RESOLUCIÓN N. SSS202050048534
7 de septiembre de 2020

"Por medio de la cual se Resuelve el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por presunto incumplimiento del contrato No. 4600080702 de 2019".

LA SECRETARIA DE SUMINISTROS Y SERVICIOS, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 29 de la Constitución Política; los artículos 3, 4 numerales 1 y 2, 12, 14, 18, 32, 40, 52, 58, 59 y 77 de la Ley 80 de 1993[1]; artículo 17 de Ley 1150 de 2007[2]; artículo 86 de la Ley 1474 de 2011[3]; el Decreto 1857 de 2019, y demás normas concordantes y aplicables para el presente caso; procede a decidir de fondo el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado contra del contratista **UNION TEMPORAL UT PAE 2019.,** representada legalmente por **EDDY ALEJANDRA CALLE ARTEAGA** con cédula de ciudadanía 43.973.527; con ocasión de la ejecución del contrato No. 4600080702 de 2019, cuyo objeto es: "*Prestación del servicio de atención alimentaria para el programa de alimentación escolar -PAE- lote 3 raciones industrializadas y vaso de leche*", contrato amparado con Póliza de Seguro de Cumplimiento No. GU146462 expedida por la compañía **SEGUROS CONFIANZA S.A.,** conforme a las siguientes consideraciones:

I COMPETENCIA

- **De la competencia de las entidades para sancionar la comisión de conductas en materia contractual.**

La potestad sancionadora es sólo 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 potestad sancionadora en el ámbito contractual se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, presupuesto que justifica que al manifestarse mediante actos administrativos éstos sean susceptibles de ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo[4].

Desde la Constitución Política en el artículo 29 se ha establecido la importancia del Debido Proceso en cada una de las actuaciones de la Administración; de la misma manera la Ley 80 de 1993, en los artículos 3, 4 numerales 1 y 2, 12, 14, 18, 32, 40, 52, 58, 59 y 77, determinan con claridad la competencia de las entidades para sancionar la comisión de conductas en materia contractual, teniendo como principio rector el debido proceso administrativo y los demás principios que son propios del Derecho Sancionatorio, como es el principio de legalidad, el cual exige que previamente esté definida la competencia para imponer las sanciones contractuales.

Para adelantar los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación deberán ostentar la competencia (ley 80 de 1993). La competencia es el elemento fundante del acto administrativo. Bajo el precepto consagrado en el Artículo 6 de la Constitución Nacional, los actos que expida la

[1] Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración.
[2] "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos".
[3] "Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".
[4] C de E. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Exp.20738.

administración tienen que estar precedidos por una facultad que habilita al servidor público para actuar. Lo anterior, en virtud del artículo 29 de la Constitución Política:

"Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Ley 80 de 1993. Artículos 3, 4 numerales 1 y 2; 12, 14, 18, 32, 40, 52, 58, 59 y 77.

*"**Artículo 3o. De los fines de la Contratación Estatal.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

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

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

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar".

*"**Artículo 12º.- De la Delegación para Contratar.** Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes".*

*"Artículo 14º.- **De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

(...)

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

(...)".

*"**Artículo 18º.- De la Caducidad y sus Efectos.** La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento".

*"Artículo 40°.- **Del Contenido del Contrato Estatal**. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entregada de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

Adición y modificación de contratos estatales. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, y durante el término que dicho estado esté vigente.

***"Artículo 52°.- De la Responsabilidad de los Contratistas** Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley".*

***"Artículo 58°.- De las Sanciones.** Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:*

1o.- En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.

2o.- En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.

3o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente".

***"Artículo 59°.- Del Contenido de los Actos Sancionatorios.** La determinación de la responsabilidad de que tratan los artículos anteriores la harán las autoridades competentes en providencia motivada en la que se precisarán los hechos que la generan, los motivos y circunstancias para la cuantificación de las indemnizaciones a que haya lugar y los elementos utilizados para la dosimetría sancionatoria. Así mismo, en ella se señalarán los medios de impugnación y defensa que procedan contra tales actos, el término que se disponga para ello y la autoridad ante quien deba intentarse".*

***"Artículo 77°.- De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas.** En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.*

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

(...)

Parágrafo 2°.- Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina".

En consecuencia, en estricta configuración del principio de legalidad y reserva legislativa y en consideración al Artículo 29 de la Constitución Política sobre el Debido Proceso Administrativo y el artículo 17 la Ley 1150 de 2007, donde se determina y devuelve con claridad la competencia de las entidades del Estado para sancionar directamente al contratista la comisión de las conductas antijurídicas determinadas en materia contractual, teniendo como principio rector el debido proceso administrativo. Al tenor reza:

"ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de

audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

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".

En concordancia con el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación tendrán la facultad para adelantar el tramite sancionatorio con el fin de lograr la consecución de los fines estatales.

- **<u>De la competencia de la Secretaría de Suministros y Servicios para adelantar y fallar el procedimiento sancionatorio contractual</u>**

El artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, establecen que la función pública se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, delegación y desconcentración de funciones.

De conformidad con el artículo 21 de la ley 1150 de 2007 como Jefe y Representante Legal del mismo, tiene el deber de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

El artículo 9 de la ley 489 de 1998 establece el acto de delegación como facultad de la administración, así como en quien puede delegar la ordenación del gasto y la celebración de contratos y convenios, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y el Presupuesto.

Los artículos 10, 11 y 12 de la ley 489 de 1998 establecen los requisitos para efectuar la delegación, las funciones que no se pueden delegar y el régimen de los actos del delegatario.

En desarrollo de lo anterior, se establece:

El Municipio de Medellín, en calidad de autoridad administrativa y entidad contratante, tiene la capacidad para debatir y sancionar las conductas antijurídicas contractuales, dicha capacidad se encuentra en cabeza del señor Alcalde, como representante de la entidad.

En uso de la facultad de delegación establecida en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, ha delegado de manera parcial y directa en la Secretaria de Suministros y Servicios del Municipio de Medellín la competencia directa en materia contractual de tramitar y decidir el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Decreto 883 de 2015 por el cual se adecúa la Estructura de la Administración Municipal de Medellín, las funciones de sus organismos, dependencias y entidades descentralizadas, se modifican unas entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Establece, dentro de las funciones de la ***SECRETARÍA DE SUMINISTROS Y SERVICIOS***:

ARTÍCULO 127. FUNCIONES DE LA SECRETARÍA DE SUMINISTROS Y SERVICIOS. *Además de las funciones establecidas en el presente Decreto para las Secretarías, la Secretaría de Suministros y Servicios tendrá las siguientes funciones:*

10. Verificar el cumplimiento de las políticas, y procedimientos en materia de contratación, supervisión e interventoría y sistemas de información de las compras públicas que permita emprender acciones de mejoramiento para asegurar el cumplimiento de los objetivos y metas.

Así mismo, el DECRETO 1039 DE 2016 por medio del cual se delegan competencias en materia contractual en el Municipio de Medellín, dispone:

*"**ARTICULO OCTAVO. CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA.** <Artículo modificado en lo pertinente por el artículo 2 del Decreto 140 de 2017 de la Alcaldía de Medellín.> De conformidad con el numeral 2 del artículo 127 del Decreto 883 de 2015, la contratación del Municipio de Medellín y la realización de las actividades y actuaciones en los procesos de contratación inherentes a los trámites de las etapas de planeación del proceso contractual, selección y ejecución en sus componentes logístico, jurídico, administrativo, financiero y contable, de conformidad con lo establecido en el Decreto N° 883 de 2015 y las demás normas que lo modifiquen, reglamenten, adicionen o complementen, sin perjuicio de las delegaciones especiales contenidas en el presente Decreto o que por especialidad se hagan por parte del Alcalde, serán de competencia del Secretario de Suministros y Servicios.*

PARÁGRAFO. La competencia de la Secretaría de Suministros y Servicios de la que trata el presente artículo, regirá a partir del 1 de septiembre de 2016 (...)".

Decreto 1857 de 2019 del 09 de agosto de 2019 "Por medio del cual se delegan competencias en materia contractual en el Secretario(a) de Suministros y Servicios del Municipio de Medellín. *(...) artículo 1o: Delegar en el Secretario de Suministros y servicios, la competencia para adelantar y decidir el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y las normas que lo modifiquen o deroguen, sobre la imposición de multas, sanciones, y declaratorias de incumplimiento, declaratorias de siniestros y afectación de pólizas y garantías de los contratos en que la Secretaría de Suministros y Servicios tenga competencia para contratar".*

En virtud de lo anterior, el Despacho de la Secretaria de Suministros y Servicios, es competente en virtud de delegación del señor Alcalde del Municipio de Medellín para adelantar los procesos administrativos sancionatorios contractuales, conforme el Decreto 1857 de agosto 9 de 2019, procede adelantar el procedimiento establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en contra del contratista UNION TEMPORAL UT PAE 2019, en la ejecución del contrato N° 4600080702 de 2019, que tiene como objeto: "*Prestación del servicio de atención alimentaria para el programa de alimentación escolar -PAE- lote 3 raciones industrializadas y vaso de leche*".

II. Del Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

Este procedimiento es sumario, por el medio del cual se busca una mayor agilidad y eficacia en el tramite sancionatorio, respetando las garantías constitucionales de las partes y reconociéndoles el derecho de defensa y contradicción a cada una de los intervinientes en todo el desarrollo de la actuación, este procedimiento se define en una guía práctica que establece y determina las lineamientos y aspectos puramente procedimentales los cuales las entidades estatales deben de aplicar en todo momento para declarar un incumplimiento contractual y en consecuencia ejercer la potestad sancionadora de la cual gozan de titularidad. Para el desarrollo de ello, se aplicará el procedimiento previsto en:

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el cual al tenor de la letra reza:

"DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales ".

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión, deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo 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".

El artículo 86 de la ley 1474 de 2011, norma que regula expresamente el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Al tenor literal:

*"**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 citara a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación ara 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 enunciara las normas

o clausulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse al contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora de la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera.

B) En el desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentara las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciara las posibles normas o clausula posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrán rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

C) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento, contra la decisión así proferida solo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentara y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

D) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ellos resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión se señalara la fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento".

III HECHOS

1.1 Que el proceso de selección Licitación Pública Nro. 70006718 de 2019, se adjudicó el 2 de abril de 2019 mediante Resolución N° 201950036151 de la Secretaria de Suministros y Servicios del Municipio de Medellín: "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL PROCESO DE SELECCIÓN LICITACIÓN PÚBLICA NRO. 70006718 DE 2019", al proponente UNION TEMPORAL UT PAE 2019, integrantes: FUNDACION ALIMENTARTE (65% de participación) NIT: 900.407.237-1 y NUTRISER COLOMBIA SAS (35% de participación) NIT: 900.084.859-4

1.2 Que el Contrato N° 4600080702 de 2019, inició su ejecución el día 06 de mayo de 2019, fue pactado con un plazo de ciento dieciocho (118) días hábiles escolares servidos y/o hasta agotar recursos sin superar el 31 de diciembre de 2019, por un valor de QUINCE MIL DOSCIENTOS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO ($15.200.432.748) excluido IVA, incluye todos los costos directos o indirectos derivados de la ejecución del contrato, de conformidad con los lineamientos plasmados en los estudios previos que le dieron origen, el pliego de condiciones del proceso y sus anexos, el estudio previo, la propuesta presentada y el acta de inicio la cual firmada el día 06 de mayo de 2019. **Folios 8-9 Carpeta 1.**

1.3 Las cláusulas del contrato, referente a las sanciones contractuales y al procedimiento sancionatorio, al tenor literal expresan:

"DÉCIMA
PARÁGRAFO 1: Para la imposición de las multas, EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, dará aplicación al debido proceso.
PARÁGRAFO 2: Una vez declarado el incumplimiento del contrato por parte del MUNICIPIO DE MEDELLIN, el valor de las multas se tomará directamente de cualquier suma que se le adeude al CONTRATISTA, si la hubiere, o hacer efectiva la cláusula penal o la garantía de cumplimiento del contrato, y si esto no fuere posible se procederá al cobro coactivo de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.
PARÁGRAFO 3: La imposición de multas no libera al CONTRATISTA del cumplimiento de sus obligaciones contractuales so pena de que se inicie un nuevo procedimiento sancionatorio ante nuevos incumplimientos.

***DECIMA SEGUNDA: CLÁUSULA PENAL.** Se estipula una cláusula penal a favor del MUNICIPIO DE MEDELLÍN equivalente al diez (10) por ciento del valor total del contrato, que se hará efectiva en caso de declaratoria de caducidad o del incumplimiento del contrato grave o definitivo. El valor de la cláusula penal se tomará directamente de cualquier suma que se le adeude al CONTRATISTA, si la hubiere, o de la Garantía de Cumplimiento constituida, y si esto no fuere posible se procederá al cobro coactivo de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007".*

1.4 Las modificaciones del contrato N° 4600080702 de 2019, que se dieron en la ejecución del contrato fueron:

ADICIONES	AMPLIACIONES

VALOR INICIAL: $ 15.200.432.748 ADICIÓN 1 : $ 4.771.979.433 ADCIÓN 2 : $ 2.827.858.928 **VALOR TOTAL: $22.800.271.109 (VEINTIDÓS MIL OCHOCIENTOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL CIENTO NUEVE)**	**TERMINACIÓN INICIAL:** 31 DE DICIEMBRE DE 2019 **AMPLIACIÓN 1:** Desde el día 17 de febrero de 2020 hasta el día 13 de Marzo de 2020 o agotar presupuesto (es por ello que terminó el día 11 de Marzo de 2020) **DURACION FINAL: 10 MESES Y SEIS DIAS CALENDARIO.**

OTRAS MODIFICACIONES

- ✓ Suspensión del contrato desde el día 07 de diciembre de 2019 hasta el 22 de enero de 2020, ambas fechas inclusive
- ✓ Reanudación el día 23 de enero de 2020 hasta el día 11 de Marzo de 2020.

