estaba dando lectura a la página No. 10 en el acápite de las cláusulas presuntamente incumplidas frente a la actividad del contratista, la conexión del apoderado del contratista se suspendió, por lo cual se detuvo la lectura del informe.

Acto seguido se solicitó al contratista informar qué había sucedido con su apoderado, a lo cual manifestó que el abogado sufrió un “apagón”, por lo que se dio un tiempo prudencial, pero no fue posible que se conectara nuevamente, por lo cual se suspendió la audiencia, procediendo a fijar nueva fecha para reanudación de la misma, para el día 11 de noviembre de 2022.

El 11 de noviembre del 2022, se procedió a reiniciar la audiencia, tal como estaba programado, sin embargo, el contratista y su apoderado, nuevamente inasisten a la misma de manera injustificada, por lo cual fue necesario, una vez más reprogramar la continuación de la actuación, para el día 17 de noviembre de 2022.

El 17 de noviembre de 2022, se reinstala la Audiencia y se concluye con la lectura de los cargos. Acto seguido se otorga la palabra al apoderado del contratista con el de que realice sus descargos.

El doctor Luis Guillermo Ramos Vergara, apoderado del contratista, indicó que requería citar al supervisor para preguntar sobre el informe de actividades y demostrar que nunca existió retroalimentación para el cumplimiento de las obligaciones. A lo cual la doctora Nohemy Benavides Barbosa, delegada para dirigir la Audiencia indicó al apoderado que esta era la etapa de descargos y que podía pedir las pruebas que considerara necesaria y la entidad analizaría la conducencia, pertinencia y utilidad de la misma. A lo cual el apoderado concedió el uso de la palabra al contratista para que éste expresará lo sucedido en desarrollo y ejecución del contrato.

Estando el contratista en exponiendo sus descargos, tanto éste como su apoderado se desconectaron de la sesión virtual, sin que mediara excusa al despacho de lo ocurrido, para lo cual se esperó unos instantes con el fin de que pudieran obtener reconexión. Se solicitó a la apoderada de la compañía garante si podía comunicarse con el contratista, quien manifestó que finalmente pudo contactar vía telefónica al contratista quien le manifestó que tenía problemas de conectividad, pero que sí se iba a reconectar en un momento. Se concedió un término adicional, sin embargo, ni el apoderado ni el contratista se conectaron nuevamente.

Con el fin de continuar con el desarrollo de la diligencia, y habiendo escuchado los descargos del Contratista, hasta el momento de su

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

desconexión, procede la entidad a concederle el uso de la palabra a la apoderada de la compañía LA PREVISORA S.A. para que en su calidad de garante del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022 presente sus descargos, rinda las explicaciones del caso, aporte pruebas y controvierta las presentadas por la Entidad.

Estando la apoderada de la compañía garante, presentado sus descargos, informa al Despacho que el Contratista estaba tratando de conectarse y que requiere acceso a la sesión virtual. El contratista remite pantallazo, al parecer tomado de su celular, donde aparece el mensaje “conectando espera”, pero evidenciado el sistema se advirtió que el señor meneses no estaba accediendo a la sala virtual en la que se estaba adelantando la audiencia.

El contratista solicita que se ponga en alta voz por llamada, informando que tiene problema con el internet de la casa y del celular se queda conectando y quería dejarla en conocimiento. Se le informa que puede culminar sus descargos por medio telefónico y que le restan 17 minutos para hacerlo.

Indica que no se siente cómodo realizando sus descargos de este modo, y que no tiene comunicación con su apoderado, por lo que la doctora Nohemy Benavides Barbosa, atendiendo lo indicado por el contratista, accede a suspender la audiencia.

En sesión de audiencia **el 21 de noviembre del 2022**, se decide sobre las pruebas.

En sesión del 1 de diciembre del 2022, se practicaron las pruebas y se dio traslado de las mismas a las partes.

En la sesión del 6 de diciembre del 2022, el contratista solicito que se aplazara la audiencia debido a que no tenía contacto con su apoderado y que requería un plazo para designar un nuevo apoderado.

En sesión del 13 de diciembre del 2022, el contratista designo como nuevo apoderado al abogado ADIEL ABUADARA AGUILAR quien solicitó que, para estudiar el caso y los cargos, se le concediera un tiempo prudencial, a lo cual por garantía del debido proceso se le concede plazo hasta el día 20 de diciembre del 2022.

En la sesión del 20 de diciembre del 2022, el contratista presentó sus descargos a través de su apoderado.

En la sesión del 27 de diciembre del 2022, se procedió a dar traslado para alegar de conclusión.

En la sesión del 10 de enero del 2023, el apoderado del contratista presentó informe de psicología del señor Ricardo Chajín Meneses.

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

c. DECRETO DE PRUEBAS

Una vez recibidas las solicitudes probatorias de los sujetos procesales, se procedió con el análisis correspondiente por parte del despacho, respecto de su pertinencia, conducencia y utilidad de conformidad con lo expresado en el artículo 40 del CPACA, el cual por remisión expresa indica que, a la presente actuación también le serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 164, 165, 166 y 167 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

En cumplimiento de lo allí ordenado, se emitió el acto de pruebas número 001 el cual fue notificado en estrados el día 21 de noviembre de 2022, mediante dicho acto, la entidad se pronunció de la siguiente manera:

“(…) Análisis de la entidad respecto de las solicitudes probatorias presentadas:

ARTÍCULO PRIMERO. *Tener como pruebas las siguientes:*

1. *Documentales:*
 - 1.1. *Póliza de Seguros de la Previsora Seguros No. 3016416.*
 - 1.2. *El acta de inicio del contrato No. FA-CD-F-S-171-2022.*
 - 1.3. *Correos electrónicos con la trazabilidad de la actividad 1 Liquidación de contratos desde el 15 de febrero de 2022 hasta el 25 de julio de 2022.*
 - 1.4. *Correos electrónicos con la trazabilidad de la actividad 2 Control de ejecución desde el 15 de febrero de 2022 hasta el 25 de julio de 2022.*
 - 1.5. *Correos electrónicos con la trazabilidad de la actividad 3 Conciliación inventario desde el 15 de febrero de 2022 hasta el 25 de julio de 2022.*
 - 1.6. *Correos electrónicos con la trazabilidad de la actividad 4 Control de insumos OC 64606 desde el 15 de febrero de 2022 hasta el 25 de julio de 2022.*
 - 1.7. *Correos electrónicos con la trazabilidad de la actividad 5 Verificación de Inventarios de bienes desde el 15 de febrero de 2022 hasta el 25 de julio de 2022.*
 - 1.8. *Imágenes de los chats de los días 11, 14 y 25 de febrero de 2022.*
 - 1.9. *Imágenes de los chats de los días 2 y 7 de marzo del 2022.*

ARTICULO SEGUNDO. *Decretar como pruebas las siguientes:*

- 2.1. *Incorporar al expediente la Resolución 1396 del 2022.*
- 2.2. *Oficiar al Equipo de Trabajo de Gestión Financiera y administrativo- Sección Tesorería, sobre el estado de cuenta de la ejecución financiera del contrato No. FA-CD-F-S-171-2022.*
- 2.3. *Oficiar al supervisor del contrato que remita cualquier comunicación que se haya enviado a la compañía de seguros La Previsora S.A. relativos a las circunstancias sobre la forma de ejecución del contrato. De no existir dichos correo o comunicaciones, emitir una certificación en la cual se deje evidenciada esta circunstancia.*
- 2.4. *Decretar el interrogatorio del señor Ricardo Chajin Meneses para el día 1 de diciembre del 2022, a las 9:30 AM, el cual será citado por Google meets el link será remito a las partes para que se conecten.*
- 2.5. *Decretar prueba por informe a cargo del supervisor del contrato, en el cual debe rendir un informe de carácter técnico, bajo la gravedad de juramento, en los términos del artículo 275 y siguientes del Código General del Proceso, específicamente sobre:*
 - a. *Indicar el procedimiento o forma en la cual se asignaba los tramites al contratista.*

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

- b. *Cuál era el mecanismo de seguimiento y registro de dichas asignaciones.*
- c. *Informar si cuando los documentos enviados no cumplían con las condiciones establecidas se determinó las falencias de dichos documentos.*
- d. *Informar si el contratista realizó solicitudes de reunión o pidió algún tipo de retroalimentación cuando los documentos entregados por este fueron devueltos.*
- e. *Respecto de la actividad de liquidaciones de los contratos informar si estas se vencieron o como se solventó el tema en la entidad para cumplir con los plazos del área de liquidaciones.*
- f. *Como se afectaron las metas del área por las liquidaciones que debía realizar el contratista Ricardo Chajín Meneses.*

Igualmente, el informe deberá presentarse a más tardar el 25 de noviembre de 2022, el cual podrá remitirse a la dirección de correo electrónico notificacionesfondoadaptacion@fondoadaptacion.gov.co, una vez el mismo sea allegado se correrá traslado por el término de tres (3) días.

2.6. Se ordena al contratista que aporte las pruebas documentales que él y su apoderado a mencionado en sus descargos.

2.7. Se oficiar a:

- a. *Gestión Documental ventanilla única para que certifique que comunicaciones envió el señor Ricardo Chajín Meneses dirigidas al supervisor del contrato.*
- b. *La Oficina de Sistemas de la entidad para que certifique que correos electrónicos remitidos por el supervisor del contrato y los remitidos desde el correo del señor Ricardo Chajín Meneses al supervisor.*

ARTÍCULO TERCERO. *Niéguese las siguientes pruebas:*

- 1. *El testimonio del supervisor del contrato por las razones expuestas en las consideraciones.*

ARTÍCULO CUARTO. *Notificar el contenido del presente acto de trámite en estados de conformidad con lo dispuesto en el art 86 de la ley 1474 de 2011.*

ARTÍCULO QUINTO. *Contra el presente acto de trámite no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 41 y 75 de la ley 1437 de 2011.”*

d. PRACTICA DE PRUEBAS

De conformidad con lo ordenado en el acto de trámite número 001 se realizaron los traslados a los sujetos procesales de las pruebas documentales aportadas y las demás practicadas, al igual que, se allegó la prueba por informe, realizada por parte del Asesor II del Equipo de Trabajo de Gestión de Servicios Administrativos y Gestión Documental, remitida mediante radicado I-2022-027267 del 29 de noviembre de 2022.

III. CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD

De la potestad sancionatoria de la administración

Con el fin de proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos, recae en la administración determinar la viabilidad jurídica y la procedencia de la imposición de la sanción solicitada en el Informe Técnico de Presunto Incumplimiento elaborado por el supervisión del contrato y que

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

hace parte integral de las citaciones remitidas, tanto al contratista como a su garante, dando estricto cumplimiento al procedimiento reglado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con total apego al principio del debido proceso y el derecho de defensa y contradicción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

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."*

A su turno, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 proporcionó a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o entiéndase 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.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia se ha referido a la potestad sancionadora de la administración, como:

"...La potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal".

Esta facultad se encuentra sometida al principio de legalidad, el cual se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, siendo la propia Constitución Política, artículo 29, la que impone a las autoridades judiciales y administrativas adelantar sus actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, legalidad y tipicidad de las conductas, elementos fundamentales del derecho sancionatorio de la administración.

Frente al principio de legalidad, la jurisprudencia ha señalado que si bien el mismo faculta a la administración para ejercer la potestad sancionatoria, también impone a ésta la obligación de acatar una serie de garantías que permitan la materialización del debido proceso administrativo, principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede ejercerse y, 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado señala:

"La potestad sancionadora de la Administración está sujeta al principio de legalidad establecido en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política. Sin embargo, cuando del ejercicio del ius puniendi se trata, estas disposiciones deben conjugarse con una de las manifestaciones más importantes del derecho al debido proceso, conocida como la tipicidad de las infracciones, regla consagrada en el artículo 29 de la Carta Política; esta norma preceptúa: "...Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa." De la anterior disposición se desprenden tres exigencias: la existencia de una "lex scripta", de una "lex previa" y de una "lex certa." (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, radicación número 16367, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero).

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización -lex previa-, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder. Con estos matices rige en materia contractual el primer principio que integra el debido proceso".

Esta misma Corporación, en posterior sentencia sostuvo que:

"... La potestad sancionadora es solo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la Ley le asigna a través de la delimitación de competencias ... La aplicación de los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son predicables de toda actuación sancionatoria confiada a la administración;

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

ahora bien, no se trata de una aplicación idéntica a la que realiza el derecho penal, en razón a que éstos deben modularse para acomodarse a las particularidades de la actuación administrativa ...".

En relación con los aspectos de legalidad derivados de la facultad sancionatoria que radica en cabeza del Fondo Adaptación, es pertinente indicar lo señalado por el Consejo de Estado Sección Tercera, en Providencia expediente 68115 de 2022. Consejera Ponente Martha Nubia Velásquez, respecto de esta competencia en las entidades públicas:

"(...) El principio de legalidad encuentra su cimiento constitucional en los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política, al tenor de los cuales toda actuación de los órganos del Estado se encuentra sometida al imperio del derecho, de tal suerte que la actividad de las autoridades públicas está restringida a aquello que la Constitución y la ley les permite, de manera que son responsables por omisión y por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En secuencia con lo anterior, la Sala reitera la jurisprudencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca del principio de legalidad que constituye un presupuesto para el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia de contratación estatal, de la siguiente manera:

"La potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción (...) El sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca en la actualidad que a la Administración se le confía parte del ius puniendi del Estado, la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa, pues como ya tuvo oportunidad de decirse, en este ámbito se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., sentencia de 22 de octubre de 2012)

La Corte Constitucional ha considerado que la observancia del principio de legalidad como expresión pura del debido proceso en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio comporta una doble garantía: i) la material que alude a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones, lo que atiende al postulado según el cual nadie puede ser castigado sino bajo unas conductas y sanciones descritas en normas preexistentes al hecho censurado; ii) la formal enderezada a que las conductas y sanciones se hallen incorporadas en normas de rango legal.

El procedimiento sancionatorio que se aplicó en este caso se encuentra regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, norma que según el apelante fue desatendida por el Fondo al modificar la sanción anunciada de inicio en la citación. Sobre el particular, la norma dicta que:

"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

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

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; (...)"

Surge de su lectura que, la norma en cita consagra la información que debe contener la citación a la audiencia estableciendo dos tipos de exigencias:

Por un lado, deben consignarse los fundamentos fácticos en que se basan los reparos que sirven de sustento para iniciar la actuación, los cuales deben estar apoyados en un informe de interventoría o supervisión.

De otro, es menester indicar las normas o cláusulas posiblemente vulneradas y las sanciones que de esa transgresión pudieran derivarse.

Es claro que, en el primer caso la norma no sujeta la ocurrencia de los hechos a un escenario incierto o cubierto con el manto de la probabilidad, como sí lo hace al contemplar las normas y sanciones, eventos en que la disposición requiere que se refieran las "*posiblemente violadas*" y las consecuencias, entiéndase sanciones, que "*podrían*" desprenderse.

En otras palabras, los supuestos fácticos en que se funda la actuación a los que se atribuye el acaecimiento de la conducta antijurídica del contratista, no pueden alterarse o adicionarse a lo largo del procedimiento y será con soporte en ellos que deba surtir el debate. No podría ser de otra manera, en tanto, solo de esa forma, podría garantizarse la efectiva defensa de los hechos y conductas nocivas que se le endilgan.

Cuestión distinta acontece con las sanciones que podrían imponerse. En estos casos existe la posibilidad de que estas últimas se modifiquen, siempre y cuando, se enfatiza, no se hagan más gravosas para el inculpado.

Ello se explica en que la finalidad del debate probatorio está dirigida al esclarecimiento de la ocurrencia de los hechos aducidos como fundamento del inicio de la investigación, lo que puede conducir a que, por cuenta del despliegue de la contradicción por parte del afectado y de la práctica de pruebas idóneas, conducentes y pertinentes encauzadas a dotar de vigor la oposición, las sanciones anunciadas: a) se mantengan tras verificar que los hechos en que se soporta la actuación no fueron desvirtuados y responsabilizan al contratista, b) se reduzcan por evidenciarse que no son de tal entidad que ameriten la pena que se anticipó, o, c) se prescinda de su aplicación al precluir el procedimiento en favor del contratista por haber prosperado sus argumentos de oposición."

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

Del incumplimiento Contractual

Aclarados entonces los aspectos relativos a la facultad sancionatoria de la administración, para adoptar una decisión, resulta pertinente que este Despacho se refiera al concepto de incumplimiento contractual, específicamente el incumplimiento de un contrato estatal.

Conforme lo define la ley colombiana, el contrato es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, en el cual, una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa art. 1495 del Código Civil, generándose obligaciones entre las partes de naturaleza recíproca por regla general.

En relación con la noción de incumplimiento contractual el Consejo de Estado sección tercera subsección A en sentencia del 27 de enero de 2016, Fallo 38449, respecto este tópico señaló:

“(...) Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal (...)

(...), el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral.

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Así mismo, la ocurrencia del supuesto de incumplimiento del particular, al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, faculta a la entidad estatal contratante a declararlo mediante acto administrativo

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

motivado con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el acuerdo."

De conformidad con lo antes expuesto, conforme con las reglas establecidas en las disposiciones normativas que rodean este caso y las reglas de jurisprudencia analizadas, se procederá con el análisis de los hechos y cargos planteados en el informe de presunto incumplimiento, las pruebas practicadas y los alegatos presentados por los sujetos procesales convocados, como se expresa a continuación.

1) ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA RICARDO CHAJIN MENESES.

El despacho procederá a pronunciarse con respecto a los argumentos de defensa presentados por EL CONTRATISTA en sus descargos, presentados en las audiencias del 17 de noviembre y 20 de diciembre del 2022, el cual precisó:

"El apoderado del contratista inicia su actuación, indicando que se debe citar al señor supervisor del contrato del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, para que informe porque no hubo una adecuada inducción para el cumplimiento de su objeto contractual, por ello necesita establecer con el supervisor qué ocurrió porque debía velar por su cumplimiento.

Considera que algunas de las obligaciones se cumplieron, pero la entidad no facilitó su labor para que su prohijado judicial pudiera cumplir y que tampoco realizó la retroalimentación para el cumplimiento de las obligaciones ya que nunca se explicó al contratista por qué sus actividades no cumplían, cuando el contratista siempre tuvo vocación de cumplimiento.

El contratista insistió para que el supervisor le prestará ayuda y que explicara, pero este no contribuyo a que el contratista pudiera cumplir con sus actividades.

En materia contractual el Estado tiene unas obligaciones también que, es que cuando contrata a alguien debe facilitarle unas condiciones para que pueda desplegar su objeto contractual.

Informó que él mismo (supervisor) nunca dio pautas de cómo se iba a ejecutar el contrato, la entidad no colaboró con el contratista para que este pudiera cumplir con sus obligaciones.

Solicitó convocar al supervisor, y le cedió el uso de la palabra al contratista a Ricardo Chajín Meneses, quien indicará en que medida se cumplieron esas actividades.

El Contratista Ricardo Chajin Meneses inició precisando sus generales de ley, y manifiesta que se encuentra en desacuerdo con algunos de los puntos del informe del presunto incumplimiento.

Precisó que se entregaron 3 de las 6 actividades del informe. Tuvo un lapso de una semana que asistió a la entidad en la cual no se le asignaron actividades.

En el informe no se menciona que la primera actividad desarrollada y que el apoyó fue con la compra de tiquetes de la entidad y que se comunicó con diversas agencias de viaje para que le hicieran una propuesta a la entidad para que los funcionarios de la entidad pudieran visitar los macro proyectos

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

de la entidad. Esto no se reflejó en el informe.

