



Fondo Adaptación

Resolución N.º 172

(15 de marzo de 2023)

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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

I. COMPETENCIA

Que 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".

Que 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."

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

Que en ese orden de ideas, el régimen jurídico aplicable al Contrato **FA-CD-I-F-171-2022** para el cumplimiento de su objeto es el de derecho público, específicamente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Que por su parte 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. (...)"

Que sobre el particular la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86, 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, la cual fue derogada y sustituida por la Resolución N° 1498 del 23 de diciembre de 2022.

Que mediante 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.

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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

Que 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.

Que 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.

||||| Que dicha actuación se fundamentará en lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011; en tal sentido, para la presente actuación se dió aplicación a lo dispuesto en la normatividad referida y, el día 12 de octubre del 2022, se dió inicio al procedimiento administrativo sancionatorio con el fin de determinar el presunto incumplimiento parcial del contrato **No FA-CD-I-F-171-2022**, de conformidad con el Informe de presunto incumplimiento presentado por del Asesor III del E.T. de Gestión de Servicios Administrativos, mediante memorando I-2022-024089 del 18 de agosto de 2022.

Que una vez agotadas las diferentes etapas procesales de instalación, descargos, práctica de pruebas, alegaciones finales y decisión, en sesión de audiencia del 23 de febrero de 2023, este despacho procedió a expedir la Resolución N° 116, por medio de la cual se adoptó la decisión en el proceso Administrativo sancionatorio en el marco del contrato FA-CD-I-F-171-2022.

Que en la parte Resolutiva la referida Resolución, ordenó:

"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 cédula 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

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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 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."

Que contra la Resolución 116 del 23 de febrero del 2023, los apoderados de los sujetos procesales procedieron a interponer recurso de reposición, el cual fue sustentado en sesión de audiencia pública el día 8 de marzo del 2023, de la siguiente manera.

1. Por el apoderado del CONTRATISTA:

"Comienza el apoderado saludando a todos en la audiencia, "Ante todo sustento el recurso de reposición contra la Resolución No. 0116 del 23 de febrero del 2023, con el respeto que acostumbro tener con las autoridades me permito sostener lo siguiente en la argumentación esbozada del acto administrativo atacado observo que se está ante la figura de la responsabilidad objetiva que por la legislación vigente y por la jurisprudencia, esta proscrita en que argumento esta manifestación que hago que efectivamente si tomamos el hecho de que mi poderdante suscribió un contrato con el Fondo Adaptación y el cual surtió todas las formalidades que exige la norma en contratar una persona con el perfil como lo requería para llevar a cabo todas las actividades se da dicha legalización del contrato, pero inmediatamente aparece que luego de estar vigente el contrato que como el propio acto administrativo lo denota es a partir del 7 de febrero la primera actividad que se da es del 15 de febrero del mismo, una relación de actividades allegadas a través del correo que le correspondió abrir a mi poderdante que le toco abrir porque no era su correo personal, el cual se exigió porque no se tenía capacidad para que el ingresara de manera formal al correo institucional y por lo cual creo un Gmail, en el cual el realizaba su respectiva ejecución del contrato, ahí efectivamente se recibió las actividades que le entrego la supervisión para llevar a cabo su cumplimiento.

Efectivamente el Dr. Ricardo a finales del mes febrero acerca los primeros informes o actividades que le fueron asignados, de estas solo se surte