1.5 Que el contratista aportó como garantía la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. GU146462 expedida por la compañía **SEGUROS CONFIANZA S.A.,** con vigencia hasta el 13 de Julio de 2020, con los siguientes cubrimientos y actualizaciones conforme las modificaciones del contrato.

Póliza de Seguro de Cumplimiento No. GU146462 Incluida Modificaciones.		
Garantía única del contrato 4600080702 de 2019		
AMPAROS	DESDE	HASTA
Calidad de servicio	6/05/2019	13/07/2020
Cumplimientos	6/05/2019	13/07/2020
Pagos de salario, prestaciones sociales e indemnizaciones	6/05/2019	13/03/2022

1.6 Que el seguimiento a dicho contrato fue realizado mediante interventoría contratada en virtud de proceso de selección concurso de méritos Nro. 0020004480 de 2019, el cual se adjudicó el 12 de abril de 2019 mediante Resolución N° 201950040727 y con la que se suscribió Contrato N° 4600080736 de 2019 entre la Secretaría de Suministros y Servicios del Municipio de Medellín en calidad de contratante y el CONSORCIO INTERVENTOR PAE 2019 en calidad de contratista, con objeto "Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera, Ambiental y Legal al contrato de prestación de servicios para la atención alimentaria a población escolar", el cual terminó el 31 de diciembre de 2019.

"HECHOS QUE GENERAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO Y NORMAS VIOLADAS

Que los hechos o CIRCUNSTANCIAS FACTICAS que indica la interventoría y que fueron plasmados en el Informe No. 201910307148 como sustento al presunto incumplimiento al Contrato N° 4600080702, que dan lugar a la solicitud de inicio de Procedimiento Administrativo Sancionatorio – PAS., detallan lo presentado entre el día viernes 26 de julio y el día martes 30 de julio de 2019, así:

"(..) el contratista en forma simultánea recibe informe de los resultados preliminares o informe parcial de interventoría entregados por el Laboratorio TECNIMICRO respecto del proveedor Ahumados Toto que indica: uno de los productos cárnicos del proveedor Ahumados Toto (mortadela jamonada muestreada el día 15 de

julio de 2019) se encontró, según el informe parcial del laboratorio presencia del microorganismo patógeno Listeria Monocytogenes. (Informe enviado por email al contratista y a la firma interventora del contrato el día 26 de julio de 2019).

*El contratista al tener conocimiento de esta situación, decidió realizar cambio en el menú S1M2 para la modalidad R.I a ser entregado el día 30 de julio de 2019, correspondiente a hamburguesa de carne de res, y en su lugar entregar pan con queso, leche saborizada de fresa o vainilla y fruta a los niños beneficiarios del programa. La interventoría el día 30 de julio a las 8:30 a.m., rechaza la solicitud de cambio de menú S1M2 por no cumplir con el valor nutricional y características del Anexo A. Expresa no haber aprobado el producto, en los siguientes términos: Numeral **1.6** "A través de la interventoría en planta el profesional EDILSON ARLEY QUINTERO YEPES asignado a la planta de la UT PAE 2019, levanta hallazgo al inicio de su visita a las 3:30 a.m. del 30/07/2019, donde se manifiesta que el producto NO ESTA AUTORIZADO para la entrega a los TD; esto, evidenciado en los formatos FOGESR- 1654 Acta de Visita de Supervisión en Planta o Bodega Seguridad Alimentaria y FO-GESR-1550 Reporte de Hallazgos - Seguridad Alimentaria".**1.7** "Igualmente, dentro de las acciones realizadas por el interventor en mención, se levantan los formatos EVALUACIÓN DE CARACTERISTICAS DE LOS PRODUCTOS DE RACIÓN INDUSTRIALIZADA Y COMPLEMENTO VASO DE LECHE (PLANTA O BODEGA) y VERIFICACIÓN DE CONTRAMUESTRAS con sus respectivos formatos de observaciones FO-GESR-1551 Observaciones Generales - Seguridad Alimentaria; en el cual queda claramente expuesto que el producto "PAN - QUESO - SALSAS" tiene concepto de NO APROBADO por parte de la interventoría". 1.8 "A pesar que la interventoría no autorizó el cambio de menú y en la visita de campo se dejó consignado expresamente esta no autorización, el contratista decidió hacer la entrega del menú SIM2, quedando evidenciado que este no cumplía con el aporte nutricional y características del anexo A". **Folios 14-16. Cuaderno 2.***

En consecuencia, concluye el Despacho, el presunto incumplimiento se materializa el día 30 de julio de 2019 al entregarse a los beneficiarios del programa PAE un menú en la modalidad Ración Industrializada que no cumple con las especificaciones técnicas de lista de intercambio de alimentos y aporte nutricional; para su análisis, es necesario hacer la trazabilidad de hechos sucedidos entre los días 26 y 29 de julio de 2019, como es la decisión de cambio de menú que incluye el intercambio de alimentos entre el menú previsto para el 29 y 30 de julio, ensamble y rotulado.

La interventoría señala un presunto incumplimiento por parte del contratista, dado que la UNION TEMPORAL UNION TEMPORAL UT PAE 2019, **no cumplió con las obligaciones establecidas en las especificaciones técnicas, cláusulas contractuales,** así:

"2. **APARTES DE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS PRESUNTAMENTE INCUMPLIDOS**

De conformidad con las circunstancias anteriormente descritas, se evidencia por parte de la Interventoría, que el actuar del contratista constituye un presunto incumplimiento al numeral **2. LOTE 3: RACION INDUSTRIALIZADA Y COMPLEMENTO VASO DE LECHE,** en el marco del proceso contractual de la referencia:

Numeral 2.3. CICLOS DE MENÚ

*"(...) El contratista en cada establecimiento educativo atendido debe cumplir con el ciclo de menú definido para la modalidad (Anexo A ciclo de menú por tipo de complemento), garantizando la entrega estricta de las preparaciones y gramaje en las porciones definidas para los titulares de derecho, por cada uno de los ciclos en ambas modalidades. El contratista deberá publicar en cada uno de los espacios destinados para la prestación del servicio, en un lugar visible a toda la comunidad educativa, el ciclo de menú de 20 días (Anexo F) según tipo de complemento suministrado, así mismo debe reposar una copia del Anexo A al interior del área de distribución para el manejo de las distribuidoras de alimentos. El anexo A también incluye la lista de intercambio de los alimentos estipulados en el ciclo de menú, la cual se debe imprimir y mantener en el área de distribución; **no obstante, cualquier cambio de alimentos basado en dicha lista de intercambio debe ser solicitado a la interventoría y/o supervisión (...)"**.*

*"En los casos en los cuales sea necesario realizar cambio de menú por presentarse inconvenientes con alguno de los alimentos que lo conforman tales como sobre maduración o no maduración de la fruta (en el caso de ración industrializada), inconvenientes con suministro de algún componente, entre otros, el contratista lo podrá realizar notificándole en forma inmediata por escrito el cambio a la supervisión o interventoría, explicando los motivos y el reemplazo a realizarse; en la modalidad de ración industrializada se debe remplazarse el menú completo (ejemplo: menú 1 se cambia por el menú 4 de la misma semana), a excepción del número de menú que corresponda al último día de la semana; con el fin de evitar pérdida de alimentos por cancelaciones extemporáneas. **No se permite***

realizar, cambios de una sola preparación del menú con el fin de garantizar el aporte nutricional del mismo" *Negrita y subraya fuera de texto original.*

Es claro, que al ser la modificación de uno de los componentes del menú este debía ser aprobado por la supervisión y/o interventoría, teniendo en cuenta que las especificaciones, son claras y excluyentes, en términos de que solo aplican notificaciones para el cambio ***TOTAL*** *del menú".*

3. OBLIGACIONES O COMPROMISOS. PRESUNTAMENTE INCUMPLIDOS

De conformidad con las circunstancias del numeral 1 del presente documento, se evidencia por parte de la Interventoría, que el actuar del contratista constituye un presunto incumplimiento a las siguientes obligaciones o compromisos adquiridos por el Operador, en el marco del proceso contractual de la referencia:

2.1. Obligación o compromiso N° 7: *"El contratista debe cumplir con el ciclo de menú (Anexo A. ciclo de menú) definido para la modalidad, de atención en cada establecimiento educativo atendido: entregando los alimentos según la frecuencia establecida y garantizando la preparación de acuerdo al anexo E (guías de preparación). Si durante la ejecución del contrato se presentan situaciones que ameriten un cambio se debe notificar o solicitar la autorización según sea el caso. Las especificaciones técnicas contemplan las condiciones requeridas para el cumplimiento de esta obligación*".

2.2. Obligación o compromiso N° 14: *"El contratista enmarcara la ejecución del Programa de Alimentación Escolar, bajo los lineamientos establecidos en la resolución 2674 de 2013, y las demás normas vigentes que le apliquen".*

2.3. Obligación o compromiso N° 23: *"Entregar a los establecimientos educativos los alimentos o complementos en los horarios establecidos y con las características descritas en las especificaciones técnicas".*

2.4. Obligación o compromiso N° 46: *'Implementar todas las acciones requeridas para garantizar la prestación del servicio en forma permanente, con calidad, inocuidad y oportunidad en todos los establecimientos educativos donde el municipio de Medellín lo requiera y conforme a las especificaciones técnicas anexas a este contrato".*

(...)

"Lo ocurrido con el contratista UT PAE 2019 el día 30 de julio de 2019 configura no solo un incumplimiento de las cláusulas del contrato N° 4600080702 de 2019 y de los Estándares y las Condiciones Mínimas del Programa de Alimentación Escolar contenidos en la Resolución N° 29452 de 2017 numeral 5. ASPECTOS ALIMENTARIOS Y NUTRICIONALES, con su accionar el contratista incumple además la Resolución 3803 de 2016 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social "Por la cual se establecen las Recomendaciones de Ingesta de Energía y Nutrientes (RIEN) para la población colombiana y se dictan otras disposiciones".

Además, se traen a colación siguientes cláusulas del contrato:

"DÉCIMA PRIMERA: MULTAS. *En el evento en que el contratista incumpla parcial o totalmente, algunas de las obligaciones contraídas con la suscripción del contrato, consideradas de alto riesgo para el desarrollo del PAE, las partes acuerdan a título de sanción la aplicación de multas sucesivas por un valor equivalente a 0,3% del valor total del contrato y al de los perjuicios que por ello se causen al Municipio de Medellín, lo anterior sin superar el 20% del valor del contrato. Consecuentes con lo anterior, en los eventos en que se presenten hechos derivados en el incumplimiento de obligaciones, que afecten directamente la naturaleza del objeto contractual por su alto grado de criticidad, serán causa de imposición de esta sanción pecuniaria, entre otras, los casos que se enuncian a continuación: La no entrega de la ración previamente establecida en el anexo A "ciclo de menú", en la fecha determinada a uno o más titulares de derecho o por la suspensión temporal del servicio sin causa justificada o atribuible al contratista. En los eventos en que se presente un brote de enfermedad transmitida por los alimentos (ETA), entregados a los titulares de derecho en desarrollo del PAE y que se genere por falta de control, vigilancia*

y/o negligencia del contratista. No obstante, la amplia discrecionalidad de la administración municipal, en la aplicación de multas de carácter consensual o unilateral, se garantizan los principios constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa y aplicación del procedimiento establecido por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

PARÁGRAFO 1: Para la imposición de las multas, EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, dará aplicación al debido proceso.
PARÁGRAFO 2: Una vez declarado el incumplimiento del contrato por parte del MUNICIPIO DE MEDELLIN, el valor de las multas se tomará directamente de cualquier suma que se le adeude al CONTRATISTA, si la hubiere, o hacer efectiva la cláusula penal o la garantía de cumplimiento del contrato, y si esto no fuere posible se procederá al cobro coactivo de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.
PARÁGRAFO 3: La imposición de multas no libera al CONTRATISTA del cumplimiento de sus obligaciones contractuales so pena de que se inicie un nuevo procedimiento sancionatorio ante nuevos incumplimientos.
DECIMA SEGUNDA: CLÁUSULA PENAL. Se estipula una cláusula penal a favor del MUNICIPIO DE MEDELLÍN equivalente al diez (10) por ciento del valor total del contrato, que se hará efectiva en caso de declaratoria de caducidad o del incumplimiento del contrato grave o definitivo. El valor de la cláusula penal se tomará directamente de cualquier suma que se le adeude al CONTRATISTA, si la hubiere, o de la Garantía de Cumplimiento constituida, y si esto no fuere posible se procederá al cobro coactivo de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007". **Folios 148-19. Cuaderno 2.**

IV. TRAMITE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

La Secretaria de Suministros y Servicios, inició la actuación administrativa sancionatoria contra el contratista **UNION TEMPORAL UT PAE 2019**, tendiente a la declaratoria de incumplimiento, imposición de multa (Cláusula décima primera del contrato No. 4600080702 de 2019) y efectividad de la cláusula penal (Cláusula Décima Segunda del contrato No. 4600080702 de 2019) pactadas en el contrato, en razón del oficio con Radicado 201910307148 del 23 de agosto de 2019, remitido por la interventoría a la Subsecretaria de Ejecución de la Contratación, el cual contiene informe de Solicitud de inicio de Procedimiento Administrativo Sancionatorio – PAS., por presunto incumplimiento al contrato N° 4600080702 de 2019. Esta subsecretaría procedió mediante Radicado 201920071920 del 28 de agosto de 2019 remitirlo a este Despacho, asumiendo la competencia la Dra. Luz Angela González Gómez - Secretaria de Suministros y Servicios.