Las liquidaciones del mes de febrero fueron enviadas en el plazo y se pidió una retroalimentación para determinar por qué las mismas no cumplían y qué fue lo que se hizo mal para el mes de marzo y no se dio el espacio ni el interés.

La actividad para la tasa de uso de los consumos de la entidad y tampoco hubo respuesta y finalmente se realizaron actividades respecto de los inventarios, se montó una base de datos del consumo para los funcionarios.

...

El nuevo apoderado indico que revisado el expediente se advierte que hay falencias de ambas partes, que la administración al momento de realizar la selección del contratista realmente omitió algunas circunstancias puesto que el doctor Chajín si tenía experiencia en el sector privado, pero no experiencia en la administración pública.

La segunda falencia que advierte es que, en la trazabilidad de la supervisión, dejó pasar los 6 meses del contrato para hacer algún requerimiento para conminar este o tomar alguna decisión de terminar el contrato o modificar el contrato.

La administración en cabeza de supervisor le dio lo mismo que pasaron los 6 meses y realmente no se preocupó que era lo que en el fondo estaba pasando.

Según lo manifestado por su poderdante este le indico que él estuvo enfermo en el mes de marzo lo cual le fue indicado al supervisor sin tener ningún eco en la empresa, padeciendo COVID y desafortunadamente contagió a su familia y a una persona vulnerable como es su abuela mujer de mas de 90 años, lo anterior le genero circunstancias de choques emocionales sentía que las circunstancia de que si ella moría el sería el culpable por llevar el virus a la casa.

Indicó que iba a ser llegar las pruebas del psicólogo para que pueda ser valorada por ser un caso fortuito, ya que le genero varios choques emocionales y algún trauma psicológico de manera que tuvo que someterse a algunas terapias y que el supervisor nunca se preocupó de que era lo que estaba sucediendo.

Adicional a ello encuentra algunas de las medidas que se están tomando de acuerdo a un concepto del Consejo de Estado, se podría decir que son realmente extemporánea y hace referencia que las multas se pueden hacer efectivas en la vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, si por medio de estas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento no tendría sentido poner una multa cuando el termino de ejecución del contrato a vencido y el incumplimiento es total o definitivo, la imposición de multa en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial.

Afirmó que como lo dijo la apoderada del garante no conmino al contratista y del garante existiendo de una responsabilidad compartida por cuanto la administración no tenía como dejar de hacer una selección objetiva en el momento de ir a contratar estas personas.

No desconoce que el señor Ricardo Chajin tenga las facultades y es administrador de empresa, pero le faltaba algo importante como era la experiencia en la administración pública, lo anterior aunado a que nunca se

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

le realizó una inducción y a esa falta de entereza del supervisor de exigirle al contratista de forma oportuna el cumplimiento de sus obligaciones. Se evidencia que esto que el contratista no presentó nunca una cuenta de cobro esa situación genera que exista una responsabilidad compartida con la administración.

Se solicita que pueda presentar su informe de psicología”.

Se advierte de lo anterior, varias circunstancias sobre las cuales se pronunciará el despacho referente a cuatro elementos indicados y que se pueden agrupar así:

5.1.1. Inexperiencia del contratista

5.1.2. Falencias de selección y seguimiento en la ejecución del contrato – Culpa compartida

5.1.3. Extemporaneidad de la sanción y;

5.1.4. Caso fortuito – por afectaciones psicológicas.

5.1.1. INEXPERIENCIA DEL CONTRATISTA.

Una vez, revisado el expediente contractual, se advierte que el señor Ricardo Chajin Meneses es administrador de empresas con una experiencia de diecinueve (19) meses en el sector financiero como profesional de Gestión Financiera en él mismo, razón por la cual cumplía con la exigencias y necesidades de la entidad.

Debe recordarse que la entidad de manera previa a la celebración del contrato verifico, las condiciones de idoneidad, experiencia y capacidad del contratista, por lo cual no es de recibo el argumento del apoderado.

A su vez, el Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, **siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área** de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

situación en los estudios y documentos previos. (Decreto 1510 de 2013, artículo 81)" (Negrilla fuera del texto original).

Como puede observarse de la norma anteriormente señalada, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

A diferencia de las relaciones laborales, el contratista sea persona natural o jurídica, tiene un objeto contractual que está definido, sus actuaciones son autónomas e independientes desde el punto de vista profesional, administrativo, operativo y técnico la vigencia del contrato es temporal a las voces del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

De manera que si el señor Chajín Meneses no se encontraba en la posibilidad de cumplir con sus obligaciones contractuales, no debió haber suscrito el contrato cuando le fue puesto de presente su objeto y obligaciones.

Dentro del expediente contractual obra la *"VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE IDONEIDAD, EXPERIENCIA Y CAPACIDAD DEL CONTRATISTA"*.

Documento del cual se evidencia que el contratista acreditó ser un administrador de empresas de la Universidad Javeriana y además de ello contar con una experiencia general y específica de diecinueve meses en una entidad financiera. Dichos documentos son de público conocimiento al encontrarse publicados en la página del SECOP, el cual es una base pública y abierta para cualquier ciudadano y que puede ser consultada por cualquier persona.

5.1.2. FALENCIAS DE SELECCIÓN Y SEGUIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO – CULPA COMPARTIDA.

Referente a las falencias en la selección como se indica el contrato de prestación de servicios del señor Chajín Meneses como todos los contratos de la entidad respetan la etapa de planeación y selección prueba de ello es que el contrato dentro de su etapa de precontractual se realizaron los estudios previos, en el cual se definió la necesidad del contrato, se realizó el análisis de idoneidad, experiencia y capacidad del contratista consultando sus antecedentes disciplinarios, fiscales y judiciales.

Debe recordarse que en los contratos estatales de prestación de servicios existe autonomía administrativa, operativa, profesional y técnica el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispone que:

"ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

...

3. Contrato de prestación de servicios Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. ...”

Como se advierte de la norma, los contratos respetan el ejercicio de la autonomía de la voluntad, situación que indica que una persona que pretende celebrar un contrato con estado puede discutir las condiciones del mismo y en momento dado se puede abstener de celebrar este. Adicional a ello que no genera una relación laboral situación por la cual no existe ningún deber de capacitar al contratista, no en vano el artículo 2.2.1.2.1.4.9., del Decreto 1082 de 2015, dispone que se verifica la idoneidad, experiencia y capacidad del contratista para su ejecución.

Ahora bien, respecto de la falencia en la falta de seguimiento tampoco es de recibo dicha argumentación por cuanto el supervisor realizó seguimiento continuo es tan claro lo anterior que generó los mensajes de alerta al contratista sobre los posibles incumplimientos en que estaba incurriendo.

Fue de tal magnitud la situación que a pesar de contar con seis meses para ejecutar las actividades nunca las realizó ni se acercó a la entidad a solicitar una suspensión o terminación del contrato dada su supuesta imposibilidad de ejecutar este.

Por tanto, no es de recibo esta argumentación.

5.1.3. EXTEMPORANEIDAD DE LA SANCIÓN.

En virtud del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, con lo cual, en aplicación de este artículo y del principio de la autonomía de la voluntad, los contratos estatales pueden contener figuras tales como la cláusula penal y la multa.

Ahora, dichas cláusula penal o multas sólo serán aplicables en caso de haber sido incluidas expresamente en el contrato con fundamento en las normas del Código Civil y del Código de Comercio.

El Consejo de Estado ha distinguido ambas figuras, bajo el entendido de que las multas, por regla general, son mecanismos para conminar al

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

cumplimiento del contratista, mientras que la cláusula penal corresponde en principio a una tasación anticipada de perjuicios ante un incumplimiento grave.

En este sentido, el alto tribunal se manifestó de la siguiente manera:

"La multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye 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".¹

En este mismo sentido, el Consejo de Estado ha descrito las multas en el siguiente sentido, destacando que se trata de un mecanismo para apremiar al contratista para el cumplimiento de sus obligaciones:

"La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

(...)

Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo."²

Igualmente, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar por fuera del plazo el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la *cláusula penal pecuniaria*.

La Subsección C de la Sección Tercera –sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-, providencia que ha sido reitera generando línea jurisprudencial- que:

"... Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad No. 17009. C.P. Enrique Gil Botero.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Rad No. 28875. C.P. Jaime Orlando Santofimio.

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

1.150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto–.

" 'En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato..., lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. (...)

" 'En esos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista.³

"Por las razones expuestas, la causal de nulidad asociada al factor temporal tampoco tiene vocación de prosperar, teniendo en cuenta que para la fecha en que se expidió la primera decisión sólo habían transcurrido dos semanas desde la terminación del contrato, es decir, que el plazo para liquidarlo no había vencido. Incluso, cuando se resolvieron los recursos de reposición tampoco habían transcurrido los cuatro meses con que contaban las partes para realizar la liquidación bilateral –a falta de haberse pactado un término especial- más los dos meses que la jurisprudencia otorgaba a la administración para hacerlo unilateralmente, de allí que la decisión se profirió en tiempo oportuno."

En los términos indicados, en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria de declarar el incumplimiento para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento y hasta antes de la liquidación del mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior se recuerda que la citación, así como el informe del presunto incumplimiento se solicitó la imposición de la cláusula penal o incumplimiento y no por multa como se indicó por el apoderado en sus descargos de ahí que la decisión que se adopte no es extemporánea bajo ningún punto de vista. Por lo cual no es procedente este argumento del apoderado.

³ Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. CP. Ruth Stella Correa.

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

Así mismo, es necesario destacar que, conforme a lo antes expuesto, la ejecución de la cláusula penal procede en eventos de incumplimiento grave e insuperable del contrato. Así, dicha ejecución debe ser concomitante con la declaratoria de incumplimiento del contrato.

5.1.4. CASO FORTUITO – POR AFECTACIONES PSICOLÓGICAS.

En la audiencia del 10 de enero del 2023, se presentó una valoración psicológica practicada al contratista del documento establece el motivo del informe precisando que:

"TÉCNICAS UTILIZADAS.