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

observaciones hasta cerca de 8 días posteriores a las mismas, donde se hace observación de una manera genérica, de que si acusaron recibo de las mismas pero que no cumplían con las referencias exigidas y toma atenta nota de las mismas y pregunta que en que consistieron. Fueron genéricas las explicaciones que le da el responsable de evaluar dichas observaciones y no son específicas dice que presentaron inconsistencias las cuales dejaron así abierto. sin embargo, mi poderdante allega otro informe el cual tiene acuso de recibo como se observa en el expediente, vista las cosas de esta manera hay un interés de cumplir de mi poderdante con las actividades que se comprometió con ese decreto 171-2022, identificado con las letras FA-CD-I-F, denota lo anterior de que la voluntad el actuar del Dr. Ricardo es el de llevar a cabo el cumplimiento de dicho contrato lo que se obligó a cumplir lo cual me lleva a mí a conducir y aseverar de que el Dr. Ricardo jamás tuvo el interés de llegar a incumplir el contrato, sino que por las circunstancias que llevo o que atravesó de su estado psicológico por las circunstancias que mencionó el Dr. Ricardo y que fueron objeto de certificación de un profesional de la salud del cual en el recurso hacen total desfase del mismo que no aceptan que por las formalidades que exigen esa exigen no se dan parte de una forma de inequidad con el contratista de tratarlo de decir si usted tuvo malo esa certificación no cumple las formalidades hombre es deber del estado y de sus representantes velar por el debido proceso por el derecho defensa que tiene toda persona que se vea involucrada en un proceso de imputación que este caso particular que se le hace a mi poderdante del incumplimiento de un contrato de una manera grave lo toman así de manera general, hombre sino no cumple con los requisitos pues entonces vamos hacerlo que lo valore medicina legal a ver si es que ese profesional de la salud esta mintiendo o no es cierta la condición psicológica que se encontraba mi poderdante. Pero simplemente dice oiga la ley dice esto y ese certificado que usted me allega no tiene ninguna validez toda vez porque las normas que refieren ahí y dejan a mi poderdante totalmente en el limbo de la presunción de su conducta fue grave, en ese orden de ideas Dra. Nohemy con todo respeto yo quiero que en esta oportunidad funcional que le toca a usted ejercer en el Fondo Adaptación y de la cual que he visto en toda su argumentación que de cierta manera usted es respetuosa del debido, pero quiero que en esta oportunidad se tenga en cuenta para mi parecer una evaluación de responsabilidad bajo el criterio de responsabilidad objetiva se observe también Dra. que esta norma también inmersa en el artículo 1174 corresponde a un esfuerzo que hace el Estado Colombiano de tratar de atacar la corrupción en que estamos inmerso en el País a todo nivel que es una realidad palpable el día día lo tenemos en los medios de comunicación y en las redes sociales toda la cantidad de corrupción que existe y que este artículo 85 que está inmerso en un capítulo de la norma referida artículo 86 tiene que ver para aquellos actos objeto de corrupción, y si analizamos doctora el hecho que usted está conociendo está lejos de un acto de corrupción el Dr. Ricardo Chajin Meneses jamás a he tenido la intención de buscar burlar el estado y en esta particularidad burlar al Fondo Adaptación, solo se dio que por su estado emocional repito certificado por un profesional de la salud, tachado como ineficaz para usted como operadora jurídica en la actuación administrativa que adelantamos que repito está lejos de un acto de corrupción y por tanto no veo por donde puede entrar a que se conozca o se lleve a cabo la imposición de una o se haga efectiva la sanción de la cláusula penal que se refiere el contrato que suscribió el Dr. Ricardo Chajin Meneses con el Fondo Adaptación no veo por ninguna parte que exista un acto de corrupción que es lo que exige la misma corte en el estudio de exequibilidad 1174 (sic) habla de que esta una herramienta que crea el Estado para que las entidades traten de combatir esa oleada de corrupción a que nos vemos abocados pero doctora aquí a mi parecer y a mi conciencia

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

jurídica y a lo que ha venido planteado la Corte Constitucional en la sentencia C-499 no cabe esta actuación administrativa que se está adelantando contra mi poderdante. Razón por la cual considero que estamos ante un caso atípico de este hecho de mi defendido de mi poderdante no cabe no veo por donde haya un acto de corrupción del Dr. Ricardo Chajín cuando ese estatuto se refiere que es para atacar es una herramienta para atacar la corrupción no es que porque se dio un incumplimiento es que ya vamos a sancionar. No como operadores jurídicos corresponde ver y estudiar el aspecto circunstancial porque se dio el incumplimiento. El Dr. Ricardo está diciendo mire yo comencé a cumplir a mi no se me hizo ninguna inducción si esta bien dicho que a los contratistas no se les da ninguna inducción sino a los servidores públicos, pero no podemos alejarnos y tomar una norma tan genérica cuando sabemos que los contratistas llegan es a cumplir, o a coadyuvar o a apoyar al Estado y en este caso particular al FONDO ADAPTACIÓN con unas actividades propias de las dependencias de donde se a adscrito el contratista en este caso mi poderdante Ricardo Chajín Meneses que llega y le entregan a los 7 días de estar en ejecución él contrato una relación de actividades a llevar a cabo del cual no le dicen como se hacen, el en un esfuerzo presenta dentro de su perfil profesional presenta su primer informe, e inmediatamente le salen a la semana siguiente o a los días siguientes le están diciendo que sí que acusan recibo pero que estos no cumplen con las exigencia, si no cumple con las exigencias oiga denle las herramientas díganle las instrucciones donde esta y recordemos doctora que parte de la administración pública está sujeta hoy día a un cuadro de todo lo que es el sistema de calidad, que deben cumplir todas las actuaciones de la administración pública ésta sujeto en un marco de proceso y procedimiento, entonces cómo es posible que a un contratista se le deje en el marco de 7 días al limbo y luego le entreguen todas esas actividades sin haber recibido ninguna inducción ni haberle dado siquiera por ejemplo oiga mire a usted le corresponde vaya acuda al Manual de proceso y procedimientos, que es lo corresponde apoyar lo dejan en el limbo y llega y aparece el señor supervisor en esos dos meses de ejecución del contrato que pasa que porque no llegan los informes desconoce la información que surte en el mes de marzo el Dr. Ricardo que ha tenido problemas de salud del cual acredita el con una certificación que es del orden psicológico emocional acaecido dentro de un aspecto que se vivió que no es oscuro para los Colombianos y para el mundo entero de todo lo que trabajo la pandemia ocasionado por ese virus del COVID 19 cuantas familias no padecieron toda esa trágica situación que se dio y que hoy nosotros queramos llevar a cabo dentro de un marco de una actuación administrativa como un acto de corrupción que es el objetivo de ese artículo 86 herramientas para atacar la corrupción que lo refiere la Corte Constitucional y lo asevera en esa sentencia c-499, doctora eso por una parte por considerar de que esta actuación para mi parecer está en el marco de atipicidad no cabe en esto porque no estamos ante un acto de corrupción, que no caben las exculpaciones la fuerza mayor que alega mi defendido o que alego en su oportunidad respaldada por una certificación de un profesional de salud que no es tachada de falsa sino de falta de cumplir con las exigencias formales que deben tener estas certificaciones del cual se omitió acudir a medicina legal para que verificara si ese profesional de la salud es cierto o no lo que dice ahí y hubiéramos formalizado el estado emocional que atravesó mi poderdante en ese momento que es la efectiva omisión que llevo él. Omisión parcial doctora porque recordemos de que, si hubo unos informes que el alcanzo a presentar dentro del marco de su situación compleja de salud emocional eso, por una parte. Y lo otro doctora que cuando se habla ahí en el acto administrativo atacado de que no hubo responsabilidad de parte el Fondo Adaptación que si hizo seguimiento a esa situación que se estaba presentado en esa