Dicho informe de interventoría expresa: *"De conformidad con las acciones de verificación, vigilancia y seguimiento efectuadas por la Interventoría contratada. respecto del proceso contractual de la referencia, me permito recomendarle el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionatorio, tal y como lo expresa el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en contra del operador UNION TEMPORAL UT PAE 2019, con motivo del presunto incumplimiento evidenciado y tal como figura referenciado en el presente documento y demás soportes que se anexan a la presente solicitud".* **Folios 144-152 Carpeta 2.**

Actualmente tramita el proceso sancionatorio contractual la Dra. Karen Bibiana Delgado, quien asumió el conocimiento del asunto desde el 03 de enero de 2020, en virtud del Decreto 003 del 01 de enero de 2020 por medio del cual se hace su nombramiento y acta de posesión N° 11 del 03 de enero de 2020 y como consecuencia, se indica las actuaciones procesales surtidas en el presente proceso sancionatorio:

AUDIENCIA PUBLICA.

A continuación, procede a establecer el desarrollo de la audiencia respectiva dentro del proceso sancionatorio.

Desarrollo de la Audiencia (Inciso 1 del literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011).

Instalación de la AUDIENCIA PUBLICA POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL contrato No. 4600080702 de 2019.

Fecha: 03 de octubre de 2019 a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.).

Se desarrolló la audiencia en las instalaciones del Despacho de la Secretaría de Suministros y Servicios de la Alcaldía de Medellín ubicado en La Alpujarra, Centro Administrativo Municipal CAM, piso siete (7), oficina 702; a esta asistieron; por la Entidad: Luz Ángela González Gómez, Secretaría de Suministros y Servicios, Catalina Rozo Villegas, Subsecretaria de Ejecución de la Contratación, Esperanza Santos, Abogada Subsecretaría Ejecución Contractual, Luz Angela Giraldo Acosta, Coordinadora Jurídica Subsecretaria de Ejecución de la Contratación, Paula Andrea Toro Álvarez, Profesional Universitaria Subsecretaria de Ejecución de la Contratación, Álvaro López Gómez, Apoyo Jurídico Subsecretaría Ejecución Contractual. Por la Interventoría: Oscar Castrillón Niño, Apoderado Consorcio Interventor PAE; Por la supervisión: Claudia María Ramírez, Supervisora Secretaría de Inclusión Social Familia y Derechos Humanos y coordinadora del programa de alimentación escolar, José Builes, Apoyo Jurídico Secretaría de Inclusión Social Familia y Derechos Humanos; Por el contratista: Eddy Alejandra Calle, Representante Legal UNION TEMPORAL UNION TEMPORAL UT PAE 2019 y de la Fundación Alimentarte, Andrés Jaramillo, Representante Legal Nutriser Colombia, Paula Vanegas, Apoderada de la aseguradora Confianza

Todas las partes interesadas en este proceso, quedaron correctamente citadas a la audiencia y se procedió a dar inicio a la misma.

Se informó el motivo de la audiencia pública llevar a cabo la audiencia estipulada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en el marco del proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado en contra del contratista UNION TEMPORAL PAE 2019 en desarrollo del contrato No. 4600080702 de 2019.

Se consultó a las partes sobre el saneamiento del proceso para que presenten sus consideraciones con referencia a la existencia de nulidades procesales, conflictos de interés o recusaciones (art 11 y 12 CPACA) a las que deba darse trámite antes de desarrollar la audiencia, con el fin de sanearla y evitar nulidades. Las partes manifestaron que no existe ninguna nulidad, conflicto de intereses, ni recusación; por lo tanto, se continúa con la audiencia.

Se dio lectura a la parte pertinente a las normas o cláusulas que posiblemente han sido violentadas imputables al contratista, y se informó sobre las posibles consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación sancionatoria, como consta en el expediente.

A continuación, se concedió el uso de la palabra al contratista y/o su apoderado para presentar sus descargos, aportar y solicitar pruebas, y controvertir las pruebas aportadas por la entidad.

A. DESCARGOS DEL CONTRATISTA:

Intervención de Andrés Jaramillo representante de Nutriser

La representante legal de la contratista UNION TEMPORAL PAE 2019 le otorga la palabra al señor Andrés Jaramillo representante de Nutriser, quien inicia la explicación indicando que, el día viernes finalizando la tarde, entre las 5 – 6 pm, se allegó a la contratista el resultado del laboratorio que confirmaba una bacteria patógena como es la listeria, esta bacteria decía que el producto que un producto que se había mandado a hacer con 15 días de anticipación contenía esta bacteria, de un proveedor *"Cárnicos Toto"*, cuando llegó el resultado del laboratorio, al día domingo se tenía el ensamble de la hamburguesa, ese ensamble se hacía con la carne de ese mismo proveedor, cuando llegó el examen, la administradora del programa muy alterada porque la bacteria es muy peligrosa, la OMS había hecho incluso una alerta a nivel mundial ya que es mortífera, ya que se pega en las plantas de producción, y puede generar consecuencias muy graves, la administradora del

programa que lleva más de 25 años operando el programa de forma exitosa, los llamó y les dijo que el producto salía con listeria y que por lo tanto no podía despachar la hamburguesa, entonces esa minuta que era la del lunes, acordaron que la despachaban el día martes, previa solicitud de permisos formales frente a la Interventoría, porque a esa hora no alcanzaban a pedir el permiso y obtener una respuesta satisfactoria.

Efectivamente el día sábado, se tenían las minutas establecidas con anterioridad, y el día domingo, se ensambla la hamburguesa sin la carne y en el empaque se pone pan con queso, inicialmente se tiene la concepción de que no hay dolo ni ánimo de engañar, simplemente no se despacha la carne y marcan el producto pan con queso.

Al día lunes despacha la minuta no de emergencia, sino la que correspondería al día martes, la del martes la despachan el lunes, para obtener la autorización.

Durante la mañana del lunes, se le contó el inconveniente al interventor de planta, la UT tiene un interventor de planta desde las 3:00 am hasta las 3 o 4 de la tarde, desde que se estaba en Despacho a las 3:00 am se le puso en conocimiento que tenían problema el fin de semana, y que les había tocado devolver esa carne con listeria, están todas las evidencias que el producto se devolvió y tenía listeria, indica que de todo tienen soportes y los van a aportar al expediente.

Lunes 3:00 am el interventor tuvo conocimiento del asunto del fin de semana, a lo que el interventor les indico que procedieran a montar la solicitud al sistema.

En otras ocasiones ha sido normal que el producto se cambia y no se cobra, ejemplo cuando hay paro, no hay producto en el mercado etc. No es un tema inusual, estamos hablando de 80.000 raciones diarias que es una cantidad considerable.

Ese mismo día se puso la solicitud a la interventoría de la autorización, el interventor durante ese día hizo toda la revisión que se hace posterior al despacho.

El procedimiento de la Interventoría antes del despacho es: se hace metrología, se revisa el producto y al día siguiente se libera el producto etc. La UT hizo la solicitud a la interventoría y le contaron al interventor, diciéndole que solo se despachaba el pan con el queso y que cumple con los parámetros del MEN o de la minuta patrón, cumple con el carbohidrato, lácteo, fruta, cereal y proteico, cumplía con los parámetros nutricionales.

Desde el día anterior la interventoría hizo todo su procedimiento, metrología, revisión del producto, y todo estaba OK, la UT monta la solicitud en la plataforma, (a partir de este momento hace la diferenciación entre interventoría de campo e interventoría central), la interventoría central nunca respondió de manera afirmativa o negativa a la solicitud, pero que esto era el común denominador en la operación, y lo normal es que nunca respondan, lo que se hace es que se monta la observación al sistema, y ellos de manera posterior o al día siguiente le dan trámite, pero esto por lo general no queda en línea.

La jefe de calidad de la UT, ese día a las 3:45 pm le manda un mensaje al interventor, indicándole que les había realizado una solicitud al sistema y que no han obtenido respuesta, por lo que solicita elaborar la respuesta, (se anexa chat de la jefe de calidad), a las 3:30 am del día martes 30 de julio, el día del consumo, el interventor de planta llega, revisa el producto y lo libera y se despacha, (esa información no la alcanzó a confirmar) pero entre 13 y 14 interventores de campo que también liberaron el producto, común y corriente, es decir, el producto lo liberó el interventor de planta a las 3:30 am, y de manera posterior lo liberan también los interventores de campo aproximadamente a las 6:00 am en las instituciones, cuando se libera el producto, y a las 7:30 a.m. recibe llamada de la secretaría muy molestos porque la comunidad puso quejas por el despacho del pan con queso.

Cuando como UT analizan con más profundidad el tema, él y Alejandra como administradora, concluyen que había perdido de vista el impacto con la comunidad del producto entregado, así nutricionalmente cumpliera, visualmente iban a tener un impacto negativo en la comunidad.

Igualmente, se debe tener en cuenta que nunca tuvieron ni respuesta ni acompañamiento de la interventoría, y por el contrario esta les liberó el producto.

Inmediatamente les indican que ese producto no debió haber sido despachado, que la comunidad no estaba a gusto con la presentación del producto, la UT inmediatamente reaccionaron y recogieron el producto, dándole la razón a la secretaria.

Se mandan a recoger todos los productos no entregados, aproximadamente 30 mil raciones, el cual se cambia por un producto, si bien la administración como tal no tiene una minuta de contingencia, lo que se dice es que se tendrá como contingencia el producto que cumpla con las especificaciones de peso y cantidad y que no se haya entregado el día anterior, eso es lo único que tienen los pliegos frente a las contingencias.

Lo que hace la UT es que tenían unas tortas de chocolate del mismo programa, que pertenece a las minutas del programa y que está dentro de las marcas aprobadas, se cambió la hamburguesa por la torta cubierta con chocolate y otras de cereal con maní, lo que llevó que finalmente los beneficiarios del programa obtuvieron, bebida láctea todos, un pan con queso, otra torta de chocolate, otros maní con cereal. Finalmente, todos consumieron el mismo aporte calórico y nutricional solicitado por la Alcaldía, pero no la misma minuta.

Así, al final todos los usuarios recibieron su producto, no hubo desatención y el aporte calórico y nutricional se entregó.

Cuando eso pasó, intentaron tener contacto con la interventoría y no pudieron contactarse con ellos, y no fue posible establecer comunicación de ningún tipo, nunca les contestaron le teléfono, y posteriormente a las 8:45 am la Interventoría responde a través del sistema rechazando el producto, pregunta que fue realizada el día anterior.

Cronológicamente los eventos son los siguientes: El día domingo se produce, el 29 de julio, el lunes se suspende la minuta para pedir y esperar autorización del cambio de menú, informan al interventor de campo el cambio, al otro día, es decir el día del despacho, la minuta se libera y se autoriza por la interventoría la planta y se despacha, a las 8:36 la interventoría central escribe en la plataforma que no hay autorización del despacho, la UT para esa hora ya estaban recogido el producto y entregando el otro menú.

Encuentra dos sucesos inconsistentes en el informe de la Interventoría, el primero, el informe que aporta la interventoría, dice que el interventor de campo a las 3:30 lo negó, inicialmente, antes de que la interventoría escribiera la UT ya estaba haciendo una investigación por su cuenta con su equipo de trabajo, preguntándoles a cada uno de ellos que fue lo sucedido con la interventoría, porque ellos estaban diciendo que ellos despacharon sin autorización, si es así, ellos aceptarían la multa, la respuesta de sus trabajadores fue en el sentido de que la interventoría nunca dijo que no, el producto estaba autorizado por la interventoría. Se sentó con el interventor de campo, el señor Edilson Quintero, y le preguntó directamente si él dio o no dio la autorización, la respuesta que le brindó fue: "Don Andrés esto que paso, no sabe porque se armó tanto escándalo sabiendo que esto es algo normal de la operación, que él lleva muchos años como interventor y que es algo normal, el problema es más por un tema mediático de la mala presentación del producto, pero a él nadie le dijo, no lo despache, retenga y no despache, el liberó porque no tenía ninguna instrucción contraria" generándole cierta tranquilidad, pero cuando la interventoría manda un comunicado diciendo que desde las 3:30 negó la autorización, esto le genera nuevamente inquietud y él nuevamente se reúne con el señor Edilson y le pregunta nuevamente y le muestra el comunicado que mandan desde la interventoría (central) que dice que él (Edilson) negó el Despacho y que la UT de todas formas despachó sin autorización, por favor le indique si eso que dice la interventoría central en ese comunicado es verdad, a lo que responde el señor Edilson: "Don Andrés, yo reitero lo que le dije, y está autorizado para citarme a la audiencia y digo lo mismo que le dije a usted", a él nadie le dio una instrucción diferente en el sentido de que no autorizara el Despacho, que lo libero y dejo despachar, porque no tenía ninguna instrucción distinta, y eso es algo normal de la operación, que esta operación es gigante, son 80 mil raciones, en ocasiones pueden faltar algunos de los insumos, pero que simplemente no se autoriza el Despacho y se le descuenta al contratista el producto, que eso es muy normal, que el escándalo obedece más a la presentación del producto, porque también estamos en época de campaña y este un tema que da de que hablar, pero reitera lo dicho y que en caso de ser necesario el asiste a una audiencia para interrogatorio" generándole esto nuevamente cierto parte de tranquilidad porque la UT despacho con autorización, y la UT cuenta con los

soportes de que la negativa de la autorización queda registrada en el sistema ya que ahí queda toda la trazabilidad, y que el registro se hace el día 30 de julio a las 8:30 am.

¿Se le pregunta a que plataforma de novedades se refiere y que si traen para entregar la trazabilidad a la que se refiere?

Indica que van a entregar toda la trazabilidad, que ese es el mecanismo de comunicación del operador con la alcaldía y la interventoría, esa es la plataforma por donde las tres entidades se comunican.

Es la plataforma donde se montan los pedidos, las autorizaciones, a la vez las aprueban y por donde se hace toda la comunicación, esa es la plataforma, y ahí queda la trazabilidad, entonces no entiende como la interventoría dice una cosa, sabiendo que todas las partes tienen la trazabilidad del mismo, no entiende ni como lo hacen ni porque lo hacen, si se tiene la evidencia de lo que pasó.