1. *Entrevista psicológica practicada al señor RICARDO CHAJÍN MENESES el día 15 de marzo de 2022, de 9 am a 12 am, en el salí de entrevistas del consultorio en Valledupar.*

ENTREVISTA PRACTICADA A RICARDO CHAJÍN MENESES.

... Se encuentra un poco desorientado en el tiempo, mira al entorno con extrañeza como tratando de reconocerlo. Gira la cabeza con frecuencia, como tratando de constatar si hay alguien más en la cercanía. Exhibe una atención muy dispersa.

Presenta muy baja autoestima, con tendencia al humor sombrío. Se expresa a media lengua con un tono de voz quedo, casi inaudible. A casi todas las preguntas contesta preguntando por el significado de lo que se le pregunta, espontáneamente no comunica nada.

EXAMEN DEL ESTADO FÍSICO - SICOLOGICO (SIC).

PORTE y ACTITUD: Ingresa a la entrevista practicada en el salón de entrevista del consultorio por sus propios medios, con adecuada presentación personal. Con mucha dificultad responde a algunas preguntas. Establece muy pobre contacto visual. Se muestra algo desconfiado y receloso. ESTADO DE CONCIENCIA: Alerta y vigilante. ORIENTACIÓN: Desorientado en tiempo y lugar. PENSAMIENTO: Extremadamente de curso lento. ATENCIÓN: Disperso. CONCENTRACIÓN: Muy escasa. AFECTO: Pobremente modulado, plano y algo sombrío. No se aprecia un humor de espectro depresivo, aunque exhibe una fascies (sic) algo afligida. LENGUAJE ORAL: Casi inexistente, Habla a media lengua. Su caudal lingüístico es muy limitado. LENGUAJE CORPORAL: Casi inexpressivo. INTELIGENCIA: Se encuentra en el promedio. MEMORIA: Volátil. PROSPECCIÓN: Negativa. Es incapaz de planear el futuro. Solo dice que quiere irse del País. INTROSPECCIÓN: Escasa. CRÍTICA: Ausente. AUTOCRÍTICA: Ausente. CONDUCTA MOTORA: Contenida. No se aprecian movimientos anormales. SUEÑO: Manifiesta que no puede conciliar el sueño. En resumen, el examen del estado físico y psicológico revela un ligero déficit en todas las áreas de la esfera cognoscitiva. Hay también un marcado déficit en las esferas volitiva y afectiva.

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

DISCUSIÓN.

La historia de vida del joven RICARDO CHAJÍN MENESES, obtenida directamente de la entrevista psicológica practicada, permiten establecer claramente que el examinado padece Alteraciones en el estado de ánimo, ansiedad, depresión, insomnio, contribuyendo al deterioro marcado de su funcionalidad, lo anterior asociado a los efectos e impacto psicológico de la COVID-19, dicho diagnóstico se complementó con la aplicación y revisión de pruebas psicológicas del test de ansiedad.

Del historial biográfico del joven Ricardo Chajín Meneses y de acuerdo a la conducta empleada, este cumple con los criterios de deficiencias del comportamiento adaptativo que producen fracaso del cumplimiento de los estándares de desarrollo y socioculturales para la autonomía personal y la responsabilidad social. Sin apoyo continuo las deficiencias adaptativas limitan el funcionamiento en una o más actividades de la vida cotidiana, como la comunicación, la participación social y la vida independiente en múltiples entornos, tales como el hogar, el trabajo y la comunidad.

Como consecuencia de lo anterior, se dio inicio a un plan de tratamiento basado en técnicas cognitivas conductual, realizadas mediante catorce (14) terapias, las cuales se le practicaron cada quince días, finalizando el día 28 del mes de octubre del año 2022.

CONCLUSIONES

Debido a la intervención de las terapias psicológicas a la que asistió puntualmente el señor RICARDO CHAJÍN MENESES, se pudieron lograr cambios positivos en el fortalecimiento de sus recursos de afrontamiento y capacidad de resiliencia logrando aparejar su normal desarrollo psicosocial.”

Hasta aquí la transcripción del informe.

Consultados los antecedentes profesionales de la psicóloga que realiza el informe, en el Colegio Colombiano de Psicólogos se advierte que la misma es psicóloga con tarjeta profesional vigente y sin antecedentes disciplinarios.

La Ley 1090 del 2006, “*Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Psicología, se dicta el Código Deontológico y Bioético y otras disposiciones.*” dispone en sus artículos 46 y 47 lo siguiente:

ARTÍCULO 46. Cuando el psicólogo construye o estandariza tests psicológicos, inventarios, listados de chequeo, u otros instrumentos técnicos, debe utilizar los procedimientos científicos debidamente comprobados. Dichos tests deben cumplir con las normas propias para la construcción de instrumentos, estandarización, validez y confiabilidad.

ARTÍCULO 47. El psicólogo tendrá el cuidado necesario en la presentación de resultados diagnósticos y demás inferencias basadas en la aplicación de pruebas, hasta tanto estén debidamente validadas y estandarizadas. No son suficientes para hacer evaluaciones diagnósticas los solos tests psicológicos,

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

entrevistas, observaciones y registro de conductas; todos estos deben hacer parte de un proceso amplio, profundo e integral.

Se advierte que el resultado del diagnóstico del profesional de psicología debe basarse en la aplicación de pruebas, las cuales deben estar validadas, y el informe presentado carece de estos elementos que permitan al Despacho dar certeza y convicción para considerar esta circunstancia como un motivo fuerza mayor para el no cumplimiento de las obligaciones pactadas con la suscripción del contrato de prestación de servicios profesionales N° FA-CD-I-F-171-2022.

En consecuencia, este elemento no tiene vocación de prosperidad.

Durante la etapa de **alegaciones finales** el apoderado del contratista esbozo argumentos adicionales sobre los cuales el despacho procede a pronunciarse garantizando el debido proceso.

El apoderado indicó a modo de resumen:

Los siguientes argumentos considera deben ser tenidos en cuenta para que se adopte una decisión objetiva y ajustada.

La prevalencia del interés general es uno de los fundamentos del estado social y democrático de derecho de Colombia conforme lo previsto en el artículo 1 de la Constitución constituyéndose un elemento relevante de estructura en la contratación estatal. C-499 de 2015.

En lo que recalca el procedimiento del artículo 86 de la ley 1474 del 2011, determina que la entidad es juez y parte y por ello cualquier decisión debe ser bien pensada para buscar la justicia, pues es juez y parte la entidad.

Si bien es cierto de las pruebas recaudadas dentro del proceso y hace mención a la prueba por informe, en su entender lo anterior demuestra que no se cumplió por parte del supervisor, su deber de presentar los informes o solicitudes ya que los presentado son solicitudes de tipo general sin precisar en qué consisten las falencias o faltas de criterio técnico o administrativo presentado, lo anterior evidencia fehacientemente que el señor Ricardo Chajín Meneses presentó dos informes y quedo a la espera de retroalimentación por parte del supervisor lo cual nunca se dio.

Dentro del tema probatorio se advierte que el supervisor le seguía hacia requerimiento al contratista, pero estos nunca se vio una postura del señor supervisor contundente y demostrara que implicaciones que tendría por no cumplir el mismo.

Igualmente, el contratista a principio de marzo le hizo llegar un whatapp o un mensaje de datos al supervisor las condiciones las afectaciones del contratista a lo cual no tuvo en cuenta dicha circunstancia, es más dejo que fueran pasando los días y los meses sin existir pronunciamiento del supervisor de los mismos, los anteriores elementos le daba la facultad a la administración de poder pedir la terminación de mutuo acuerdo del contrato, por lo cual considera, que es una actividad reprochable, pues de esa situación se podía advertir que existía algo extraordinario con el contratista.

Como era su ausencia absoluta, no hubo por lo menos un requerimiento para terminar de manera mutuo acuerdo el contrato, si bien hay un incumplimiento parcial del contratista también existe un incumplimiento parcial del supervisor.

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

Lo cual conlleva a qué vencido el plazo del contrato y el informe final, sea la manera como la misma administración se da cuenta del incumplimiento.

El contratista siempre en los correos que le enviaba al supervisor indicando que se queda atento a sus comentarios sin tener en cuenta por el supervisor esto deja mucho que desear de la administración.

La Ley 1474 de 2011, promueve la transparencia y la ética en las entidades públicas y el señor Ricardo Chajín envió cerca de siete (7) liquidaciones y con el antecedente de salud del señor contratista no lo invitó a la terminación del contrato como este lo indicaba, de tal manera que como hoy encontramos la situación nos damos cuenta que el supervisor del contrato tuvo un poco de actitud eficiente frente a la entidad, al redistribuir las liquidaciones esto conlleva a que la entidad no se viera afectada en el normal funcionamiento del área y de sus objetivos.

Igualmente se advierte del informe financiero que el contrato no tuvo ejecución alguna en su presupuesto, lo cual era una alarma al determinar que el contratista no presentó ninguna cuenta de cobro, sin que fuera un motivo de alarma para el supervisor que pasaran seis (6) meses del contrato sin presentar cobro.

Durante los meses seis (6) que se ejecutó el contrato nunca se exhortó a la terminación del contrato por parte del supervisor ni tampoco la facultad de terminarlo unilateralmente, teniendo en cuenta en que este contrato de prestación de servicio es un contrato solemne pues debe constar por escrito, bilateral por cuanto genera obligaciones para las partes, oneroso, conmutativo y principal, los requerimientos del supervisor fueron extemporáneos, pues al terminar el plazo del mismo el 6 de agosto, solo se hizo dos requerimientos los días 21 y 25 de noviembre producto de esta investigación, por lo tanto, no se genera prueba suficiente y eximente que exonere de responsabilidad al supervisor y/o contratante de manera oportuna de presentar los informes y las observaciones para la cuenta.

Se invita a la administración a revisar el concepto de condición de resolutoria tácita, analizando en primera la medida la conducta de las partes ante el incumplimiento recíproco al no haber cumplido las partes con su obligación de hacer en el contrato acuerdo a las pruebas recaudadas entre las partes dada su inejecución. El incumplimiento recíproco va de la mano con la resolución del contrato.