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

ejecución del contrato referido aquí, y del cual le marco el desacuerdo cuando le manifiesto que en el acápite de falencia de selección y seguimiento en la ejecución del contrato culpa compartida consignado en el acto administrativo atacado con respecto a que hubo un seguimiento continuo por parte de la supervisión del contrato no es cierto, toda vez que de acuerdo al cuadro cronológico de ejecución se observa que el contrato se pactó a ejecutarse en 6 meses y que las exigencias de la supervisión se surtieron a finales de febrero y hasta primeros días del mes de abril quedando un lapso de cerca de 4 meses sin volver a elevar requerimiento alguno, en todo ese lapso de tiempo en esos casi 4 meses la supervisión no elevo ningún contrato. Por eso estoy en desacuerdo en lo que manifestó usted en ese acápite, que textualmente leo ahora bien respecto de la falencia la falta de seguimiento tampoco es de recibo dicha argumentación por cuanto el supervisor realizó seguimiento continuo es tan claro lo anterior que genero los meses de alerta al contratista sobre los posibles incumplimientos en que estaba incurriendo esto está consignado ahí doctora pero si se pierden los dos primeros meses y pero esos 4 meses siguientes no hubo ninguna observación o no se observa en la actuación administrativa o en el expediente no la observe al respeto para que se diga que si hubo un seguimiento continuo cronológicamente no es continuo cuando hay un desfase de cuatro meses, entonces encuentro que no hay coherencia en esa parte doctora invito de manera respetuosa dentro del marco del principio de legalidad que se estudie esa posibilidad planteada allí, y de que también doctora coadyuva a que nos encontramos lejos de una conducta objeto de corrupción y del cual reitero de este artículo 86 por encontrarse en ese capítulo de la ley que textualmente y discúlpeme doctora y le doy lectura artículo 7 (sic) de la ley 1174 (sic) ese artículo está inmerso dentro del capítulo que textualmente se refiere capítulo 7 disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública, entonces doctora este discurso esta manifestación que expreso es para considerar de que ese acto administrativo que resuelve imponer o hacer efectiva la cláusula penal va definida a que no cabe no tiene cabida doctora esta actuación administrativa con respecto al hecho que dio origen a la misma, entonces la invito de manera como siempre lo ha mostrado usted respetuosa del principio de legalidad al cual está obligada por su calidad de servidor pública tengamos consideración con respecto a mi poderdante de que se vea y se tome de manera integral que si esto prospera estamos ante la responsabilidad objetiva usted incumplió usted lo sanciono y no miró más nada, usted se enfermó no me interesa su enfermedad si usted no trae todas las formalidades de ley y esto y lo otro que se estudie la tipicidad. Pongo a su consideración su recurso». Hasta aquí transcripción de la audiencia."