Menciona el Representante Legal de Nutriser que hay otro tema delicado, y que no saben qué hacer, pues ese día en la revisión de lo que había pasado, llegó un informe de la interventoría central donde explicaba lo que pasó en el día, y donde dice que la funcionaria de calidad de la UT, la señora Tatiana Laverde, reconoce que despachó sin autorización el pedido y con la firma digital de Tatiana, cuando ella ve el informe inmediatamente le reafirma que ella nunca dijo ni firmó eso. Ellos tienen un documento donde supuestamente está firmado y Tatiana dice que carece de veracidad. Esos son los dos temas que los tienen en alerta en la UT porque ellos no entienden que es lo que está pasando, no sabe porque las personas dicen una cosa, y los informes los contradicen. La UT siempre ha obrado de la mejor manera, llevan muchos años con la Alcaldía, probablemente hay dificultades, pero no han tenido este tipo de problemas ni mucho menos, engaños o dolo, que se puedan equivocar o presentar dificultades en la operación, es una cantidad que se puede asemejar a dos estadios llenos de comida todos los días, pero que nunca se había presentado este tipo de problemas de entregar lo que no es.

Nunca hubo un niño desatendido, nunca hubo un déficit calórico por la alimentación que se presentó, siempre se entregaron los insumos que dicen la minuta patrón, el problema que se presenta fue más de presentación del producto, de que la comunidad no estuvo satisfecha con el producto, y lo que hay es una muy mala comunicación con la interventoría y sucesos que si son delicados como la firma de Tatiana con sello digital en algo que ella dice que no lo firmó y lo puede sustentar, y lo que dice el interventor de campo frente al informe presentado por la interventoría central en el que dice que el interventor de campo negó la liberación del producto, y el interventor de campo indica que eso no fue así y que si es necesario lo ratifica en audiencia; lo otro es que la UT dice que tienen la trazabilidad de la plataforma. En este punto termina la intervención del Señor Andrés Jaramillo.

Intervención de la Representante Legal UNION TEMPORAL UT PAE 2019

Eddy Alejandra como Representante Legal, ratifica lo que dice el señor Andrés Jaramillo, y además hacer varias precisiones: El inconformismo del reporte de hallazgos, formato FOGESR, y que como prueba de ello muestra lo que dice el informe en el que indica, hora de: En ninguna parte se menciona que el hallazgo fue notificado a la UT a las 3:30 am, que además la funcionaria de la UT, Tatiana Laverde, que es la jefe de calidad, nunca está a esa hora, ya que el horario de ella es de 7 am a 5 pm; resulta además que la interventoría en específico este consorcio, la forma de comunicación es a través de firmas digitales, y el procedimiento con estos es el siguiente: el documento inicialmente no se le entrega al operador, se le hace una lectura de lo que se escribe y el funcionario debe colocar su huella digital en un dispositivo móvil, y en otro completamente diferente coloca su firma, esa firma y esa huella, identifican en la UT que una firma y una huella se le colocan a todos los documentos que la interventoría genere ese día, independiente si son hallazgos, visitas a bodega, ya sea el metrológico, porque cuando se le notifica a la persona, esta solo firma una (01) vez; adicional a lo anterior, el Ing. Edilson Quintero y la Ing. Laverde, ratifican que esta socialización se hizo pasadas las 3:30 pm porque cuando en el momento de Edilson se da cuenta de que la interventoría central rechaza el proceso, a él tampoco le contestan

el teléfono, solo hasta pasada esta hora, le dicen, coloque el hallazgo y socialícelo, otro hecho que les llama la atención, es que a la UT no le entregan ese informe el día que se generó, sino que la interventoría central da la orden de que se debe montar en la plataforma de seguimiento a novedades una solicitud en la cual ellos estudiarán si entregan esa copia o no, es decir la UT solo tiene conocimiento de lo que dice el acta al día siguiente, es decir el 01 de agosto a las 11:45 am, donde procederá a demostrar cuando se tenga acceso a la información que ellos tienen, contestando que la solicitud ha sido aceptada y remiten los documentos, entonces, solamente hasta el día siguiente la **UT** conoce el contenido íntegro del documento, que imputa la interventoría, y aduce que fue notificado a las 3:30 am y que la UT como operador hizo caso omiso con la liberación del producto.

El otro documento que es el hallazgo de formato de visita a la planta hace un resumen, no de ese día, sino de todo lo que pasa en el mes porque coincide con el corte del mes (30 de julio – 01 de agosto) y en ese documento lo único que constata es que establece que ese día se hizo un hallazgo y se lee de forma literal como aparece el informe *"que es importante aclarar que esto no había sido aprobado desde gestión de novedades de interventoría",* es decir cuando el Ing. Quintero hace su hallazgo, es consciente y manifiesta que fue la gestión central la que dice que **no**, en ningún momento le indicaron ni le ordenaron, con soporte en la plataforma, cuando llega a hacer la liberación del producto, de que la interventoría había rechazado el producto, y como proceder.

Andrés deja en claro que esa información el Ing. Quintero, la tuvo de forma posterior a la entrega de los productos, esa autorización se pidió el día lunes y la interventoría lo contesta cuando ya se había armado el escándalo, cuando la secretaría ya estaba enterada del asunto, cuando ya estaba todo el mundo alterado con la presentación del producto, y solo después de todo el problema, la interventoría escribe en la plataforma que el producto había sido negado.

Interviene nuevamente la señora Eddy, indicando que también llama la atención que la plataforma que se tiene para la comunicación entre el consorcio y el operador, en ocasiones no trabaja en tiempo real, incluso una de las primeras aseveraciones que les llegaron a ellos, cuando les hacían la reclamación desde la secretaría, era que la autorización la UT la había realizado a las 10:30 pm, pero cuando ellos revisan el sistema, se dan cuenta que esto no es verdad, (lo anexa en el reporte) la misma interventoría en el requerimiento número 01, establece que no es cierto que en la plataforma de seguimiento aparece que la forma en la que se realizó la autorización fue a las 22:23 horas del día 29, en realidad la autorización se realiza pasadas las 04:00 pm, entonces ellos como operadores no tienen una concordancia clara, entre lo que la misma interventoría está dando como herramientas de comunicación.

Algo que no menciona la interventoría, o no le hace el énfasis respectivo, a la causa por la cual estaba tan preocupado, era el tema de la certificación de la Listeria, informe enviado directamente desde Tecnimicro, que es el laboratorio avalado por la interventoría, Tecnimicro notifica tanto a la interventoría como al operador la presencia del patógeno, posterior a esto se hace al interior de la UT un comité de calidad donde se evalúan las consecuencias reales de este tema, y quedaron a la espera a que la interventoría se manifieste, la cual solo lo hace hasta el lunes 29, cuando solamente dice cuál va a ser el procedimiento a seguir, no con la carne de hamburguesa sino con la muestra que se tomó que era la muestra de mortadela jamonada, también dejar claro, que en el informe la interventoría merma la importancia de la causa de la listeria dentro del producto, y que eso no se ve reflejado en el informe que pasan a la secretaría de servicios y suministros.

Jurídicamente y reforzando lo dicho por el señor Andrés, consideran que se hizo toda una operación evitando es que hubiera una desatención que es uno de los motivos que aduce la interventoría para los presuntos incumplimiento por parte del operador, para esto, aportan las actas completas de las 60.330 raciones entregadas dentro de los tiempos que se debían hacer los consumos (mañana y tarde), considerando ellos que no hay incumplimiento parcial ni total de las obligaciones pactadas en el contrato, más aún si existe un esfuerzo del operador por salvaguardar la vida y seguridad de los niños beneficiarios del programa, ya que ellos son el móvil empresarial que siempre los ha caracterizado, y no quieren tener

jamás en su operación una acción que tenga consecuencia frente a los niños de la ciudad, y mucho menos por un concepto de un patógeno que puede tener un efecto en su salud y en su vida.

Intervención de la Aseguradora Confianza S.A.

Procede la apoderada de la Aseguradora Confianza S.A a presentar los descargos del garante en la citación remitida por la alcaldía de Medellín, recibida por la aseguradora el día 26 de septiembre de 2019, los descargos constan de dos partes, la primera es un tema procedimental y la segunda es un tema sustancial, esto teniendo en cuenta que la compañía es un tercero en la relación contractual y para ellos es muy importante este tipo de procedimiento que respeten las normas establecidas para este tipo de citación porque es su día a día contractual; respecto a la citación que nos convoca el día de hoy (03/10/2019) no establece claramente si se está frente a un procedimiento de efectividad de cláusula penal o de multa, teniendo en cuenta que la vigencia de la póliza de cumplimiento termina el 30 de abril de 2020, por lo tanto se presentarán los descargos como si se tratara de un apremio por multa, entonces deja el tema de la cláusula penal de lado, entendiendo que la alcaldía enuncia lo que podría pasar en uno u otro caso, pero es importante que para la aseguradora esto sea claro desde el principio, pero que este procedimiento lo que quiere es apremiar al contratista por un presunto incumplimiento de algunas estipulaciones, por un reporte presentado por la interventoría del contrato, en segundo medida debe mencionar el tema procedimental artículo 86 en el que la Ley 1474 establece que se debe determinar la consecuencia, y para la aseguradora es muy importante cuantificar dicha consecuencia, y en la citación no se encuentra incorporada la consecuencia y la compañía tiene un máximo de valor asegurado de MIL QUINIENTOS VEINTE MILLONES CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MLC ($1.520.043.235.oo) para el amparo de cumplimiento, que sería el que se vería afectado en esta circunstancia, motivo por el cual en próximas oportunidades agradecen la tasación de la multa respecto al presunto incumplimiento, ya que ellos están vigilados por la Superfinanciera y tienen la obligación legal de hacer una reserva de cada uno de los riesgos de los asegurados, estas compañías deben reservar una cantidad cuantificando los riesgos determinados, y que para este caso no tiene un valor a apropiar; y de fondo la situación no amerita una apropiación del valor total del amparo, por lo cual agradecen al municipio dicha tasación, esto en cuanto al tema formal.

La siguiente es de fondo, respecto a la situación de presunto incumplimiento del garantizado, no hay ninguna cláusula presuntamente incumplida y por ello no se podría imputar ninguna carga económica ni al contratista ni a la compañía aseguradora, lo que sucedió es una situación objeto de la operación gigantesca del contrato y que en virtud de salvaguardar la salud de los niños, se modificó haciendo el procedimiento considerando lo correcto para salvaguardar la salud de los niños y presentar las raciones en las condiciones contractuales pactadas, esto es con el índice calórico de las raciones que fueron pactadas en el contrato.

Es claro que no hay una minuta de contingencia para una situación como esta, el municipio debe tener claro que ante una eventual calamidad de salud pública debe hacer todo lo posible para la mitigación del riesgo que se consideraron, para atender las necesidades del contrato y por ello no incumple la obligación.

Es importante indicar la situación contradictoria de la autorización implícita que se les dio, y por otro lado citación que nos tiene el día de hoy para lo cual se solicita el testimonio de estas personas, ellos también lo solicitan, así de esta manera a todos les quede claro cómo se ejecuta el contrato y la situación presentada.

En esas condiciones, y teniendo claro que no se incumplió ninguna obligación contractual, ni motivo por el cual apremiar al contratista, ni sancionarlo, y por lo tanto no hay lugar a aplicación de ninguna multa y menos la afectación de la póliza de cumplimiento, porque como es conocido por la entidad, estas pólizas solo cubren incumplimientos imputables al contratista garantizado, y el tema de la imputabilidad no se encuentra probado y lo que se hizo fue mitigar los efectos que se podrían haber generado por un tema de salud e

integridad de los niños beneficiarios, ahora teniendo claro que no se incumplió ninguna cláusula contractual, solicitan la práctica de prueba, para que quede absolutamente claro y posteriormente se proceda con la decisión en derecho que procede, en el sentido de no imponer ninguna carga económica al contratista ni afectación a la póliza de cumplimiento.

En esos términos presenta sus descargos la compañía aseguradora, y procede a terminar su intervención.

La aseguradora solicita autorización para la comparecencia a través de medios electrónicos, a lo que se le responde de manera negativa indicando los motivos que asisten a la entidad en dicha respuesta.

Se le propone a la aseguradora que allegue el cuestionario y que se graba la audiencia y se le comparte el mismo para que tengan la audiencia completa, a lo que acepta dicha propuesta la apoderada de la aseguradora.

Pregunta la Dra. Luz Angela González a la Representante Legal de la UT: puede aclarar la competencia de cada uno de los integrantes de la UT, quien se encarga de la producción, quien del Despacho, en aras de aclarar funciones dentro de la organización.

El operador es una temporal de 2019, el proveedor del "producto hamburguesa" es Nutriser Colombia, representada por el Señor Andrés, también ensambla Nutriser, y se entrega en canastillas, para hacer la distribución en toda la ciudad, la UT hace la distribución y Alimentarte hace la parte administrativa, al interior del contrato el personal está contratado por Alimentarte, toda la carga prestacional, el tema de Seguridad Social también lo hace Alimentarte, desde la conformación de la UT están determinadas las funciones y teniendo en cuenta que Nutriser es una marca avalada desde la licitación para el suministro de productos calificados.

Solicita la Dra. Catalina Rozo que aporten el acto constitutivo de la UT para poder tener claro el proceso sobre todo para los temas de responsabilidad contractual, a lo que los contratistas indican que la hacen allegar el mismo día al finalizar la tarde por correo electrónico.

El señor Andrés, manifestando que ellos jamás actuaron ni con dolo ni intención de engañar a la comunidad ni a la ciudadanía ni a la alcaldía, tanto es así que ellos enviaron comunicación (obrante en folio 172 de los anexos aportados) a todos los rectores de las instituciones educativas, donde le informan a la comunidad, que por un problema de listeria no pudieron entregar carne en hamburguesa, pero que esta carne no será objeto de cobro a la alcaldía de Medellín, mostrando la buena fe, de que no se quiso ni engañar a la alcaldía ni a los niños, y su intención era solo por salvaguardar la salud pública. Igualmente tienen firma de rectores recibiendo dicho comunicado.