En los contratos bilaterales siempre va envuelta la condición resolutoria tácita, el incumplimiento recíproco derivado de las obligaciones del mismo y por tanto para este caso es la resolución de contrato.

El procedimiento para la terminación del contrato por el incumplimiento mutuo para dejar sin efecto el mismo, implica que se trate de un contrato celebrado válidamente, y que por tanto se genere una causa sobreviniente, lo cual conlleva a la resolución del contrato que se considera perfecto, pero es un hecho sobrevenido, por el comportamiento de la contraparte que perturba la normal ejecución del mismo.

Esta Resolución del contrato procede cuando hay inejecución de las prestaciones a cargo de las partes intervinientes o por la imposibilidad de ejecutar esa prestación lo que se conoce como teoría del riesgo, en los contratos bilaterales ninguna de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras la otra parte no lo cumpla o se allane a cumplir en los términos pactados. Dado que ninguna de las partes se ha allanado a

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

cumplir cualquiera de ellas puede solicitar la resolución del contrato sin lugar a cláusula penal y sin indemnización de perjuicios pues es una sana propósito decisión.

La resolución por mutuo disenso tácito o resolución por incumplimiento de ambos contratantes es una misma cosa en la práctica y es que no hay lugar a la indemnización de perjuicios ni cláusula penal cuando hay.

Hay dos formas de resolución del contrato o ejecución de contratos bilaterales a saber:

A. Si una de las partes incumple y la otra si cumple en tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con la indemnización de perjuicios.

B. Cuando ambos contratantes incumplen caso en el cual hay lugar a la resolución o ejecución del contrato sin indemnización de perjuicios o cláusula penal por incumplimiento recíproco en su obligación de hacer.

Como bien lo indicó, la apoderada del garante nunca se informó nada a la compañía de seguros y por tanto solicita que se tenga en cuenta la condición de salud que ha tenido que padecer su mediante adicional a que era la primera experiencia que tenía con la administración pública y se tengan en cuenta como atenuantes y más ahora que estamos en el gobierno de la COLOMBIA HUMANA en el cual se le tiene la mano a quienes han quebrantado el orden constitucional y se le dañe su hoja de vida.

Hasta aquí las alegaciones finales del apoderado del contratista.

En primera medida como bien lo sostiene el apoderado del contratista los fines de la contratación estatal son de orden constitucional en el que cual prima el interés genera no en vano el artículo 3 de la ley 80 de 1993, dispone que las entidades buscan cumplir con la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derecho e intereses de los administrado que colaboran con ellas y por parte de los particulares que cumplen una función social, que como tal implica obligaciones.

Ahora bien frente a la manifestación del incumplimiento mutuo no es un argumento de recibo por varios motivos; en primera medida el apoderado hace referencia a la actitud del supervisor debe recordarse que el supervisor no tiene facultades de modificación o de variar las condiciones del contrato, facultad que solo es atribuible a las partes contractuales.

El deber del supervisor del contrato se enmarca en la ley como realizar el seguimiento administrativo, técnico, financiero y económico del contrato, lo cual fue realizado por el mismo sin que exista algún manto de reproche sobre sus actuaciones.

Por ello pretender que el mismo exhortará al contratista a que pidiera la terminación de mutuo acuerdo del contrato sería una extralimitación en sus funciones.

Sobre el alcance de la vigilancia contractual, ha establecido el Consejo de Estado que las labores del interventor y/o supervisor no pueden llegar *“al extremo de representar a la entidad como parte contratante, pues como ya se dijo, tal competencia*

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

está expresamente asignada a su máximo jefe o a quien éste se la hubiere delegado en legal forma⁴.”

También ha expresado el Consejo de Estado que no le compete al interventor y/o supervisor *“... introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista (...)”⁵*

En esta misma línea, es claro tanto para la doctrina como para la jurisprudencia que, el interventor y/o el supervisor no puede sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, ya que esa es una facultad exclusiva del representante legal de la contratante, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial⁶.

Por tanto, son atribuciones que no corresponden al supervisor.

Referente a la terminación por mutuo disenso es la facultad que tienen las partes de un contrato para prescindir del mismo, es decir dejarlo sin efectos. Este puede ser expreso o tácito.

Referente al mutuo disenso tácito o distracto contractual, se requiere de dos elementos a saber:

1. Relaciones jurídicas que cuentan con plena validez.
2. No todo evento de mutuo incumplimiento de las obligaciones contractuales deriva, necesariamente, en la aplicación de esa figura. Se requiere que el comportamiento de los contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones o actividades, pueda deducirse su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato.

Por tanto, no basta que exista un recíproco incumplimiento, sino que **es necesario que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean tan contundentes que se tornen en inequívocos** que apunte a desistir del contrato.

Es decir, debe existir un desinterés de continuar con el negocio jurídico es decir un abandono contractual absoluto más allá es una desatención⁷.

En el presente asunto nunca existió por parte del FONDO ADAPTACIÓN un incumplimiento contractual, siempre estuvo presto a cumplir sus obligaciones, sin embargo, la inactividad del contratista impidió por completo que la entidad pudiera cumplir con sus obligaciones como era el pago, pues nunca tramitó una cuenta para ser tramita y pagada por parte de la entidad, por lo anterior no es recibo el mutuo disenso tácito en el presente asunto.

Por último, durante la ejecución del contrato nunca el contratista solicitó la terminación del contrato por la imposibilidad de ejecutar el mismo como

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 25199. C.P. Danilo Rojas Betancourt.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 25199 del 28 de febrero de 2013

⁶ Ibidem.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3666-2021, Radicación n.º 66001-31-03-003-2012-00061-01, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021). M.P. Álvaro Fernando García Restrepo,

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

tampoco su cesión para ser analizado por la entidad y adoptar las medidas necesarias por ello no es de recibo este argumento.

2) ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA PRESENTADOS POR EL GARANTE COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA.

El despacho procederá a pronunciarse con respecto a los argumentos de defensa presentados por EL GARANTE en sus descargos, presentados en la audiencia del 17 de noviembre del 2022, el cual indicó:

"Inicia su intervención indicando que coadyuva lo planteado inicialmente por el contratista respecto de los cumplimientos que aduce haber realizado frente al contrato. Y plantea los siguientes argumentos de defensa:

1. *Ineficacia del contrato de seguros por terminación del mismo por ausencia de comunicación respecto del estado de riesgo y su agravación.*

La carga de declarar sinceramente los hechos o las circunstancias que determinan el estado del riesgo le toca en primera medida al tomador del seguro según las voces de los artículos 1058 y 1060 del Código de Comercio, "El asegurador o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local".

Este deber de información se enmarca dentro de los deberes de diligencia que todo contratante debe cumplir. En el presente caso, la aseguradora no fue informada a lo largo de la ejecución del contrato por parte del Fondo de Adaptación de los constantes llamados de atención al señor Ricardo Chajín, aspectos relevantes y que debieron ser puestos en conocimiento de la aseguradora, nunca fue comunicada durante el desarrollo del contrato de las circunstancias que agravaban del estado de riesgo.

En ningún momento se le informó a la compañía de seguro del cambio de las condiciones negativas que hubieran cambiado las condiciones inicialmente pactadas, ni por parte del tomador ni por el asegurado. Deber no cumplido por las partes, sin cumplir con la buena fe contractual que exigen los contratos de seguros. Lo anterior genera una clara transgresión al contrato de seguros y lo exigido por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el asegurador careció de información fidedigna y exacta al respecto, toda vez que carecía elementos de juicio apropiados, así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia: "Careció de elementos de juicio apropiados para tomar la decisión sobre el negocio lo cual entraña la nulidad o ineficacia del seguro de cumplimiento por reticencia". En consecuencia, el Fondo Adaptación incumplió con esta obligación de informar.

Cita la sentencia del 16 de mayo de 2019, en la cual el Consejo de Estado sostuvo que "En esa medida, sí, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

del asegurado afectado. (...)Sin embargo, la regla en mención se mantiene incólume frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el Estado asegurado un sujeto distinto del tomador, su conducta viciada con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativos, determinantes en la provocación del siniestro, no pueden ser cobijados por el seguro, pues ello cohonestaría un inadmisibles abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe, el cual, como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares.

Bajo esta línea, la doctrina expone que, además de las obligaciones pactadas por las partes en el contrato de seguro, los sujetos de la relación aseguraticia –incluyendo al asegurado no tomador- están llamados a cumplir unas cargas o “deberes de conducta”, establecidos por la ley o en el contrato, o derivados del principio de la buena fe, pero siempre orientados a facilitar o garantizar la obtención de la ventaja que pretenden obtener del seguro”.

Siendo que la conducta del propio Estado con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativos determinantes en la provocación del siniestro no pueden ser cobijados por el seguro porque sería un abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe dispuesto en el artículo 83 de la C.P.

Es deber de las partes y así lo ha planteado la doctrina que las partes deben adoptar diferentes conductas en el desarrollo de la ejecución del contrato de seguros, en gran medida las orientadas a preservar el estado de las cosas preexistentes al momento de su celebración y también el equilibrio del contrato, las cuales se pueden ver alteradas si ellas no se verifican.

Por eso la doctrina ha determinado deberes precontractuales y contractuales, pre siniestrosales y post siniestrosales, de su cumplimiento dependerá la satisfacción del interés jurídico.

Una de las cargas para el caso concreto que trae a colación la norma comercial y el seguro de cumplimiento es la de evitar la ocurrencia del siniestro, precepto que no puede soslayarse so pretexto de mantener indemne a quien ha sufrido un perjuicio. El deber de mitigación del daño, hace parte de los principios de solidaridad, buena fe y lealtad previsto en la carta. Por ello no resulta admisible una conducta pasiva y permisiva del asegurado, de quien se espera que obre para evitar la concreción del riesgo. Se contraponen a la eventual pasividad del asegurado, los deberes de las partes entre la declaración del estado de riesgo y el deber de conservación del riesgo, la primera es una obligación precontractual, mientras que la segunda se presenta durante la vigencia del contrato, el estado del riesgo, es una obligación del tomador, mientras que el deber de conservación del asegurado, y en todo caso de quien tenga la mejor posibilidad de cumplir.