2. Por la apoderada de la compañía garante:

"En primer lugar, quisiera enunciar una vez más sobre la ineficacia del contrato de seguros por la terminación del mismo, por la ausencia de una comunicación respecto del estado del riesgo y su agravación. La carga de declarar sinceramente los hechos o las circunstancias que determinan el estado de riesgo le corresponde en principio al tomador del seguro según las voces del artículo 1058 del Código de Comercio y el artículo 1060 del mismo estatuto comercial dispone que el asegurado en este caso el Fondo Adaptación o el tomador según el caso están obligados a mantener ese estado del riesgo en tal virtud uno u otro, deberán notificar por escrito al asegurador los hechos y circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato 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

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

ejecución del contrato por parte del Fondo Adaptación de los constantes llamados de atención y de la inejecución del contrato por parte del señor Ricardo Chajín aspectos relevantes y que debieron ser puesto en conocimiento de la aseguradora, es decir, en ningún momento se le informó de las situaciones negativas que pudieran agravar el riesgo asegurado era una obligación tanto del tomador como del asegurador informar cualquier situación que modificara las circunstancias realmente pactadas, no se trata de una reticencia o inexactitud al inicio del contrato como lo manifestó el Fondo Adaptación en la Resolución y que esta sea obligación únicamente del tomador como quieren hacerlo ver se trata de la obligación de mantener informado el estado real del riesgo a la aseguradora durante toda la ejecución del contrato esto teniendo en cuenta los principios contractuales que permean este contrato de seguros así como es la buena fe, la solidaridad entre los contratantes y la ejecución en torno a la equidad, sobre todo en un contrato de seguros en donde la buena fe es de vital importancia considerando la confianza mutua que debe existir entre las partes, siendo en este caso el Fondo Adaptación, la aseguradora una parte de este contrato contrario también a lo manifestado por el Fondo Adaptación y aunque el contrato y no diga expresamente que debía notificarse a la aseguradora inmediatamente de las circunstancias presentadas la ley si lo consigna y adicionalmente no se pueden hacer de lado como se mencionó con anterioridad los principios contractuales que rigen las obligaciones entre particulares sino entre particulares y las entidades públicas en este sentido debieron haber obrado comunicando las circunstancias que se extendió a lo largo de la ejecución del contrato en donde el señor Ricardo Chajín no ejecutaba obligaciones a su cargo y dar aviso del siniestro del riesgo y es inejecutable, injustificable el hecho de no informar a la aseguradora cuando pasaron varios meses y se estaban presentando inconsistencias frente al contrato y las mismas eran reiteradas, pues ello correspondía a una carga de las partes y en materialización del principio de buena fe que exigen las normas que regulan el contrato de seguros y la jurisprudencia emitida por las altas cortes debía informarse sin embargo dicho deber no fue cumplido, lo cual refleja una clara transgresión de las normas y condiciones pactadas para el contrato de seguros. En consecuencia, de esto el asegurador careció de información fidedigna y exacta al respecto, es decir, careció de los elementos de juicio apropiados para tomar una decisión sobre el negocio como lo señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de abril del 2017, por otro lado, debo mencionar que hay un claro incumplimiento de las normas que están estatuidas en el Código de Comercio, esto es la norma 1074, 1075 y siguientes, las cuales consagran me permito leer dicen:

ARTÍCULO 1074. OBLIGACIÓN DE EVITAR LA EXTENSIÓN Y PROPAGACIÓN DEL SINIESTRO. Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas.

El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones.

ARTÍCULO 1075. AVISO DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO. El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes.' Hasta aquí la lectura y la subraya fue solicitada por la apoderada.

En ese sentido quiero dejar de presente que el Fondo Adaptación no solamente pudo haber conocido sino que tuvo conocimiento como se pudo

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

ver los constante llamados de atención reiterados por parte del supervisor en el que tenía conocimiento de una situación de incumplimiento por parte del señor Ricardo Chajín, no obstante decidieron guardar silencio y no pusieron de presente esto a la aseguradora y ni dieron aviso ni notificaron, lo cual como se mencionó anteriormente se enmarca dentro del principio de buena fe que debe regir todas las relaciones contractuales y como se evidencia claramente que no dieron aviso a la aseguradora de tal modo que se expidió certificación por parte del supervisor en donde señala abiertamente que en ningún momento se le comunicó a previsora sobre la situación de incumplimiento del señor Ricardo Chajín, sino que esperaron hasta que ya ocurrieran más de 6 meses cuando ya se había acabado la ejecución del contrato para informar y manifestar esta situación únicamente a través de la citación de un proceso de incumplimiento, no siendo más he terminado la presentación de mi recurso». Hasta aquí transcripción del recurso."

II. CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD:

En forma previa a entrar a pronunciarnos respecto de las consideraciones planteadas por los apoderados del CONTRATISTA y de la compañía de Seguros Garante, es importante recordar a los sujetos procesales que el recurso de reposición es un medio de impugnación utilizado en contra de las decisiones judiciales y administrativas que busca que la persona y/o funcionario que tomó la decisión evalúe la misma y de esta manera proceda, bien sea confirmando, revocando o modificando la decisión adoptada.

El artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011 - CPACA) determina los requisitos de los recursos y establece que la decisión se deberá adoptar teniendo en cuenta los cargos formulados, la defensa aducida oportunamente, lo probado en la actuación y las deficiencias y/o inconsistencias que se atribuyen a la decisión debatidas en el recurso, pues así lo exige el principio de congruencia procesal.