Aporte de Medios Probatorios

INTERVENTOR: CONSORCIO INTERVENTOR PAE 2019.

- Informe de Solicitud de inicio de Procedimiento Administrativo Sancionatorio – PAS., por presunto incumplimiento al contrato N° 4600080702 de 2019;
- Comunicado interventoría del día 30 de julio de 2019.
- Informe a la Supervisión del día 30 de julio de 2019.
- Requerimiento N° 001 de 2019.
- Respuesta requerimiento N° 001 de 2019.
- Ampliación respuesta al requerimiento N° 001 de 2019.
- Respuesta solicitud de ampliación.
- Reporte hecho red social twitter (Fecode) - oficio descuentos.
- Acta de común acuerdo descuentos.

- Solicitud observaciones al acta de común acuerdo descuentos.
- Respuesta solicitud inconformidades acta de común acuerdo.
- Acta de descuento unilateral.
- Informes laboratorio.
- Correo de notificación de la interventoría al contratista por presencia de patógeno.
- FO-GESR acta de visita de supervisión en planta o bodega - Seguridad Alimentaria — MODALIDAD RL del 29/07/2019.
- Evaluación de características de los productos de ración industrializada y complemento vaso de leche (planta o bodega) MODALIDAD RL del 29/07/2019.
- Verificación de contramuestras - MODALIDAD RI del 29/07/2019.
- FO-GESR acta de visita de supervisión en planta o bodega - seguridad alimentaria - MODALIDAD RI del 29/07/2019.
- Evaluación de características de los productos de ración industrializada y complemento vaso de leche (planta o bodega) MODALIDAD RI- del 29/07/2019.
- Verificación de contramuestras - modalidad vi- del 29/07/2019.
- FO-GESR acta de visita de supervisión en planta o bodega - seguridad alimentaria— MODALIDAD RL del 30/07/2019.
- FO-GESR-1550 reporte de hallazgo - seguridad alimentaria RI del 30/07/2019.
- Presentación del día 13/05/2019 proceso gestión de novedades.
- Listado de asistencia del día 13/05/2019 proceso gestión de novedades.

CONTRATISTA: UT PAE 2019.

Dentro de la audiencia se hizo entrega de los siguientes documentos 219 folios **Carpeta de Descargos**, así:

- Copia del acta de hallazgo.
- Actas 30 de julio de 2019.
- Acta de visita de Supervisión de planta.
- Resultados de laboratorio confirmando listeria, literatura de peligrosidad. Comunicados a los rectores.
- Concepto de listeria MONOCYTOGENES.
- Reporte de hallazgo generado por la interventoría.
- Certificación laboral de la ingeniera Tatiana Laverde.
- Negación de la interventoría.
- Evidencia de seguimiento de novedades, en este folio evidencia que la interventoría contesta la negación de no despachar 8:36.
- CD con audio donde la ingeniera ratifica a la interventoría que le den respuesta (a Lida enlace técnico) y video de seguimiento del drive donde la interventoría cambia el estado de la autorización.
- Documento de constitución de la UT.
- Comunicados a los rectores.

En observancia a lo estipulado en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en aras de salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción, dentro de los postulados garantistas que rigen todas las actuaciones que adelanta la Secretaria de Suministros y Servicios, se le da la oportunidad a las partes citadas de presentar los alegatos y las consideraciones que consideren pertinenntes sean tenidas en cuenta al momento de proferir la resolución que decide el presente proceso administrativo sancionatorio.

Se fijó para el 18 de octubre de 2019, hora: 9:00 a.m., la fecha y hora de reanudación de la audiencia para practica de pruebas testimoniales. Se notificó en estrados a los asistentes.

Sesión 2: 18 de octubre de 2019. Hora: 9:00 a.m.

Continuación de la audiencia

Práctica de Pruebas Testimoniales

La Doctora Luz Angela González Gómez indicó el motivo por el cual se da reinicio a la audiencia estipulada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual es surtir los interrogatorios de parte solicitados por el contratista en la audiencia inicial.

Testimonio Tatiana Laverde Rico

El día 18 de octubre de 2019, se le recibió testimonio a la Señora Tatiana Laverde Rico, siguiendo el procedimiento establecido para ese momento, (como se evidencia en dicho testimonio y el cual hace parte integral de la audiencia y reposa en el expediente) quien se identificó con cédula 32.207.713 de Medellín, teléfono 3113822899 y dirección de notificaciones Calle 34ª #44 03 Itagüí – san pio, estado civil soltera, años 36, natural de Medellín, grado de instrucción: universitaria, de profesión profesional en ciencia y tecnología de alimentos, cargo jefe de calidad; en este momento procesal se le realizaron las preguntas entregadas por el Contratista UNION TEMPORAL UT PAE 2019 y las que el Despacho consideró pertinentes para aclarar los hechos; para este momento la Aseguradora no se hizo presente, aun cuando fue citada oportuna y debidamente por lo que no le fue posible realizar preguntas a la testigo. **(Folio 229 a 231 Carpeta de descargos).**

Igualmente se deja constancia que el día 18 de octubre de 2019, los interrogatorios que debían surtirse eran los de la señora Leidy Tatiana Laverde y el del señor Edilson Arley Quintero, pero que este último no se hizo presente a la misma, debido a que se presentó una confusión con la fecha del testimonio, no imputable a ninguna de las partes[5], antes de iniciar la audiencia, se estableció comunicación telefónica con el señor Quintero a lo que el mismo manifestó su intención de asistir al interrogatorio y solicitó le fuera reprogramada su diligencia, solicitud a la que accedió la Secretaria de Suministros y Servicios, citándolo nuevamente para el día 31 de octubre de 2019 a las nueve de la mañana (9:00 a.m.), en las instalaciones del Despacho ubicado en La Alpujarra, Centro Administrativo Municipal CAM, piso siete (7), oficina 702.

En observancia a lo estipulado en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en aras de salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción, dentro de los postulados garantistas que rigen todas las actuaciones que adelanta la Secretaría de Suministros y Servicios, fijó para el 31 de octubre de 2019, hora: 9:00 a.m., la fecha y hora de reanudación de la audiencia para practica de pruebas testimoniales. Se notificó en estrados a los asistentes.

Sesión 3: 31 de octubre de 2019. Hora: 9:00 a.m.

Continuación de la audiencia

Práctica de Pruebas Testimoniales

Testimonio Edilson Arley Quintero Yepes

El día 31 de octubre de 2019, se le recibió testimonio Edilson Arley Quintero Yepes, con cédula de ciudadanía 15.374.608 con el fin de rendir declaración bajo la gravedad del juramento dentro de la investigación arriba mencionada, y según las pruebas decretadas en la audiencia Pública de fecha 03 de octubre de 2019, quien se identificó de la siguiente manera: Edilson Arley quintero Yepes, Cédula 15.374.608 de Medellín, Estado civil unión libre, Edad 34, Natural de Medellín, Profesión Ingeniero de Alimento, Teléfono 3207379227, Dirección de Notificaciones Cra 47 71 – 08 Campo Valdés, Cargo interventor de campo para la empresa consorcio interventor PAE 2019. En este momento procesal se le realizaron las preguntas entregadas por el Contratista UNION TEMPORAL UT PAE 2019 y las que el Despacho considero pertinentes para aclarar los hechos; para este momento la Aseguradora no se hizo presente, aun cuando fue citada oportuna y debidamente por lo que no le fue posible realizar preguntas a la testigo. (Folio 236 a 239 Carpeta de descargos).

Sobre el material probatorio la Secretaria de Suministros y Servicios, que ha presidido las sesiones de la audiencia y quien funge como Ordenador de Gasto, procedió a incorporarlos

dentro del plenario administrativo acorde a lo estipulado en el artículo 40 del C.P.A.C.A. como quiera que tienen las características de ser útiles y conducentes para el esclarecimiento de la verdad procesal y la formación de la convicción objetiva del ordenador de gasto al momento de decidir la presente actuación sancionatoria contractual, se procede a incorporan al proceso, las siguientes PRUEBAS DOCUMENTALES decretadas el día 03 de octubre de 2019 en el desarrollo de la audiencia pública.

Aportadas por el Contratista.

El día 08 de octubre de 2019 aporta documento Justificación análisis nutricional realizado por el nutricionista David Restrepo a las minutas entregadas desde el 29 de Julio hasta el 2 de agosto de 2019 y Acta de Constitución de la UNIÓN TEMPORAL UT PAE 2019.

Fichas de aportes nutricionales de las tres raciones entregadas, del pan con queso, torta y el maní con cereal.

De oficio.

Análisis y concepto de información allegada por el contratista UT PAE 2019 en el marco de las audiencias del proceso administrativo sancionatorio contrato 4600080702 de 2019. Firmada por Claudia María Ramírez O., profesional universitaria en Nutrición. Equipo de seguridad alimentaria y nutricional - Secretaría de Inclusión Social Familia y Derechos Humanos.

La respuesta fue allegado al expediente mediante oficio del 22 de octubre de 2019.

Se programó reanudación de la audiencia para el 20 de noviembre de 2019, la cual se aplazó por motivos de cruce de agenda programada para la realización de las sesiones del proceso de empalme y las cuales eran imposibles de modificar.

Los términos del proceso administrativo sancionatorio se suspendieron desde el 10 de abril de 2019 hasta el 11 de mayo de 2020 a las 00:00 horas, en virtud de la Resolución SSS 202050024708 del 10 de abril de 2020 cuya vigencia se amplió mediante la Resolución SSS 202050025887 del 27 de abril de 2020. Ambas resoluciones se expidieron en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19 y del Decreto 440 de 2020, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19, el cual en su artículo 2 al tenor literal:

> *"Artículo 2. **Procedimientos sancionatorios.** Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y quienes hayan expedido la garantía.*
>
> *La Entidad Estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la información generada.*
>
> *Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto".*

Sesión 4: 15 de julio de 2020. Hora 10:00 a.m.

Conforme el artículo 2 del Decreto 440 de 2020, Departamento Nacional de Planeación, citado en el numeral anterior, el Despacho, previa citación y simulacro llevado a cabo el día 08 de julio a las 10:00 a.m., como consta en informe secretarial que reposa en el expediente, se llevó a cabo el día 15 de julio a las 10:00 a.m, con la asistencia de los siguientes participantes, previa identificación con sus datos nombres y cédulas, quienes acreditaron la

calidad, en que actúan: Karen Bibiana Delgado Manjarres - Secretaria de Suministros y Servicios, Alejandro Toro Prieto - Asesor Despacho, Liliana Andrea Alvarez Castrillón - Abogada - Secretaría de Suministros y Servicios, Eddi Alejandra Calle - Representante Legal - UNION TEMPORAL UT PAE 2019 (Contratista), Claudia Echeverry- Abogada apoderada Aseguradora - COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA – Aseguradora- reconocida con personería para actuar en el marco de la diligencia; Gloria Guzmán, representante legal CONSORCIO INTERVENTOR PAE (Interventoría); Roberto Carlos Roa Cote- Abogado apoderado CONSORCIO INTERVENTOR PAE (Interventoría) reconocido con personería para actuar en el marco de la diligencia; Claudia María Ramírez, Supervisora Secretaría de Inclusión Social Familia y Derechos Humanos y coordinadora del programa de alimentación escolar-Supervisión de la Interventoría.

A continuación se deja constancia de lo actuado:

Intervención del Despacho- Karen Bibiana Delgado Manjarres - Secretaria de Suministros y Servicios

Se procede a preguntar: Teniendo en cuenta los efectos que en este momento se surten por la pandemia si autorizan la notificación por medios electrónicos de las actuaciones que en adelante se surtan si alguien no lo autoriza por favor hacerlo saber en el chat de la reunión para que quede la constancia de lo contrario entenderíamos que podemos hacer uso de las notificaciones por medios electrónicos conforme lo indica el procedimiento administrativo. Se guarda silencio por los participantes.

Se informa que la audiencia se reanuda en vigencia de esta nueva administración y se procede hacer un breve resumen del estado actual del proceso administrativo sancionatorio contractual para que todas las partes estén al día del procedimiento que se ha surtido por parte de la Secretaría de Suministros y Servicios competente para adelantar y fallar este tipo de Procedimientos administrativos.

Se dio lectura breve al informe Secretarial que reposa en el expediente sobre las actuaciones sustanciadas en el proceso y que han sido detalladas en sesiones anteriores.

Así las cosas y en observancia a lo estipulado en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en aras de salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción, dentro de los postulados garantistas que rigen todas las actuaciones que adelanta la Secretaria de Suministros y Servicios, se procede a darles traslado del documento de fecha del 22 de octubre de 2019, elaborado por Claudia Ramírez, profesional universitaria en nutrición – equipo de Seguridad Alimentaria y Nutricional Secretaria de Inclusión y Familia y Derechos Humanos-Municipio de Medellín, en el cual se hace un Análisis y concepto de la información allegada al Despacho el 08 de octubre de 2019, por el contratista UT PAE 2019, en respuesta a la solicitud sobre la entrega de las fichas de aportes nutricionales de las tres raciones entregadas, del pan con queso, torta y el maní con cereal. Se adjunta documento.

El envío del documento de fecha 22 de octubre de 2019 se hace por dos medios, el chat y por correo electrónico, para el conocimiento de cada una de las partes y para efectos de contradicción de la prueba, a lo cual, las partes confirmaron el recibo.

Se accede lo solicitado por la señora Eddi Alejandra Calle- Representante Legal - UNION TEMPORAL UT PAE 2019 (Contratista) de concederle un tiempo para el estudio del documento.

Se suspende la diligencia por diez minutos a las 9:32 a.m.

Reinició de la audiencia. Hora: 10.32 a.m.

Intervención del Despacho- Karen Bibiana Delgado Manjarres - Secretaria de Suministros y Servicios.