En el presente caso existió una inobservancia de las partes y en especial del Fondo Adaptación cuando tuvo conocimiento de aspectos negativos desde un inicio que modificaban de una manera sustancial flagrantemente el contrato de seguros, éstos nunca fueron comunicados. Por ello el contrato de seguros es ineficaz y no puede afectarse su póliza por su terminación.

2. Inexistencia del siniestro por ausencia de incumplimiento contractual y por tanto sin perjuicios.

El seguro de cumplimiento está constituido por el incumplimiento y que exista un perjuicio con el asegurado y va de acuerdo con el artículo 1078 del Código de Comercio, de acuerdo con la naturaleza de la póliza de

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

cumplimiento. Debe probarse el siniestro y sus perjuicios derivados de este.

3. *Solicita se aplique el principio de proporcionalidad. Solicita que, si llega a concluirse que existe incumplimiento, se debe aplicar este principio a la cláusula penal planteada.*

Cuando la obligación principal se haya cumplido se debe establecer la proporcionalidad en los términos del artículo 867 del Código de Comercio y se debe acudir a lo que establece el contrato de seguros en las cláusulas generales y especiales.

Y debe tenerse en cuenta lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 del 2007 y en caso de existir sumas adeudadas al contratista, se debe acudir a la compensación de las mismas.

4. *Límite del valor asegurado*

De conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1089 ibídem, la responsabilidad del asegurador va hasta el límite de la suma asegurada, sobre la base de que se demuestre el siniestro y la cuantía de la pérdida, y no puede exceder del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario. Adicionalmente, existe otro límite legal a la indemnización, previsto en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual la indemnización no podrá exceder del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario. Ni el seguro puede ser fuente de enriquecimiento para el asegurado, por disposición del artículo 1088 ibídem.

5. *Inasegurabilidad de los actos meramente potestativos por la voluntad de la entidad o del contratista de que se dejó de ejecutar el presente contrato, lo anterior genera la imposibilidad de asegurar los actos meramente potestativos, el dolo y de la culpa grave.*

Se advierte de lo anterior varias circunstancias sobre las cuales se pronunciará el despacho referente a las cinco circunstancias debatidas por la compañía de seguros:

5.2.1. INEFICACIA DEL CONTRATO DE SEGUROS POR TERMINACIÓN DEL MISMO POR AUSENCIA DE COMUNICACIÓN RESPECTO DEL ESTADO DE RIESGO Y SU AGRAVACIÓN.

Dentro de las pruebas se solicitó al supervisor si se habían enviado comunicaciones a la compañía de seguros a lo cual manifestó:

"Con un atento saludo y en mi calidad de supervisor del contrato No. FA-CD-F-S-171- 2022, suscrito entre el FONDO ADAPTACIÓN y el señor Ricardo Chajín Meneses, me permito certificar que desde la supervisión no se han enviado Comunicación(es) (mediante documento físico o por correo electrónico) que se haya(n) enviado a la compañía de seguros La Previsora S.A., relativos a las circunstancias sobre la forma de ejecución del contrato."

De la lectura del artículo 1058 del Código de Comercio, se advierte que quien tiene la obligación de declarar el estado del riesgo es el tomador de la póliza de seguros circunstancia que no le es atribuible a la entidad pública.

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

Por tanto, endilgar reticencia o inexactitud por parte del FONDO ADAPTACIÓN no es un argumento de recibo, pero adicional a lo anterior debe recordarse que las pólizas de seguros en contratos estatales tienen reglas especiales contempladas en el Decreto 1082 del 2015, el cual dispone:

"Artículo 2.2.1.1.3.2.6. Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros. La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista. (Decreto 1510 de 2013, artículo 134)."
Destacado fuera del texto original.

Por tanto, las consecuencias de la inexactitud por parte del contratista no es una situación que sea oponible a la entidad pública.

Ahora bien, frente a la ausencia de comunicación por la variación en el estado del riesgo es claro que el artículo 1060⁸ del Código de Comercio precisa que es deber de notificar cualquier hecho o circunstancia **no previsible** que sobrevenga con posterioridad a la celebración del contrato que signifique una variación del riesgo.

En ninguno de los apartes de la cláusula de la póliza, así como de la ley exige que los requerimientos que se le hagan al contratista en la ejecución del contrato se tenga la obligación de comunicar o notificar a la compañía de seguros.

De las normas y en especial el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, solo dispone que se notifique a la compañía de seguros del informe de presunto incumplimiento para que se haga parte del proceso sancionatorio contractual.

En idéntico sentido el clausulado general de las pólizas de cumplimiento de La Previsora dispone:

"13 CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA - NOTIFICACIONES Y RECURSOS.

La entidad estatal, deberá notificar a previsora los actos administrativos atinentes a la efectividad de cualquier amparo de la póliza, previo agotamiento del derecho de defensa del contratista y garante."

El deber de diligencia fue realizado por la entidad cuando se requirió en varias oportunidades al contratista para que cumpliera con el desarrollo de su contrato.

⁸ Artículo 1060. <mantenimiento del estado del riesgo y notificación de cambios>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsible que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

Adicionalmente a ello el riesgo no ha tenido variaciones por circunstancias posteriores a la celebración del contrato, ya que las condiciones de ejecución contractual fueron las mismas durante la vigencia del plazo contractual por ello este argumento tampoco es de recibo.

No existió ninguna circunstancia de variación del riesgo, por lo cual la compañía de seguros no careció de argumentos ni de elementos fidedignos y exactos para celebrar el negocio jurídico.

Referente al deber de buena fe y la conducta con dolo o culpa grave o actos meramente potestativos o abuso del derecho por parte del FONDO ADAPTACIÓN, no es un argumento de recibo, toda vez que en primera medida la entidad a través de la supervisión de los contratos tiene el deber de vigilancia y control del contrato, situación que realizó durante la ejecución de este, se le indicó al contratista que cumpliera con sus actividades definidas lo cual no fue posible obtener respuesta por el mismo.

En segunda medida el dolo en términos del artículo 63 del código civil consiste en la intención positiva de inferir un daño, por lo tanto, el FONDO ADAPTACIÓN, con su actuar en la supervisión en ningún momento pretendió o tuvo la intención de generar un daño al contratista por el contrario siempre estuvo atento a brindar las orientaciones y requerimiento que este tuviese.

Tampoco se actuó con culpa grave por cuanto se advierte que el procedimiento para la realización de actividades por parte del contratista era claro, lo anterior se evidencia de la prueba por informe en la cual se indicó:

"Con un atento saludo y en mi calidad de supervisor del contrato No. FA-CD-F-S-171- 2022, suscrito entre el FONDO ADAPTACIÓN y el señor Ricardo Chajín Meneses, me permito dar respuesta a sus preguntas, así:

1. Procedimiento o forma en la cual se asignaban los tramites al contratista.

Respuesta: Desde el inicio del contrato, las tareas a realizar por parte del contratista señor Ricardo Chajín Meneses, se realizaron vía correo electrónico. Para lo mencionado, el señor Ricardo Chajin Meneses abrió la cuenta de correo rchajinfondoadaptacion@gmail.com a la cual se le remitían las tareas a desarrollar. A continuación, se informan las fechas de asignación inicial:

- Actividad 1 el 15 de febrero de 2022.*
- Actividad 2 el 15 de febrero de 2022.*
- Actividad 3 el 16 de febrero de 2022.*
- Actividad 4 el 10 de febrero de 2022.*
- Actividad 5 el 02 de marzo de 2022.*

Adicional a lo anterior, los requerimientos subsiguientes se evidencian en la cadena de correos de cada actividad por la misma vía de comunicación.

2. Mecanismo de seguimiento y registro de dichas asignaciones.

Respuesta: El mecanismo de seguimiento del contrato No. FA-CD-F-S-171- 2022 suscrito entre el FONDO ADAPTACIÓN y el señor Ricardo Chajín Meneses, se realizó en su totalidad a través del correo electrónico como

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

se evidencia en los correos de cada actividad a través de la cuenta rchajinfondoadaptacion@gmail.com

3. Informar, si cuando los documentos o actividades desplegadas por el contratista, no cumplían con las condiciones establecidas, se determinaron las falencias de dichos documentos y la forma de subsanación.

Respuesta: Las inquietudes y falencias a los documentos remitidos por el contratista fueron informadas a través de correo electrónico como se evidencia en las comunicaciones adjuntas con los siguientes nombres de archivo:

- 03.01. Respuesta Correo de Fondo Adaptación - Liquidaciones Marzo 31 de 2022.*
- 03.02. Correo de Fondo Adaptación - INFORME REVISIÓN LIQUIDACIONES ELIANA ROYS.*
- 03.02.01 Correo de Fondo Adaptación - Documentos Liquidación Contratos FA-CD-F-S-082-2021 y FA-CD-F-S-183-2021*

4. Informar, si el contratista solicitó o convocó a reuniones o solicito algún tipo de retroalimentación, en el evento en que los documentos entregados por este fueran devueltos por el supervisor.

Respuesta: El contratista señor Ricardo Chajín Meneses no solicito ninguna reunión. Por parte de la supervisión se convoco en varias ocasiones y el contratista no asistió o rechazo la invitación como consta en las invitaciones del calendario adjuntas con los siguientes nombres de archivo:

- 04. Correo de Fondo Adaptación - Reunión presencial.*
- 04.01. Reunión jue 10 de mar de 2022.*
- 04.02. Reunión jue 31 de mar de 2022.*
- 04.03 Reunión lun 28 de feb de 2022.*
- 04.04. Reunión vie 11 de mar de 2022*

...”