Respecto al tema se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en Sentencia del 1º de marzo de 2018, Rad. 11001-03-25-000-2013-00838-00 (nro. interno: 1763-2013), en el cual señaló:

"[...] La Sala precisa que el principio de congruencia procesal se ha definido como, "el principio normativo que delimita el contenido de las Resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas, es decir, que el alcance y contenido de una providencia está delimitado por las pretensiones, existiendo una correspondencia entre ésta y los hechos que se esgrimen en la demanda.

A su turno, este principio de congruencia procesal se encuentra regulado en el artículo 281 del Código General de Proceso, anteriormente lo preveía el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, normas aplicables por

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

remisión a la jurisdicción administrativa de acuerdo con el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011. Las citadas normas procesales definen el principio, así:

'La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley.

[...]

De acuerdo con esta disposición el Consejo de Estado ha precisado que la congruencia debe ser interna y externa. La primera obedece a la correspondencia que debe existir entre la parte motiva y resolutive de la sentencia; y la segunda, la externa, que la decisión contenida en la resolutive se encuentre en concordancia con lo pedido en la demanda como en su contestación.

[...]". Hasta aquí transcripción de la sentencia.

En ese orden de ideas, y toda vez que la decisión debe adoptarse en correspondencia y sincronía entre lo probado, la defensa aducida y los cargos endilgados se tiene que, en el recurso de reposición no es posible aducir nuevos hechos y/o argumentos de defensa sobre el incumplimiento endilgado, pues esta oportunidad ya feneció y en este escenario no es posible revivir nuevas etapas procesales.

En consecuencia, este Despacho se pronunciará por orden esquemático, sobre cada uno de los argumentos expuestos por los apoderados en sus recursos de reposición tanto del CONTRATISTA y de su GARANTE así:

1. Consideraciones frente al recurso de reposición presentado por el apoderado del contratista RICARDO CHAJIN MENESES.

1.1. El apoderado inicia que "Se está ante una responsabilidad objetiva la cual está proscrita".

El origen de la responsabilidad civil contractual deviene de la falta de ejecución o la ejecución defectuosa o retardada de una obligación estipulada en un contrato válido.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-1008 de 2010, indicó que:

"3.1. La responsabilidad civil contractual^{1[3]} ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido^{2[4]}. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes

¹ [3] Valencia Zea considera impropia la nominación "responsabilidad contractual", señalando que "se le debería llamar responsabilidad por violación de los derechos de crédito, por cuanto pueden violarse no sólo las obligaciones nacidas de contrato, sino también las nacidas de cualquier otra fuente. (Derecho civil tomo III, de las obligaciones, Ed. Temis 1998, pág. 325.

² [4] Jean-Luc Aubert, Introducción al derecho, Paris, Presses Universidad de Francia; 1979; pp. 117.

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico^{3[5]}."

Por lo tanto, la responsabilidad por el incumplimiento contractual es de naturaleza subjetiva como se explicó en la Resolución recurrida, sin que la misma se constituya en objetiva.

En el presente caso, como se indicó en la Resolución No. 116 el 23 de febrero del 2023 sobre el incumplimiento contractual, manifestó lo siguiente:

"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, generando obligaciones entre las partes de naturaleza recíproca por regla general.

En relación con la noción de incumplimiento contractual el Consejo de Estado, en su 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.

^{3 [5]} *Ibidem.*

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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 motivado con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el acuerdo'.". Hasta aquí transcripción de la Resolución recurrida.

Es claro que en el presente asunto no existió una responsabilidad objetiva, pues del estudio del expediente y de las pruebas obrantes en el mismo se advierte:

- i) El contratista incurrió en un incumplimiento absoluto del objeto del contrato, de esto dan cuenta los requerimientos esbozados por el supervisor del contrato y sin que los mismos fueran atendidos por este.
- ii) No se logró demostrar durante la actuación contractual sancionatoria que el incumplimiento obedeciera alguna circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito o justificación, razón alguna por la cual no existe ningún motivo de exculpación del contratista.
- iii) Y por último se pudo verificar de las evidencias aportadas los perjuicios ocasionados por esa inactividad o inejecución de este contrato de prestación de servicios.

Lo anterior se indicó en el acto administrativo cuestionado así:

"... 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.

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

Respuesta: Derivado del incumplimiento en las obligaciones contractuales del señor Ricardo Chajín 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 Chajín Meneses no hubiera desarrollado esa actividad, eliminó 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, 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, llevó 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

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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 República 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 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^{4[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

⁴ [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.

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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^{5[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^{6[35]}.

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^{7[36]}, ^{8[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

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

⁶ [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".

⁷ [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

⁸ [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 resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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 de la sentencia.