Nuevamente se confirma por el Despacho, la presentación de cada uno de los participantes, quienes indicaron nombre y cédula, calidad en que actúan: Eddi Alejandra Calle - Representante Legal - UNION TEMPORAL UT PAE 2019 (Contratista), Claudia Echeverry- Abogada apoderada Aseguradora - COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA – Aseguradora- reconocida con personería para actuar en el marco de la diligencia; Gloria Guzmán, representante legal CONSORCIO INTERVENTOR PAE (Interventoría); Roberto Carlos Roa Cote- Abogado apoderado CONSORCIO INTERVENTOR PAE (Interventoría) reconocido con personería para actuar en el marco de la diligencia; Claudia María Ramírez, Supervisora Secretaría de Inclusión Social Familia y Derechos Humanos y coordinadora del programa de alimentación escolar-Supervisión de la Interventoría.

La Supervisión a cargo de la señora Claudia Ramírez solicitó el ingreso a la audiencia virtual al señor José Roberto Builes Rodríguez, quien se identifica con cédula 71.797.603. Contratista, a lo cual accedió el Despacho.

Se le da uso de la palabra a la señora Eddy Alejandra representante legal de la contratista UNION TEMPORAL PAE 2019 y solicita se autorice que se pronuncie el señor Andrés Jaramillo, con cédula 70.907.655, representante legal de Nutriser Colombia, compañía que hace parte de la UT PAE 2019.

<u>Intervención Andrés Jaramillo-</u> Representante Legal de Nutriser Colombia.

Primero nos allegaron una información que no teníamos a la mano, quiero hacer un llamado a la administración a que revisemos bien el tema por qué porque si bien es cierto, si bien es cierto, que la minuta no se entregó ese día como la teníamos proyectada, pues todo hace parte de un caso de fuerza mayor, se presentó un patógeno altamente con las altas probabilidades de que se hubiera generado una tema de calamidad pública, un tema de intoxicación en todos los niños de la ciudad de Medellín.

Nosotros lo identificamos previo antes a la operación, ustedes tienen que entender que esto es una operación de 71.000 raciones, en la cual esto no es fácil salir de la noche a la mañana, es un tema muy complejo, producciones de muchas semanas anterior es un tema logístico demasiado grande, entonces cuando nosotros identificamos de que esa carne tenía ese problema, pues nosotros por fuerza mayor y pensando en los niños dijimos: esa carne de hamburguesa definitivamente, no puede salir.

Esa hamburguesa salía para el día lunes, eso se identificó viernes y sábado.

El día viernes en la tarde, sábado se iba hacer el ensamble, se decidió no ensamblar, pero no despachemos el lunes, pidamos el lunes autorización a la interventoría para poder despachar, entonces hay dos temas importantes: nosotros nunca tuvimos la intención de engañar a los niños, lo que es un tema de fuerza mayor, prevaleciendo la salud de los niños.

El día lunes nosotros solicitamos a la interventoría que nos den permiso de despachar se le dijo el problema que tuvimos al interventor de plata al señor Edilson él revisó el tema, reviso lo que íbamos a entregar el pan con el queso sin la carne en el centro. Ese día lunes se despachó otra minuta, mientras a nosotros nos autorizaban ese despacho, ese día el interventor de planta autorizó y al otro día martes, se liberó en las horas de la mañana.

Nosotros nunca hicimos nada que no hubiera estado autorizado por la interventoría, ésta hizo metrología al producto, están todos los formatos y todos los soportes de la revisión, el interventor de planta revisó nuestro producto nos lo autorizó y al otro día le dio salida a las 6:00 de la mañana que salen los carros él interventor libero de planta, en persona, creo que fueron cómo mas 35 o 40 interventores de campo liberaron en cada uno de los de los

colegios, o sea la interventoría sabía y autorizó la salida del producto es un tema de fuerza mayor y nunca pensamos en engañar a los niños, ni ganarnos una carne de hamburguesa.

Entonces cuando la interventoría nos autoriza, nos autoriza en esas condiciones.

No tengo claro y es lo que queremos revisar si a nivel nutricional cumplió o no cumplía lo que enviamos también como reposiciones, pero es que estamos hablando de que esto era un tema de fuerza mayor, esto no era un tema de que nosotros no queríamos cumplir, es un tema de fuerza mayor, estábamos atados a ellos y la interventoría nos había autorizado.

Al otro día, el día del despacho se liberó en todos los colegios y después de entregar, cuándo empezaron a decir que por qué habíamos entregado pan con el queso sin la carne y la interventoría manda un correo a las 10:00 de la mañana en la plataforma, entiendo que no autoriza el despacho, pero señores, a las 10:00 de la mañana ya había una gran parte de lo entregado ya consumido y otra estaba repartido en todos los colegios. Nosotros salimos como locos a recoger toda la materia prima y entregar otros productos cambiando esa minuta, entonces se atendieron los 71.000 niños del programa, nunca una desatención.

Fue un tema de fuerza mayor y estuvo autorizado por la interventoría, entonces nosotros realmente no vemos lugar a ninguna sanción, prevalecía la salud de los niños, hicimos todo lo que humanamente se podía hacer en el buen nombre de la alcaldía por el nombre de nuestra compañía y la salud y la y la alimentación de los niños, entonces doctora nosotros queremos analizar bien ese tema nutricional que nos entregan que no lo conocíamos, te solicitamos que nos aplacen está audiencia y la retomemos entonces posterior, para nosotros analizar bien que es lo que se analizó de ese aporte nutricional, aunque no vemos lugar a cumplan o no cumplan la puerta nutricional de ese día, claro ese día teníamos una contingencia, no puedo confirmar, nuestro análisis nutricionales dijeron que si estábamos cumpliendo, hay una informe de la Alcaldía día de Medellín que dice que no estamos cumpliendo que lo queremos revisar, pero yo quiero que entren en conciencia de que ese día se pudo haber cumplido o no se puedo haber cumplir, lo importante es que los niños nunca se desatendieron, estaba autorizado por la interventoría y es un tema de fuerza mayor, no hay lugar a una sanción es un tema que a cualquiera nos hubiera pasado.

Solicitud. Un tiempo que aplacemos la audiencia mientras revisamos ese material que nos entrega nuevo.

Intervención del Despacho- Karen Bibiana Delgado Manjarres - Secretaria de Suministros y Servicios

Teniendo en cuenta que en estricto sentido quienes deben pronunciarse frente a la prueba son las partes interesadas, nuevamente le pregunto a la aseguradora que una vez escuchada la intervención de la Unión temporal, se le da la palabra para hacer uso del derecho de contradicción en frente a la prueba presentada para que tenga la oportunidad en este momento.

Intervención de la Aseguradora Confianza S.A. Claudia Echeverry- Abogada apoderada.

Solicitud. Coadyuvamos a la petición que ellos están realizando para revisar con detenimiento el oficio.

Un segundo aspecto muy importante para tener en cuenta dentro de esta actuación es que para poder en algún momento hacer efectiva la póliza debe estar demostrada la existencia del hecho imputable al contratista y de acuerdo a lo que se observan en este caso concreto ha existido un debido cuidado y una debida atención por parte del mismo, al punto que, si ellos se salieron a producción y en efecto liberaron de planta los productos, contaban con una supervisión, revisión previa y una autorización por parte de la interventoría y esta situación obviamente no se puede indilgar como una responsabilidad exclusiva o inminente por parte del contratista este aspecto es muy relevante en este proceso sancionatorio, en

la medida que se considera de manera respetuosa que no existiría este hecho debidamente probado que ya indique que sea imputable al contratista y que se le haya generado pues un perjuicio como tal a la entidad, como consecuencia del mismo. Este aspecto para tenerlo en cuenta sin embargo considero que en ese momento si se llegare a la oportunidad para presentar unos eventuales de alegatos finales pues también se expondría en esa oportunidad y nuevamente pedir entonces ve el aplazamiento para que el contratista revise con detenimiento el oficio que nos fue trasladado en esta diligencia.

Intervención del Despacho- Karen Bibiana Delgado Manjarres - Secretaria de Suministros y Servicios.

Se le da la oportunidad de manifestarse a la Interventoría y Supervisión, hoy la Secretaría de inclusión social, sobre si tienen alguna apreciación con relación a la prueba trasladada es la oportunidad para que se manifieste toda vez que ya se escuchó a las partes.

Intervención Interventoría- Roberto Roa - Abogado apoderado CONSORCIO INTERVENTOR PAE (Interventoría).

El apoderado Roberto Roa, manifiesta como interventoría no tenemos ninguna objeción procesal al trámite que le están dando al escrutinio de la prueba.

Intervención del Despacho- Karen Bibiana Delgado Manjarres - Secretaria de Suministros y Servicios.

Teniendo en cuenta entonces la solicitud realizada por parte de la UNIÓN TEMPORAL PAE 2019 en calidad de contratista y coadyuvada por la compañía aseguradora confianza, en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de contradicción, que si bien fue hoy escuchado en una instancia preliminar, para efectos de permitir un pronunciamiento de fondo frente al contenido de la prueba por las partes, se suspende la diligencia y reanudamos el próximo viernes 17 de julio 4:00 de la tarde por este mismo medio y por favor les pido que verifiquen sus agendas para que quede debidamente notificado a en estrados la fecha y hora de la reanudación de la diligencia

Siendo así y habiéndose programado la reanudación de la diligencia para el 17 de julio de 2020 a las 4:00 de la tarde, será remitido a sus correos el link para la diligencia y siendo las 10:54 de la mañana del 15 de julio se suspende la misma.

Se incorpora al expediente CD – Audio de la audiencia y constancia de envió del audio a los participantes.

Sesión 5: 15 de julio de 20120. Hora 10:00 a.m.

Siendo las 4:35 de la tarde del día 17 de julio de 2020, damos reanudación de la diligencia relacionado con el proceso administrativo sancionatorio contractual, iniciado en virtud de oficio con Radicado 2019l0307148 del 23 de agosto de 2019, remitido por la interventoria a cargo del CONSORCIO INTERVENTOR PAE 2019 a la Subsecretaria de Ejecución de la Contratación, el cual contiene informe de Solicitud de inicio de Procedimiento Administrativo Sancionatorio – PAS., contra del contratista **UNION TEMPORAL UT PAE 2019.,** representada legalmente por **EDDY ALEJANDRA CALLE ARTEAGA,** por el presunto incumplimiento al contrato N° 4600080702 de 2019, cuyo objeto es: "*Prestación del servicio de atención alimentaria para el programa de alimentación escolar -PAE- lote 3 raciones industrializadas y vaso de leche*".

En la diligencia anterior, se dió traslado de una prueba documental que obraba en el expediente relacionado con el oficio de fecha 22 de octubre 2019 elaborado por Claudia Ramírez profesional universitaria nutrición del equipo de seguridad alimentaria y nutricional de la Secretaría de inclusión social familia y derechos humanos del municipio de Medellín, para efectos de que las partes ejercieran su derecho de contradicción, antes de dar continuidad a la diligencia se verifico la asistencia de las siguientes personas (Nombre y

cédula) y acreditaron la calidad, en que actúan: Karen Bibiana Delgado Manjarres - Secretaria de Suministros y Servicios, Alejandro Toro Prieto - Asesor Despacho, Liliana Andrea Alvarez Castrillón - Abogada - Secretaría de Suministros y Servicios, Eddi Alejandra Calle
- Representante Legal - UNION TEMPORAL UT PAE 2019 (Contratista) y Andrés Jaramillo- Representante legal de Nutriser Colombia miembro de la UT PAE 2019; Claudia Echeverry- Abogada apoderada Aseguradora - COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA – Aseguradora- reconocida con personería para actuar en el marco de la diligencia; Roberto Carlos Roa Cote- Abogado apoderado CONSORCIO INTERVENTOR PAE (Interventoría)- reconocido con personería para actuar en el marco de la diligencia; Claudia María Ramírez, Supervisora Secretaría de Inclusión Social Familia y Derechos Humanos y coordinadora del programa de alimentación escolar-Supervisión de la Interventoría; Brayan Alexander Hernández. Coordinador Jurídico del equipo de seguridad alimentaria - Secretaría de Inclusión Social Familia y Derechos Humanos.

Intervención del Despacho. Karen Bibiana Delgado Manjarres - Secretaria de Suministros y Servicios.

Según la última actuación en el procedimiento administrativo sancionatorio se dio traslado del oficio a las partes de fecha 22 de octubre 2019, por solicitud de contratista y coadyuvado por la compañía de seguros por el garante se suspendió la diligencia para efectos de que pudieran analizar el contenido del oficio y ejercer su derecho a la contradicción. Debo manifestar a las partes que mediante correo electrónico recibido por la Fundación alimentarte la señora Alejandra calle que actúa más en representación legal de la Unión Temporal Pae 2019, fue allegados dos documentos y que verificado en el expediente contractual corresponden a pruebas que ya obraban en el proceso administrativo sancionatorio que se encuentran el expediente a folios 220 y 225 y corresponden a la Justificación análisis nutricional realizado por el nutricionista David Restrepo a las minutas entregadas desde el 29 de Julio hasta el 2 de agosto de 2019, allegada por el contratista UT PAE 2019.

No obstante me permito informar que el mismo ya se encontraba en el plenario del expediente, para estos efectos entonces me permito dar el uso de la palabra a las partes para que se pronuncien con relación a la prueba que fue trasladada y ejerzan su derecho a la contradicción.

Intervención Eddy Alejandra Calle - Representante Legal de UNION TEMPORAL PAE 2019.

En el día de ayer, remitimos al Despacho nuevamente la justificación entregada el día 08 de octubre de 2019, en la cual se demuestra y se especifica por parte del nutricionista David Restrepo, nutricionista experto y con gran experiencia en todos los programas alimentación escolar, en el que nos hace el recuento y nos hace el análisis de la minuta tanto del día 30 de julio de 2019 como de la semana completa de toda la ración industrializada que recibieron los beneficiarios del programa, específicamente los atendidos por el lote tres.