De lo anterior es claro que la entidad actuó con diligencia se definió un procedimiento y la forma de cumplir con las actividades, se le comunicaban las observaciones sobre los documentos que proyecto, se le citó a reuniones para verificar cómo avanzaba el contrato y no asistió el contratista, por tanto, el actuar de la entidad no se realizó culpa grave, pues no existió ningún error de diligencia por las partes.

Tampoco se actuó con abuso del derecho pues todas las actuaciones realizadas por la supervisión del contrato se realizan bajo el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, así como un mandato de la moralidad administrativa, en los términos de la ley 1474 del 2011.

Tampoco es un acto meramente potestativo pues estos solo se dan si dependen exclusivamente del mero arbitrio del obligado, situación no atribuible al FONDO ADAPTACIÓN.

En reciente fallo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SP3898-2021 (51168) del 01 de septiembre de 2021, indicó que:

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

"... de acuerdo con los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio, por regla general los actos potestativos del tomador, entre los que se cuenta su propio dolo, no constituyen riesgo asegurable. Sin embargo, ese componente normativo no es aplicable a los seguros de cumplimiento, porque de serlo se desnaturalizaría esta modalidad contractual, en la que el "afianzado" es a su vez el tomador, cuyo proceder eventualmente contrario a sus obligaciones, constituye el riesgo que amenaza el patrimonio del asegurado y por el que, precisamente, este es objeto de aseguramiento¹.

*... contar con la posibilidad jurídica de respaldar el cumplimiento de obligaciones que emanan **de leyes o contratos**. Se convirtió en el principal mecanismo de cobertura del riesgo en la contratación estatal y de protección del patrimonio público, para cuyo propósito **esa normativa especial no excluyó del amparo el originado en la culpa, el dolo o la voluntad del garantizado** o "afianzado", pues de haberlo hecho lógicamente no cumpliría la finalidad para la que fue creada⁹". (Destacado fuera de texto original).*

Por tanto, no es de recibo que sea un acto meramente potestativo de la entidad.

La entidad durante el desarrollo del contrato busco que el contratista pudiera cumplir con sus actividades a saber, le definió un procedimiento para entregar las mismas, le realizó observaciones a los documentos que proyecto para que fueran subsanados o corregidos, lo cito a reuniones con el fin de poder tomar medidas y decisiones en la ejecución del contrato, lo cual fue infructuoso.

Por lo tanto, el deber de preservar el estado de las cosas preexistentes al momento de celebrar el contrato, así como su equilibrio se mantuvo, por tanto, esos deberes fueron cumplidos por la entidad estatal.

En cuanto, a esos deberes "pre siniestrales" como es el deber de evitar la ocurrencia del siniestro la entidad realizó todas las actuaciones y conductas para evitar el mismo, como se advierte de las pruebas obrantes en el expediente como fueron requerimientos, correcciones y citaciones al contratista que fueron desatendidas por este. De lo anterior se desprende con total claridad que el FONDO ADAPTACIÓN no fue pasivo ni permisivo frente a la conducta del asegurado o tomador, todo lo contrario.

Ahora bien, frente al conocimiento de aspectos negativos desde que inició la ejecución del contrato, que de manera sustancial modificaba el contrato de seguros sin que le hubiese sido comunicado a la compañía de seguros, es un argumento que no es de recibo para la entidad, toda vez que como se indicó anteriormente las condiciones de ejecución del contrato no se alteraron en ningún momento.

Al ser un contrato de prestación de servicios profesionales como se indicó en el presente documento, el contratista contaba con total autonomía, debe recordarse que este tipo de contratos son de trato sucesivo en su ejecución, por lo cual el señor Chajin Meneses pudo cumplir en cualquier momento con las actividades que le fueron propuestas por ello sin que lo hiciera.

Una vez se dio el vencimiento del plazo contractual se evidenció el señor Chajín Menese no cumplió con sus deberes y obligaciones contractuales.

⁹ Corte Suprema de Justicia, SP3898-2021 (51168) del 1 de septiembre de 2021, M.P. Patricia Salazar Cuéllar

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

5.2.2. INEXISTENCIA DEL SINIESTRO POR AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y POR TANTO SIN PERJUICIOS.

En el presente asunto está claro el incumplimiento contractual por parte del contratista, sin que exista un eximente de responsabilidad contractual por parte de este de haberse abstenido de realizar sus actividades.

Es claro que la inactividad o inejecución del contrato por el señor Chajín Meneses generó perjuicios para la entidad, así se indica en la prueba por informe que se procede a citar:

"...

5. Respecto de la actividad de liquidaciones de los contratos, informar, si estas se vencieron o como se solventó el tema en la entidad para cumplir con los plazos del área de liquidaciones.

Respuesta: Teniendo en cuenta que el contratista señor Ricardo Chajín Meneses no presentó las liquidaciones asignadas en los tiempos establecidos para el cumplimiento de las metas el indicador, desde el E.T. de Servicios Administrativos y Gestión Documental, se dividieron las tareas entre Eliana Roys, Juan David Serrato Beltrán, Wilfred Gutiérrez y Nelson David Gutiérrez Olaya.

6. Informa, si por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales del señor Ricardo Chajin Meneses, se afectaron las metas del área en oportunidad y/o calidad.

Respuesta: Derivado del incumplimiento en las obligaciones contractuales del señor Ricardo Chajin Meneses, las metas asociadas las actividades que debía se vieron afectadas pues la supervisión no pudo cumplir las metas así:

Actividad 1: El cronograma de liquidaciones a desarrollar hasta el 30 de julio de 2022, debió ser prorrogado por 30 días más; pues las liquidaciones a desarrollar tuvieron que reasignarse a otros colaboradores del equipo, interrumpiendo así las tareas propias de cada colaborador.

Actividad 2: El control de la ejecución debió ser asumido por un solo colaborador. Dentro de la planeación del equipo de trabajo, se establecen mecanismos de control para mitigar posibles errores en el desarrollo de los contratos. El que el señor Ricardo Chajin Meneses no hubiera desarrollado esa actividad, elimino ese punto de control que no permitió la evolución en tiempo real de la ejecución por lo que los informes de gestión se desarrollaron por fuera de los tiempos preestablecidos para esta actividad.

Actividad 3: El no realizar la conciliación del inventario, retraso la verificación física y documental de los bienes de la entidad. Esta actividad se pudo desarrollar en fecha posterior a la inicialmente pactada por parte de los colaboradores del equipo de trabajo,

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

viéndose afectado no solo el E.T. de Servicios Administrativos sino también el Equipo Contable.

Actividad 4: El control de insumos recibidos y con salida al servicio, es una actividad necesaria de control. Esta actividad tuvo que ser reasignada a uno de los funcionarios del equipo, ya que es una actividad principal dentro de la ejecución del contrato de aseo y cafetería como soporte y evidencia para el pago de la factura.

Actividad 5: El levantamiento del inventario físico de la entidad, así como la evidencia documental son necesarios para conocer el estado de los bienes. Esta actividad es una de las principales del área, ya que de su resultado depende la actualización de bienes al programa de seguros, los movimientos internos de bienes, la verificación individual por cada colaborador y el reporte al comité de gestión y desempeño en donde se recomienda la baja de los bienes dañados, obsoletos o depreciados. Además, los movimientos mensuales de inventario permiten el control de los activos que salen al servicio y son el insumo principal para la conciliación contable descrita en la actividad 3. El no cumplimiento por parte del señor Ricardo Chajín Meneses, llevo a designar la tarea entre los colaboradores del área."

De lo anterior, se advierte que la inactividad o inejecución de las obligaciones del contrato del señor Chajín Meneses ocasionó reprogramaciones y vencimientos de plazo para el área con lo cual se encuentran acreditados los perjuicios ocasionados por este.

En el fallo del 26 de febrero de 2014, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, demandante: Jorge Andrés Vásquez y Otro, Demandado: Municipio de Florida, Rad: 76001233100019990052201, No. interno 24.169, indicó que:

"... Uno de los fines que la doctrina y la jurisprudencia le han reconocido a la cláusula penal es el de tasar anticipadamente los perjuicios; al respecto, se ha considerado que la cláusula penal constituye 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 y que con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio..."

Y en fallo del 28 de noviembre del 2019, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Dra. María Adriana Marín, demandante: Martín Bermúdez Muñoz, Demandado: Nación – Presidencia de la Republica y Otros, Rad: 11001032600020090003400 Expediente: 36.600, precisó que:

De acuerdo con lo anterior, en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

caducidad del contrato o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento.

En este último caso, es decir, cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso.

La jurisprudencia de la Sección, de tiempo atrás así lo entendió, tal y como lo sostuvo, al referirse a la cláusula penal pecuniaria consagrada en el artículo 72 del anterior estatuto de contratación administrativa^{10[33]} y esa ha sido la posición que se ha mantenido en los últimos años:

Pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.

En ambos casos –por defecto o por exceso–, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla– de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad –este último como criterio auxiliar de la actividad judicial–, así se lo exigen (...).

Esta providencia^{11[34]} analiza la posibilidad que tiene el juez de aplicar el monto de la cláusula penal, esto es, que como resultado del proceso judicial podrá graduar, pero advierte sobre la necesidad de probar los mayores perjuicios producidos por el incumplimiento, que superan lo calculado en la cláusula penal^{12[35]}.

¹⁰ [33] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1989, expedientes 5253 y 5298, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. "La cláusula penal pecuniaria, que constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula (...)": sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 12342, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; "Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla– de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista (...)": sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, C.P. Enrique Gil Botero. "Las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. Por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso e inequívoco cumple las finalidades de apremio o punitiva": Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹¹ [34] Se refiera a: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 septiembre de 1999, exp. 10264, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹² [35] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, C.P. Enrique Gil Botero. Reiterada en Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, en la cual se sostuvo que "(...) la tasación de perjuicios por declaratoria del siniestro de incumplimiento debe estar atada, precisamente, al incumplimiento detectado por la entidad, pues no sería proporcional hacer valer la totalidad de la estimación anticipada de perjuicios –para lo que interesa al sub lite– si el incumplimiento no recae sobre la totalidad del objeto contractual. (...) En ese orden, es claro que la reducción de la estimación anticipada de perjuicios está condicionada al efectivo cumplimiento por parte de la contratista de las obligaciones contractuales".