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 y es viable su imposición por el monto total.

Debe recordarse que el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, 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". Hasta aquí transcripción de la Resolución recurrida.

Por tanto, es claro que la Resolución No. 116 del 2023, en ningún momento determinó que existiera una responsabilidad objetiva, todo lo contrario, la misma se basó en las pruebas recaudadas y en los informes presentados, de los cuales se dio traslado al apoderado del contratista y su garante oportunamente, por tanto, no es de recibo este argumento esbozado por el apoderado del contratista.

1.2. Indica el apoderado del contratista "El Dr. Ricardo Chajin jamás tuvo la intención de incumplir si esto se dio fue por su condición psicológica que fue descartada por el despacho".

Como se advierte, la Resolución 116 del 2023, indicó que:

"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: Pobrementemente modulado, plano y algo sombrío. No se aprecia un humor de

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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 inexpresivo. 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.

DISCUSIÓN.

La historia de vida del joven RICARDO CHAJÍN MENESES, obtenida directamente de la entrevista psicológica practicada, permiten establecer claramente en 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 complementa con la aplicación y revisión de pruebas psicológicas de 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 al 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 técnica 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.** (subrayado y negrillas fuera del texto original).

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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, 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." Hasta aquí transcripción de la Resolución recurrida.

Es importante resaltar que en el recurso de reposición, sobre el informe de psicología no aportaron nuevos elementos de juicio, así como tampoco se aclaró el método utilizado por la psicóloga, razón por la cual persiste su ausencia de certeza y convicción, pese a que, el contratista y sus apoderados contaron con las diferentes oportunidades y etapas procesales para hacerlo.

Por otra parte, es importante recordar que el contratista contó con un plazo de seis (6) meses para cumplir con las obligaciones contractuales, tal como se indicó en la Resolución recurrida:

"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 tracto sucesivo en su ejecución, por lo cual el señor Chajín 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 que el señor Chajín Meneses no cumplió con sus deberes y obligaciones contractuales." Hasta aquí transcripción.

Se puede concluir de todo lo anterior y así como de las pruebas documentales obrantes en el expediente y correos electrónicos cruzados que, antes de la referida afectación psicológica y después de iniciar el tratamiento de qué hablaron los apoderados del contratista, esta situación no fue puesta en conocimiento del supervisor del contrato, ni tampoco se solicitó la suspensión del mismo, pues de haber informado a la Entidad Estatal tal circunstancia, o de haber entregado los soportes sobre la afectación psicológica de manera oportuna y con ocasión de los requerimientos presentados por parte del supervisor del contrato, requerimientos y actividades que, como se probó, ni fueron respondidas ni fueron realizadas por el contratista, hecho que era necesario para que la Entidad Estatal tomará las decisiones que correspondieren, de haberse indicado tal situación de manera oportuna para, o haber cumplido con sus obligaciones o, contar con alternativas de ejecución contractual, como en el mismo clausulado contractual se prevén.

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

- 1.3. Indica el apoderado del contratista que: Es deber del Estado y de sus representantes velar por el debido proceso por el derecho de defensa y hacerlo valorar por medicina legal si la certificación no cumple.

El apoderado manifestó que, si el despacho tenía dudas sobre lo afirmado por la profesional en salud, debió pedir el apoyo de medicina legal para que valorara dicha circunstancia dejando con ello en el "limbo" a su poderdante.

Se debe aclarar que en los procesos sancionatorios contractuales es deber de la parte probar aquello con lo cual busca atenuar su responsabilidad contractual, por lo tanto, no se puede pretender invertir la carga de la prueba, máxime cuando se le garantizaron todas las posibilidades al contratista de aportar todas las pruebas que obraran en su poder, así como de haber solicitado las que consideraba pertinentes y conducentes.

Debe recordarse que, en este proceso se realizaron 16 sesiones debido a que una y otra vez, tanto el contratista como sus diferentes apoderados, manifestaron falla en la conectividad, e incluso se tuvo que desistir de una prueba que solicitó la compañía de seguros sobre la declaración del contratista por estas circunstancias, que no permitían avanzar en la actuación, no obstante, el despacho en aras de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa, siempre accedió a reprogramar la audiencia, aun cuando en ocasiones no se aportó prueba de las insistentes inasistencias.

|||||

Se reitera, que el contratista nunca informó de su condición médica al supervisor durante la ejecución del contrato, lo que hubiese permitido en un momento oportuno adoptar las medidas que fueren necesarias, adicional a ello, tampoco pidió la suspensión del contrato para buscar cumplir con sus obligaciones contractuales, por tanto, este argumento no es viable el argumento del recurso.

Ahora bien, el apoderado del contratista indica que si la certificación expedida por el profesional (Psicóloga) no cumplía, se debía solicitar al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, su validación.