Se lee el aparte que me parece muy importante en nuestro derecho de contradicción, debido a lo que se expresaba en prueba que nos remitieron en la audiencia pasada, porque es importantísimo para nosotros demostrar y lo ratifica este profesional experto, si bien se presentó una contingencia y para ese momento hubo una variación del menú la UT PAE 2019 nunca realizó alguna acción, los productos o alimentos entregados por la UT nunca afectaron el proceso nutricional que deben tener los niños beneficiarios de nuestro programa durante toda la semana.

Me permiten algunos apartes del documento que reposan en el expediente que nos parece muy importante resaltar:

"El día 30 de Julio del 2019, UT PAE 2019 realizó entrega de una minuta, que como se puede evidenciar, en los cálculos referenciados y en comparación a la recomendación de aporte mínimo de la minuta patrón, según la

*Resolución 29452 del 2017, la cual define los lineamientos técnicos y operativos del Programa de Alimentación Escolar (PAE), **el aporte se encuentra dentro de los rangos permitidos**.*

*Aunque en la entrega no se contó con carne de hamburguesa por presencia de listeria, en el análisis realizado se demuestra que con el aporte de proteína del queso utilizado y de la leche de vaca entregada, se supera el aporte recomendado por la Resolución, habiéndose entregado un **34% más de lo recomendado.***

El análisis del plan de contingencia que se adoptó, el cual consistía en la entrega al cambio del componente pan con queso y salsas por un componente torta de chocolate o un componente un cereal en hojuelas, para darle cumplimiento al contrato celebrado entre la Alcaldía de Medellín y UT PAE 2019, demuestra que las minutas entregadas durante toda la semana suministraron a los beneficiarios del PAE un aporte mayor al recomendado por la Resolución 29452 del 2017, sin que con esto se viera afectado por el hecho de encontrar algunos parámetros mínimamente bajos, siendo esta situación positiva y garantizando el factor protector, ya que se logra compensar los aportes mínimos.

De acuerdo a la minuta patrón de la resolución 29452 del 2019 para la ración industrializada se debe ofrecer leche y productos lácteos derivados de la leche, diariamente; derivados del cereal diariamente; frutas 3 veces por semana y azúcar, dulces, frutos secos dos veces por semana lo cual se cumple ya que durante la semana se entregó leche o derivado lácteo diariamente, un día fue leche de vaca saborizada y los demás días yogurt, además del queso que se entregó en la minuta del día 30 julio del 2019, en cuanto a los derivados de cereal se entregó el pan de hamburguesa, la torta de chocolate y el cereal en hojuelas del día 30 de julio de 2019 y los demás días se entregó producto palito de queso, pan relleno de arequipe, cereal dulce en hojuelas, pastel de guayaba; para el caso de las frutas se entregaron 3 días mango, banano, mandarina y para el grupo de los dulces se entregó azúcar, frutos secos, maní con chocolate un día, panelita de leche.

*Por todas las razones antes expuestas y luego de realizar el análisis nutricional de los alimentos entregados por UT PAE 2019 durante la semana del 29/07/2019 al 02/08/2019, se logró concluir que **se cumplió con el aporte mínimo recomendado por la Resolución 29452 del 2017, además de que se cumple con la minuta patrón en cuanto a los tipos de alimentos que se deben despachar en el Programa de alimentación escolar (PAE) en modalidad ración industrializada, y que en el plan de contingencia la UT PAE 2019 realizo entrega de diversos alimentos con un aporte mayor al recomendado".** Folios 222 al 224. Carpeta 2.*

Esto es muy importante para nosotros como los referenciábamos inicialmente porque siempre durante todo el proceso y las pruebas que tienen en el acervo probatorio hemos demostrado con total transparencia que no hubo ninguna afectación a los niños no hubo proceso de desvirtuar el objeto de este programa que es realmente la atención de los derechos de los niños niñas adolescentes que atendemos y si bien ese día por una contingencia en caso de fuerza mayor que tenía tintes de salud pública como es la presencia de listeria en la carne que debía estar inicialmente en esa hamburguesa, no se hizo, jamás tampoco como lo demuestra nuestro nutricionista en el informe que ustedes también tienen, se llegó a ningún desbalance o atentado contra esa estabilidad nutricional que deben tener los niños beneficiados del programa.

Intervención Andrés Jaramillo- Representante Legal de Nutriser Colombia. Miembro de Unión temporal PAE 2019.

Realmente yo lo que quiero es como traer a colación en 3 puntos muy importantes del proceso:

Lo primero es que quiero ser muy enfático en decir que nunca obramos de mala fe eso quiero que quede muy muy muy claro y muy en el ambiente, una contingencia de esta se puede presentar a cualquier contratista y es que no estamos exentos que vuelva a pasar.

Tenemos nuestros propios procesos de calidad tan firmes que podemos evitar una calamidad pública y evitar una contaminación masiva.

El segundo punto es que la minuta cumple, a pesar de que se presentó una contingencia y que no se pudo entregar la carne, nosotros entregamos otros productos durante la semana y como dice el nutricionista, nosotros estamos cumpliendo a nivel nutricional durante la semana. Realmente el Ministerio evalúa es el cumplimiento nutricional semanal, entonces si bien, ese día no alcanzamos a entregar por fuerza mayor, lo que estaba explícito en la licitación, lo que debíamos entregar para la Alcaldía de Medellín, nunca perjudicamos a la alcaldía de Medellín, en los lineamientos que se deben de cumplir frente al MEN, entonces finalmente nunca la alcaldía de Medellín, tuvo daño por no cumplirle al MEN, porque finalmente sí hacemos la evaluación como ellos la hacen semanal, nosotros cumplimos con creces ese aporte nutricional o sea que tampoco hay ese desbalance nutricional.

Otro tema muy importante, nunca ningún niño se quedó sin alimento, no hubo una desatención, entiendo eso, es un tema más de percepción pública lo que afectó tanto la no entrega del producto, porque es que realmente no entregar un producto muchas veces se presentan por escasez del producto y se solicita el cambio, pero cuando tenemos tiempo y cuando lo permite el tiempo para reaccionar, que pedimos autorización por cambio de un producto sea porque llegó con un hongo, entonces el producto no se puede despachar o hay escasez por algunas cosas y en este caso no se despacha el producto, pues no se cobra, entonces por ningún lado se afectó a la Alcaldía.

Tercero. Lo más importante de todo es que estaba autorizado por la interventoría, se siguieron todos los protocolos que nosotros tenemos para pedir la autorización.

Entonces nosotros no podemos hacer más allá de lo que nos dé lo que es imposible, cuál era entonces nuestra forma de actuar, que lo que teníamos que hacer, porque no lo entiendo a nuestro saber y actuamos en derecho como teníamos que haber actuado se pidió la autorización con interventoría nunca actuamos de mala fe. Nunca hicimos lo que quisimos hacer que porque quisimos, no se afectaron los niños.

No entiendo a que puede dar lugar a una posible sanción, **se solicita encarecidamente que la audiencia se cierre a nuestro favor.**

Intervención de la Aseguradora Confianza S.A. Claudia Echeverry- Abogada apoderada.

Quiero resaltar 4 aspectos.

1. El cumplimiento del contrato por parte de la Unión temporal, en efecto como lo han señalado y lo han demostrado, dentro de este proceso sancionatorio ellos han cumplido a cabalidad las obligaciones derivadas del contrato y en razón a ello no existiría ningún fundamento para que se les imponga una sanción.
2. Llama la atención que estamos en julio de 2020, se pretenda dar continuidad a un proceso sancionatorio donde se pretenda imponer una multa por un hecho que fue presuntamente incumplido desde julio del año 2019, recordemos en ese sentido es que la naturaleza jurídica de una multa que es conminar a un contratista presuntamente incumplido para que cumpla con determinada actuación, cosa que en efecto como lo podemos observar en esta actuación, pues ha transcurrido un año estamos hablando de un hecho que si bien no se considera haya sido incumplido por parte de la Unión temporal y en efecto la naturaleza jurídica de la sanción que se le pretendería imponer, pues ya perdería todos los efectos porque no lo está conminando a que cumpla con determinada actividad, no hay lugar a que se le continuidad al presente proceso y se solicita cierre y terminación del mismo.
3. De acuerdo a lo que señalado por el contratista, ellos no actuaron solos, ellos actuaron debidamente autorizados por su interventoría, entonces esto muestra el cuidado y la diligencia con que han ejecutado y han llevado a buen término este contrato.
4. Por último, el proceso sancionatorio debe cerrarse sin dar lugar a sanción, la entidad considera que presuntamente se incumplió un hecho del julio de 2019, nos llama la atención, que se le pretenda indilgar algún incumplimiento, cuando lo cierto es que en enero de este año, la entidad modifica el contrato, se suscribe una modificación y le adiciona recursos en más de 2000 millones, entonces, pues no entiende la aseguradora cual es esa debida diligencia que hace una entidad, si un contratista está presuntamente incumplido, pues el mayor cuidado que debería tener, es no otorgarle más dinero ni más recursos a un contrato, si en efecto este contratista fue incumplido, en ese sentido si llamamos mucho la atención de esta modificación que se suscribió y que en efecto si la entidad le otorgó más recursos al contratista es porque confía en su debida diligencia en su debido cuidado y en el debido cumplimiento de las obligaciones que éste ha adelantado durante su ejecución desde el momento en el que fue celebrado por tal razón y con fundamento en lo que

se ha señalado y lo que el contratista ha expuesto, en la presente actuación de manera respetuosa, en nuestra calidad de garante solicitamos el cierre y archivo del presente proceso.

Intervención Interventoría- Roberto Roa - Abogado apoderado CONSORCIO INTERVENTOR PAE (Interventoría).

No tenemos ningún comentario o apreciación en esta oportunidad en relación con la prueba trasladada.

Intervención Supervisión - Claudia María Ramírez, Supervisora Secretaría de Inclusión Social Familia y Derechos Humanos y coordinadora del programa de alimentación escolar.

Quiero hacer la aclaración con respecto al concepto que se emitió y el que fue solicitado por la Secretaría de suministros frente al proceso y es el cumplimiento o no del aporte nutricional requerido para el programa de alimentación escolar del Municipio de Medellín.

El argumento que entrega la UT habla del cumplimiento pero a nivel de los lineamientos técnico administrativo que emite el Ministerio de Educación Nacional, por medio de su resolución 29452 que es de obligatorio cumplimiento para todos los entes territoriales. El Municipio de Medellín, asume los lineamientos desde el Ministerio y se basa en ellos para poder conformar o adoptar sus propios lineamientos y directos en el programa ejecutado por el Municipio de Medellín en todo el ente territorial, es así como celebra en contrato por medio de licitación pública donde establece las condiciones propias, para implementar el programa en el municipio.

De allí que deriva que el Municipio de Medellín, establece un ciclo de menú de 20 días, con unas minutas ya conformadas que dan cumplimiento a lo mínimo que establece el Ministerio pero que se aumentan en calidad en cantidad en referencia a estas mismas de los lineamientos básicos del Ministerio, cuando el contratista celebra se presenta unos de estos contratos y así mismo le es adjudicado y celebra un contrato es porque se compromete a cumplir con todas las obligaciones inherentes al contrato, de ahí, derivado del contrato hay unas especificaciones técnicas que hablan explícitamente del compromiso de llevar a cabo implementar ejecutar las minutas que están allí estipuladas. Para este caso se estipulan en un anexo que se llaman A. CICLO DE MENU y que está conformado por 20 menús, donde cada uno de ellos se debe garantizar durante la ejecución de la totalidad del contrato. De allí parte el análisis, que en su momento hago, frente a la obligación que como UT adquirieron y era de garantizar día a día la entrega del menú que allí está estipulado, y como tal cada uno de esos menús tienen un aporte nutricional especifico, que como les digo es superior en calidad nutricional al que establece como mínimamente el Ministerio de Educación nacional.

Dentro de las especificaciones técnicas no dice que el contratista podrá acogerse al ciclo o a la minuta patrón que establece el Ministerio de Educación Nacional, se dice que se hace unos lineamientos a un ciclo de menú desde el municipio basado en estos lineamientos, pero se establecen con precisión y certeza cada una de las preparaciones, gramajes que componen este ciclo de menú, por lo tanto tienen un aporte nutricional específico para cada día.

Frente a ese fue que se realizó el examen, el análisis perdón de las pruebas allegadas por el contratista, concepto emitido por el nutricionista David es frente a esos requerimientos desde el Ministerio de Educación Nacional. El concepto que nosotros analizamos como Municipio Medellín es frente a lo pactado en el contrato con la obligación de dar cumplimiento al ciclo de menú establecido, de ahí el concepto final es NO CUMPLE FRENTE A LO PACTADO ¿por qué? porque es un aporte nutricional superior, el cual el municipio de Medellín, para ese día especifico, el menú 2 de la semana 1, estableció la minuta con las preparaciones de la hamburguesa, la bebida y el dulce anexo, estableciendo un aporte nutricional superior de un 34% que es superior al 20% que el Ministerio de Educación Nacional exige.

Por un lado si se analizó desde la Resolución 29452 no debió haber sido ese el análisis, porque el análisis debe ser frente a la obligación que se pactó al firmar un contrato con la administración municipal.

CONCLUSION. Quería dar las aclaraciones del porque frente a la obligación como tal o al requerimiento específico de la alcaldía, el día de 30 de julio estaba estimado entregar el menú 2, semana 1, que así tuvieran la autorización de cambiar de día menú, no se dio cumplimiento finalmente al aporte nutricional que estaba estipulado para ese día.

Intervención del Despacho. Karen Bibiana Delgado Manjarres - Secretaria de Suministros y Servicios.