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

En otra ocasión, sostuvo:

27. Sobre tales pretensiones, advierte la Sala que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del CCA, cualquiera de las partes de un contrato puede pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas, de tal manera que bien podía la entidad contratante demandar para obtener una declaratoria judicial de incumplimiento contractual, con la consecuente pretensión indemnizatoria, posibilidad que conservan aún en aquellos eventos en los que les es atribuida la competencia para declararlo unilateralmente para los efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que hubiere sido pactada, cuando consideren que el monto de los perjuicios es superior a su valor, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia:

Cuando la administración declara la caducidad del contrato, en ejercicio del privilegio de la decisión previa tiene competencia para ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista incumplido, y así lo ha sostenido la Corporación. Ahora si los perjuicios causados fueron inferiores al valor establecido en la cláusula penal pecuniaria resultaría lógico que el afectado con la decisión de la administración pidiera en vía gubernativa y luego en ejercicio de la acción contractual ante el juez natural la modificación del acto para que este ajustara la liquidación de los perjuicios anticipados al porcentaje real de incumplimiento, pero, si la cláusula penal no alcanzara a cubrir el monto de los perjuicios ocasionados, la entidad estaría también en condiciones de solicitar al juez del contrato el reconocimiento de la totalidad de los perjuicios que excediera la penalidad pactada^{13[36]}, ^{14[37]}

Se observa así, que la ley contempla facultades excepcionales en materia de contratación a favor de las entidades estatales, que pueden ser ejercidas cuando el contratista incumple sus obligaciones: imponer multas unilateralmente, declarar la caducidad del contrato, declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, todas estas acciones, que puede adelantar directamente la entidad, mediante la expedición de actos administrativos, es decir sin acudir al juez del contrato. Hasta aquí transcripción.

En consecuencia, dada la naturaleza de la cláusula penal como valor anticipado de perjuicios y dado que en el presente caso existió incumplimiento total del objeto contratado, la misma es proporcional al incumplimiento del contrato es viable su imposición por el monto total.

Debe recordarse que el artículo 2.2.1.2.3.1.19 dispone que para la efectividad de las garantías se hará por medio de acto administrativo en el cual la entidad estatal declare el incumplimiento y ordenar su pago al contratista y al garante.

¹³ [36] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de noviembre de 2004, expediente 24225, C.P. Ramiro Saavedra Becerra

¹⁴ [37] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de noviembre de 2017, expediente 34800, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

5.2.3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Referente a este argumento se solicita que se aplique la proporcionalidad en los términos del artículo 867 del código de comercio que establece la posible la reducción de la misma si se considera manifiestamente excesiva, se aclara que el contrato estableció una penalidad del diez por ciento (10%) del valor del contrato, lo cual bajo ningún punto de vista es excesivo, por ello no es procedente.

Adicional el Decreto 1082 del 2015 dispone:

"Artículo 2.2.1.2.3.2.4. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad.

En el contrato de seguro que ampara el cumplimiento, la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno. (Decreto 1510 de 2013, artículo 132)".

Por lo todo lo anterior no es de recibo este argumento.

Por último, en el mismo escrito solicita que en caso de que existan sumas de dinero que se le adeuden al contratista se proceda primero con la compensación en los términos del artículo 17 de la ley 1150 del 2007, considera este despacho que lo mismo es viable no obstante, de las pruebas pedidas y aportadas al plenario se indicó en el balance financiero lo siguiente:

En los libros presupuestales con corte al día 25 de noviembre de 2022 y de pagaduría del Fondo Adaptación consultados el día 29 de noviembre de 2022 a las 11:15 AM, se encontraron las órdenes de pago registradas para el contrato que se relacionan a continuación así:

CONTRATO No.: FA-CD-I-F-171-2022

NÚMERO DE MODIFICACIONES EN VALOR: 0

FECHA REGISTRO: 28 de enero de 2022

A FAVOR DE: CHAJIN MENESES RICARDO

NIT O CÉDULA: 1065658610

A	VALOR INICIAL CONTRATO	26.128.320,00
B1	VALOR ADICIONES PRESUPUESTALES	0,00
B2	VALOR REDUCCIONES PRESUPUESTALES	0,00
C	VALOR CONTRATO EN SIIF NACIÓN (A+B1-B2)	26.128.320,00
D	RESERVA PRESUPUESTAL CANCELADA	0,00
E	PAGOS	*0,00
F	SALDO REGISTRO PRESUPUESTAL (C-D-E)	26.128.320,00

*El contrato no presenta pagos efectuados a la fecha de expedición del presente estado de cuenta. Hasta aquí transcripción.

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

No obstante, lo anterior en caso de existir algún pago así se ordenará en la parte resolutive del acto administrativo.

5.2.4. LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

De conformidad con lo indicado en el contrato establece que el valor de la cláusula penal es equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, la cual equivale a la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$2.612.832).

Lo cual se encuentra dentro de los límites del valor asegurado y corresponde a una adecuada dosimetría de la sanción.

Es claro que en caso de causar mayores perjuicios la entidad debe acudir a demanda ante juez para que este los establezca, no obstante, en el presente asunto el supervisor en su informe estableció que el monto de la cláusula era suficiente para los perjuicios causados derivados del incumplimiento del contratista.

5.2.5. INASEGURABILIDAD DE LOS ACTOS MERAMENTE POTESTATIVOS POR LA VOLUNTAD DE LA ENTIDAD O DEL CONTRATISTA.

En el presente asunto no se trató de un acto meramente potestativo del FONDO ADAPTACIÓN, pues el mismo se ha fundado en la inejecución y falta de cumplimiento del objeto contractual por parte del tomador, sin que exista una causal de exoneración de responsabilidad contractual, por lo cual no es de recibo los argumentos expuestos.

DE LA CLAUSULA PENAL A IMPONER:

El artículo 17 de la ley 1150 de 2007, estableció que la entidad contratante puede declarar el incumplimiento contractual que hayan sido pactadas en el contrato, lo cual podrá hacerse una vez se haya garantizado el debido proceso al CONTRATISTA y siempre y cuando se encuentren pendientes la ejecución de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA.

Traídas las anteriores consideraciones al caso en concreto, se tiene que las partes pactaron en la cláusula undécima del contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, lo siguiente:

"CLÁUSULA 11.- Declaratoria de incumplimiento y cláusula penal.

En caso de incumplimiento a las obligaciones de EL CONTRATISTA derivadas del presente contrato, EL FONDO adelantará el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás disposiciones aplicables. EL FONDO podrá cobrar a título de indemnización, una suma equivalente hasta del 10% del valor del presente contrato. El valor de esta cláusula es el de la estimación anticipada de perjuicios; no obstante, la presente cláusula no impide el cobro de todos los perjuicios adicionales que se causen sobre el citado valor. Este valor puede ser compensado con los montos que EL FONDO adeude a EL CONTRATISTA

“Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses”

*con ocasión de la ejecución del presente contrato, de conformidad con la normatividad vigente.
[...]*”

Así las cosas, queda evidenciado que, el CONTRATISTA ha presentado un incumplimiento total y definitivo en el cumplimiento de las obligaciones por él contraídas.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo el informe de presunto incumplimiento presentado por el supervisor, a la terminación de las actividades por la suma de **DOS MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$2.612.832).**

En consecuencia, la Líder del Equipo de Trabajo de Liquidaciones e incumplimientos de la Secretaría General del Fondo Adaptación con fundamento en lo expuesto y en los términos de lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento total y definitivo del Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022 por parte del señor **RICARDO CHAJÍN MENESES** con cedula de ciudadanía No. 1.065.658.610, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** al señor **RICARDO CHAJÍN MENESES** a título de CLAUSULA PENAL, la suma de **DOS MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$2.612.832).**

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR LA OCURRENCIA DE SINIESTRO amparado por la Póliza nro. 3016416 y todos sus anexos expedida por la **COMPAÑÍA LA PREVISORA SEGUROS S.A.**, en la que actúa como tomador y afianzado **RICARDO CHAJÍN MENESES** y como asegurado y beneficiario el **FONDO ADAPTACIÓN**, en su amparo de cumplimiento, el cual cubre la cláusula penal derivadas del incumplimiento total y definitivo de las obligaciones establecidas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022.

ARTÍCULO CUARTO: ORDÉNESE descontar y compensar de los saldos presentes o futuros a favor del señor **RICARDO CHAJÍN MENESES**, la suma de **DOS MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$2.612.832)**, de conformidad con lo expuesto en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO QUINTO. ORDENESE que en caso de no existir saldos compensables a favor del señor **RICARDO CHAJÍN MENESES**, o que tales saldos no resulten suficientes para cubrir la totalidad del valor de la cláusula penal impuesta, los saldos pertinentes deberán ser pagados por la **COMPAÑÍA**

"Por la cual se decide sobre el incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de garantía de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, suscrito entre el Fondo Adaptación y Ricardo Chajín Meneses"

LA PREVISORA SEGUROS S.A., con cargo al amparo de cumplimiento de la Póliza nro. 3016416 que garantiza el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022.

ARTÍCULO SEXTO: ORDÉNESE publicar la presente decisión una vez se encuentre en firme en el SECOP y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

ARTÍCULO SÉPTIMO: La presente Resolución se entenderá notificada en Estrados, y contra ella procede el recurso de reposición, que se interpondrá, decidirá y sustentará en la misma audiencia, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los Veintitrés (23) días del mes de febrero de 2023.


NOHEMY BENAVIDES BARBOSA

Líder del Equipo de Trabajo de Liquidaciones e Incumplimientos

Proyecto: Juan Pablo Restrepo C – Abogado de apoyo Equipo de Liquidaciones e Incumplimientos.