Sobre este particular es importante tener en cuenta que los profesionales en medicina y en la salud deben conocer dentro de su praxis profesional, su deber de cómo elaborar este tipo de documentos, no en vano el Estado les permite ejercer su profesión y les reconoce a través de una tarjeta profesional, de ahí que no se le pueda atribuir esta circunstancia al Fondo Adaptación.

Como es de su conocimiento los servidores públicos en ejercicio del principio de legalidad no se pueden apartar de la normatividad correspondiente, por ello al aplicar el estatuto profesional de la psicología y la interpretación del informe de dicho profesional se realizó conforme lo ordena la ley. Es importante recordar que, como se manifestó, en el análisis del informe del profesional de psicología se observó que éste carece de los requisitos mínimos que la normativa vigente le exige, por lo cual el mismo no se podía interpretar de otra forma.

Se precisa que el contratista tuvo otros medios de pruebas que no usó durante el trámite e incluso pudo allanarse al cumplimiento del contrato y tampoco lo realizó.

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

Ahora bien, este Despacho aclara al apoderado del contratista, que nunca se tildó de falso el informe, pues esa competencia le pertenece a un Juez de la República, ni tuvimos dudas sobre la autenticidad del documento, de ser así el Fondo Adaptación habría iniciado las denuncias penales correspondientes.

- 1.4. Manifiesta el apoderado del contratista que existe atipicidad de la conducta por no ser un acto corrupto del Dr. Ricardo Chajin Meneses, por lo cual no le es aplicable a esta situación el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

En la Resolución 116 del 2023 se indicó claramente en qué consistía la potestad sancionatoria contractual del Estado, así:

"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 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.*

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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 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

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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; 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

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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 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.

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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.". Hasta aquí transcripción."

Por lo tanto, no es de recibo el argumento de la atipicidad de la conducta, toda vez que, en materia sancionatoria contractual se exige que las partes del negocio jurídico deben describir la conducta prohibida en las cláusulas contractuales, como en efecto se hizo, en la cual se indicaron la cláusulas vulneradas, pues la finalidad del artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, no es otro que determinar el procedimiento para hacer efectivos los posibles incumplimientos en que incurra el contratista durante la ejecución contractual.

Tan es así que desde la exposición de motivos de la referida ley se indicó:

"No existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso, para efecto se establece un procedimiento oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

derecho de defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento."

Como se puede observar, el procedimiento tiene como finalidad que las entidades del estado que aplican la Ley 80 de 1993, a través de un procedimiento ágil, logren hacer efectiva la ejecución de un contrato.

Para la Corte Constitucional⁹ la facultad sancionatoria de la que goza la administración pública es una herramienta para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas con un contratista, que implica en su implementación que esta se armonice con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, de esta manera se legitima el poder sancionador del Estado, por lo tanto, esta facultad se hace efectiva para respetar y garantizar el interés general y la ley.

Razón por la cual, siempre dentro de esta actuación se deben respetar los principios constitucionales como el debido proceso.

1.5. Indicó el apoderado del contratista que no existió seguimiento continuo por parte del supervisor.

En la Resolución No. 116 del 2023, indicó:

"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."

Se advierte que cuando se hace referencia al seguimiento continuo, la ley no precisa ni obliga a que sea mensual o diaria, de hecho, el artículo 4º de la ley 80 de 1993, en las obligaciones de la entidad estatal dispone lo siguiente:

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

...
4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

⁹ Sentencia C-499 de 2015. Corte Constitucional

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.
..."

Hasta aquí transcripción del artículo.

Así, cuando la ley habla de revisiones periódicas no se establece un determinado plazo por tanto no existió falta de seguimiento 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 anticipada del contrato dada su supuesta imposibilidad de ejecutar este.

Por último, este despacho llama la atención al apoderado del contratista, que ataca el acto administrativo sin que al parecer hubiera revisado la totalidad del expediente, pues realiza solicitudes que no son oportunas en esta instancia.

2. Consideraciones frente al recurso de reposición presentado por la apoderada de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

Respecto del recurso de la apoderada del garante, compañía de seguros LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., reitera sobre la ineficacia del contrato de seguros por la terminación del mismo, por la ausencia de una comunicación respecto del estado del riesgo y su agravación.

En la Resolución No. 116 del 2023, se indicó que, 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.

Ahora bien, frente a la ausencia de comunicación por la variación en el estado del riesgo es claro que el artículo 1060¹⁰ 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.

¹⁰ 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 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. 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 resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

En ninguno de los apartes de la cláusula de la póliza, ni de la ley, se exige que de 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.

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.

Ahora bien, es claro que el deber de diligencia si fue realizado por la entidad cuando se requirió en varias oportunidades al contratista para que cumpliera con el desarrollo de su contrato.

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 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 de este.

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.*

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

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 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*
- ..." Hasta aquí transcripción de la prueba.*

De lo anterior, es claro que la entidad actuó con diligencia, pues durante el desarrollo del contrato buscó 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 proyectó para que fueran subsanados o corregidos; lo citó a reuniones con el fin de poder tomar medidas y decisiones en la ejecución del contrato, todo lo cual fue infructuoso.

Así las cosas, el deber de preservar el estado de las cosas preexistentes al

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

momento de celebrar el contrato, así como su equilibrio se mantuvo, por tanto, esos deberes fueron cumplidos por la entidad estatal.

Al ser un contrato de prestación de servicios profesionales como se indicó, el contratista contaba con total autonomía, por lo que debe recordarse que este tipo de contratos son de tracto 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, todo lo contrario al vencimiento del plazo contractual se evidenció que el señor Chajín Meneses no cumplió con sus deberes y obligaciones contractuales.

Como se advierte, la ley en materia contractual sólo exige que se notifique o avise de la citación del posible incumplimiento en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 del 2011.

Como expresamente lo indica la apoderada se debe dar aviso del siniestro, debe recordarse que en materia de contratos estatales el artículo 2.2.1.2.3.1.19., del decreto 1082 de 2015, dispone:

"Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

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

La norma señala que las Entidades Estatales deben hacer efectivas las garantías a través del acto administrativo que constituirá el siniestro, por ello cuando la apoderada manifiesta que debió darse aviso del siniestro, el mismo solo se da con la expedición del acto administrativo que lo declara, actuación en la que participó la compañía garante durante todo su desarrollo.

Por tanto, como se dijo antes, frente a dar aviso sobre la no ejecución de las obligaciones por parte del señor Ricardo Chajín y que por ello no contó con información exacta del negocio, el argumento no es de recibo por cuanto desde el momento de expedir la póliza, se conocían las obligaciones y condiciones en que se iba a desarrollar el contrato, sin que existieran circunstancias imprevisibles que variarían esas condiciones iniciales, indicadas por la compañía.

Se reitera que, frente al incumplimiento del artículo 1074 y 1075 del Código de Comercio sobre la obligación de evitar la extensión de propagación del siniestro

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

y del aviso del siniestro, se itera que el siniestro en el incumplimiento contractual solo se presenta cuando se expide el acto administrativo que declara el mismo en los términos de la norma mencionada.

Sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia del 23 de noviembre de 2017, precisó la naturaleza de esta relación contractual así:

"El acto administrativo por el cual se hace efectiva una póliza de seguro de cumplimiento no constituye expresión de una potestad sancionatoria del Estado, sino el ejercicio de un derecho de origen contractual frente a la compañía aseguradora, en el seno del contrato asegurado o garantizado.

Desde esa perspectiva, el procedimiento que se sigue contra la compañía de seguros no tiene por objeto imponer una sanción, sino que está destinado a hacer efectiva la garantía.

Sin embargo, se debe advertir que la Ley 1474 de 2011 fue asertiva cuando dispuso la vinculación de los garantes del contrato estatal al proceso sancionatorio que debe seguir la entidad estatal contratante, previo a declarar el incumplimiento del contratista en el contrato estatal".¹¹

Por lo anterior no son de recibo los argumentos del recurso de ahí que habrá de confirmarse la decisión en todos sus partes.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, este Despacho procederá a **CONFIRMAR** la declaratoria de incumplimiento definitivo del objeto y las obligaciones descritas en él contenidas en el contrato de prestación de servicios profesionales nro. FA-CD-I-F-171 del 2022.

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. CONFIRMAR en todas sus partes el contenido de la Resolución No. 116 del 23 de febrero del 2023 que declaró el incumplimiento definitivo del objeto y de las obligaciones contenidas en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales nro. FA-CD-I-F-171-2022.

ARTÍCULO SEGUNDO. La presente Resolución queda notificada en estrados en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 al contratista señor

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, del 23 noviembre del 2017, Consejera de Estado: Dra. Marta Nubia Velázquez Rico, con Radicación número: 25000-23-36-000-2013-02063-01(53861), Actor: SEGUROS COLPATRIA S.A., Demandado: Ministerio de Transporte.

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 116 del 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.'."

RICARDO CHAJÍN MENESES identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.065.658.610, a su apoderado y a la apoderada de la compañía de seguros garante LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS con NIT 860.002.400-2.

ARTÍCULO TERCERO. Contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO. Una vez ejecutoriado el presente acto administrativo, se **ORDENA** la publicación de la Resolución 116 del 23 de febrero de 2023 y el presente acto administrativo en el SECOP, y comunicar a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 218 del Decreto 019 de 2012.

ARTÍCULO QUINTO: ORDÉNESE el archivo y cierre del expediente que contiene la presente actuación, una vez ejecutoriado y culminadas las gestiones previstas en los artículos de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEXTO. La presente Resolución rige a partir de su expedición.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

||||| Dada en Bogotá D.C., a los Quince (15) días del mes de marzo 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.