Cerrada la etapa probatoria en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual y no obstante qué textual y exegéticamente la norma no nos exige un cierre con alegatos de conclusión. Este Despacho decide en garantía del debido proceso de las partes, se permite informar que decide para los próximos 3 días si desean presentar alegatos adicionales con relación al proceso a las pruebas que obran en el plenario a las partes, para que las presenten por correo electrónico, posterior al recibo de las mismas se estará citando audiencia con fecha y hora para la lectura del fallo definitivo en el procedimiento actual.

Si alguien quiere manifestarse al respecto, de lo contrario, se estarían notificando en Estrados para la presentación de alegatos finales en los próximos 3 días hábiles y les notificaríamos por escrito la fecha y hora de la diligencia para fallo.

Siendo las 5:06 pm del 17 de julio y no teniendo observaciones por ninguna de las partes se da por terminada la diligencia.

IV CONSIDERACIONES

Recibido el informe, documentos y demás soportes para adelantar la diligencia de presunto incumplimiento, este Despacho procedió a estudiar las situaciones fácticas, técnicas y jurídicas que se relacionan en el informe de interventoría, de acuerdo a éste solicitó citar a las partes y dar traslado de los cargos formulados en aplicación del principio rector al Debido Proceso en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales; en consecuencia, el contratista presentó descargos y aportó pruebas; se practicaron las pruebas decretadas de oficio en Audiencia. De acuerdo a lo anterior y en su mismo orden se realizará las consideraciones y se efectuará el correspondiente análisis del presunto incumplimiento de las obligaciones.

1. ANALISIS PROBATORIO CARGOS Y DESCARGOS

HECHOS 1.1-1.2-1.4-1.15

1.1 El contratista a través del link de gestión de novedades, el día 29 de julio de 2019 finalizando la jornada, es decir, sobre las 5:30 de la tarde, solicita autorización a la Interventoría, para realizar cambio en el menú S1M2 para la modalidad R.I a ser entregado el día 30 de julio de 2019, correspondiente a hamburguesa de carne de res, y en su lugar entregar pan con queso y leche saborizada de fresa o vainilla, bebida previamente autorizada, con fruta del grupo #2 (que se encontraba en lista de intercambio por la panelita de leche del día 29 de julio de 2019).
1.2 Según lo informado en la misma solicitud por el contratista, lo anterior obedece a que en uno de los productos cárnicos del proveedor Ahumados Toto (mortadela jamonada muestreada el día 15 de julio de 2019) se encontró, según el informe parcial del laboratorio TECNIMICRO (notificado el día 26 de julio de 2019), presencia del microorganismo patógeno Listeria Monocytogenes. El contratista al conocer los resultados preliminares entregados por el Laboratorio, informa a la interventoría mediante el link de gestión de novedades, que decide como medida

preventiva, no utilizar los productos cárnicos de la marca Ahumados Toto y que debido al corto tiempo para reaccionar no era factible encontrar un segundo proveedor que suministrara la cantidad necesaria del producto, motivo por el cual se solicita la citada autorización de cambio de menú a la interventoría.
1.4 La UT PAE 2019 en la misma solicitud de autorización, afirma que la gerencia de la Unión Temporal se vio en la obligación de entregar un producto modificado (pan con queso y salsa) para que la pérdida no sé generara por completo sino solo en el cárnico. Igualmente informa el contratista que se surtió el respectivo proceso de descarte a las 55.000 unidades de carne de hamburguesa del SI M2 del proveedor Ahumados Toto.
1.15 Al realizar la validación de la información (...), se evidencia proceso de trazabilidad del contratista desde el 26/07/2019 e inicio de producción del producto "PAN - QUESO - SALSAS" desde el 28/07/2019; lo cual genera inquietud en la interventoría, teniendo en cuenta que el contratista inicio producción de este sin haber presentado solicitud de autorización a la interventoría y mucho más esperar hasta finalizar la tarde del 29/07/2019 para remitir esta". **Folios 145-149. Cuaderno 2.**

Aporte probatorio del Contratista

El contratista en sus Descargos presentados el día 03 de octubre de 2019 en audiencia y en el ejercicio de su derecho de contradicción, sobre los hechos anteriores, manifiesta:

- "Viernes 26 de julio de 2019: Siendo las 11:41 am, se recibe correo (...) del laboratorio de microbiología de Tecnimicro, en el cual se nos notifica el resultado positivo a presencia del patógeno denominado LISTERIA MONOCYTOGENES en el producto cárnico entregado por la empresa Ahumados Toto. Esta información fue notificada a los siguientes correos electrónicos: laboratorio.pae2019@gmail.com perteneciente a la interventoría, y calidad.fundalimentarte@gmail.com perteneciente a la UT PAE 2019.
- Certificado de resultado microbiológico positivo para LISTERIA MONOCYTOGENES. REPORTE DE ANALISIS PARCIAL". Folios 1-2. Cuadernos de Descargos.
- REPORTE DE ANALISIS. Reporte Final. Se confirma la presencia del PATÓGENO. El día 29 de julio de 2019. Folios 55-56. Cuaderno de descargos.
- "Se realiza comité extraordinario de calidad al interior de la UT con el fin de analizar esta situación, más aun sabiendo que el menú que correspondería para el día martes 30 de julio de 2019 sería el S1M2, el cual contendría hamburguesa, ensamblada con torta de carne de Res, procesada por el proveedor AHUMADOS TOTO (...)". Acta de Comité de calidad del 26/07/2019: se aporta copia del listado de asistencia. Folios 3-4. Cuadernos de Descargos.

"(...) Nombre de la reunión: Comité de calidad. Fecha: 26 de julio de 2019. Hora inicial: 4:00 p.m. Hora final: 4:30 p.m.

DESARROLLO DE LA REUNION

Se realiza reunión extraordinaria con los líderes de los diferentes procesos, para socializar el correo recibido el día de hoy a las 11:30 a.m. por parte del laboratorio Tecnimicro, donde se reporta al correo de la interventoría y al del operador del lote 3, resultado con presencia de patógenos (...)

Se informa a los asistentes que ante la gravedad de la situación y conociendo la implicación que puede generar este patógeno en los seres humanos y la posibilidad de que a la fecha el microorganismo se encuentra aún en la planta del fabricante, debemos estar a la espera de la directriz de la interventoría para el Despacho del producto que se debe entregar el día martes 30 de julio, el cual corresponde hamburguesa de res teniendo en cuenta que ésta contiene como materia prima carne de hamburguesa que también es fabricada por ahumados Toto". Folios 3-4. Cuadernos de Descargos.

-"SABADO *27 DE JULIO DE 2019: Con el fin de garantizar la salud e integridad de los usuarios, se solicita a la microbióloga Claudia Elena Vargas, concepto técnico sobre las características del patógeno LISTERIA MONOCYTOGENES presente según resultado de laboratorio de Tecnimicro con control No.481019".*

"Julio 27, de 2019

OBSERVACION GENERAL

(...) Listeria Monocytogenes, este patógeno tiene la capacidad de formar biofilms en cualquier tipo de superficie, lo que le confiere resistencia a los diferentes tratamientos de limpieza y desinfección aplicados, habiendo consecuentemente una mayor facilidad de transferirse desde superficies a alimentos.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que uno de los productos suministrados por el proveedor Ahumados Toto, identificado como Mortadela Jamonada, lote: 28012802 y fecha de vencimiento: 13/AGO/2019, tuvo un resultado positivo para la presencia de Listeria monocytogenes, existe un alto nivel de riesgo de que otros de los productos cárnicos suministrados por este proveedor tengan también dicha contaminación, como es el caso de la Carne de Hamburguesa, máxime si dicho producto es manipulado en planta de producción de Ahumados Toto, con los mismos utensilios y superficies que el Jamón (Generando contaminación directa a partir de biofilms formados por Listeria Monocytogenes).

Como acción correctiva y preventiva, es importante, abstenerse de utilizar los productos suministrados por este proveedor hasta que se demuestre la erradicación y el control del patógeno detectado (Listeria Monocytogenes) con el fin de garantizar la Inocuidad de los productos suministrados y ensamblados por la empresa (UTPAE 2019) y así proteger la salud de los consumidores, en relación con este microorganismo específico". **Folio 8 Cuadernos de Descargos.**

- Descargos.

"(...) ensamble del pan con queso los días 27 y 28 de julio de 2019, intentando desconocer que, solo desde el punto de vista logístico, el operador debe realizar este proceso, pues estamos hablando de más de 60.000 unidades...(...)

El prealistamiento del producto no podía ser prueba contundente en este caso, pues de haber tenido una negación antes de la distribución del producto el operador no hubiese entregado dicho producto. Es más, téngase en cuenta que una vez la ESAN notifica la inconformidad frente a la presentación del producto, el operador por decisión propia realizar el retiro de las raciones que serían consumidas en la jornada de la tarde y procede a realizar el cambio de producto inmediatamente. Este último hecho se logra también por la preparación, logística y compra anterior a las entregas que se requiere en la modalidad de RI/VL". **Folios 17-18. Cuaderno de descargos.**

-" LUNES 29 DE JULIO DE 2019: Se le comunica a las 7:00 am al interventor de Planta, Ingeniero EDILSON ARLEY QUINTERO YEPES, la devolución realizada el día 27 de julio de 2019 del producto torta de carne de res al proveedor Ahumados Toto, y se le solicita autorización para entregar el día 30 de julio de 2019 el menú S1M2 compuesto de pan, queso y salsa, leche saborizada UHT y fruta". **Folios 12 – Cuaderno de descargos.**

- "Efectivamente el día sábado, se tenían las minutas establecidas con anterioridad, y el día domingo, se ensambla la hamburguesa sin la carne y en el empaque se pone pan con queso, inicialmente se tiene la concepción de que no hay dolo ni ánimo de engañar, simplemente no se despacha la carne y marcan el producto pan con queso". Folio 243. Audiencia Pública del 03 de octubre de 2019.

- En audiencia pública 03 de octubre de 2019 a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), manifiesta el señor Andrés Jaramillo representante de Nutriser, lo siguiente sobre el link de gestión de novedades, enviado el 29 de julio de 2019 a las 5.30 de la tarde, solicitando autorización a la interventoría de cambio de menú:

"Ese mismo día se puso la solicitud a la interventoría de la autorización, el interventor durante ese día hizo toda la revisión que se hace posterior al despacho.

¿Se le pregunta a que plataforma de novedades se refiere y que si traen para entregar la trazabilidad a la que se refiere?

Indica que van a entregar toda la trazabilidad, que ese es el mecanismo de comunicación del operador con la alcaldía y la interventoría, esa es la plataforma por donde las tres entidades se comunican.

Es la plataforma donde se montan los pedidos, las autorizaciones, a la vez las aprueban y por donde se hace toda la comunicación, esa es la plataforma, y ahí queda la trazabilidad, entonces no entiende como la interventoría dice una cosa, sabiendo que todas las partes tienen la trazabilidad del mismo, no entiende ni como lo hacen ni porque lo hacen, si se tiene la evidencia de lo que pasó.

- Leidy Tatiana Laverde Rico, declara lo siguiente en Audiencia Pública del 18 de octubre de 2019: **"PREGUNTA:** ¿Infórmele al Despacho de manera concreta y sucinta, En qué momento (fecha, hora y lugar) como jefe de calidad de planta conoció usted el resultado preliminar del laboratorio Tecnimicro? Y que acciones se realizaron desde la operación cuando se conoció el resultado preliminar de laboratorio que daba cuenta del patógeno Listeria Monocytogenes **CONTESTÓ:** Fue el día viernes 26 de julio, entre las 11 o 12 del mediodía, cuando Tecnimicro a través de correo electrónico los notifica, a la UT con copia a la interventoría, es simultanea la notificación. De inmediato se citó a una junta de calidad, donde se llevó todo el equipo de trabajo para evaluar los resultados y gravedad del patógeno, en la cual se evaluaron consecuencias, riesgos, y otras opciones para la atención de los usuarios y que no se vieran afectados, **y la evaluación nutricional de lo que se iba a dar en reemplazo** ante mi ética profesional, dentro de sus conocimientos microbiológicos, el patógeno listeria no se trataba de un microrganismo cualquiera por ende no estaba de acuerdo en la distribución de este producto contaminado". **Folio 229. Audiencia pública 18 de octubre de 2019. Negrilla y subraya fuera de texto.**

"**PREGUNTA:** ¿Infórmele al Despacho de manera concreta y sucinta, Menciona ud que el 29 de julio la decisión tomada en la junta de calidad, quienes conforman la junta y a quienes informaron la decisión tomada? **CONTESTÓ:** Yo la socialice con: Edilson Quintero, interventor de planta, por parte del consorcio interventor, con la finalidad de que él nos diera la directriz mediante comunicación con la interventoría si aprobaba o no este cambio, y así tener tiempo de reaccionar, la junta de calidad está conformada por un administrador de planta, Juan Carlos Moreno. Tres supervisores de ensamble, Una directora de calidad. La administradora del programa PAE. La representante legal. El gerente.
PREGUNTA: ¿Infórmele al Despacho de manera concreta y sucinta, Las personas que conforman la junta de calidad son vinculadas a la UT o hay personas externas? CONTESTÓ: Todos hacen parte de la UT y de Nutriser". **Folio 230. Audiencia Pública del 18 de octubre de 2019. Cuaderno 2-3.**

- En ejercicio del Derecho de defensa el contratista, en audiencia virtual del día 15 de julio de 2020 manifiesta:

"(...)

la minuta no se entregó ese día como la teníamos proyectada, pues todo hace parte de un caso de fuerza mayor, se presentó un patógeno altamente con las altas probabilidades de que se hubiera generado una tema de calamidad pública, un tema de intoxicación en todos los niños de la ciudad de Medellín.

Nosotros lo identificamos previo antes a la operación, ustedes tienen que entender que esto es una operación de 71.000 raciones, en la cual esto no es fácil salir de la noche a la mañana, es un tema muy complejo, producciones de muchas semanas anterior es un tema logístico demasiado grande, entonces cuando nosotros identificamos de que esa carne tenía ese problema, pues nosotros por fuerza mayor y pensando en los niños dijimos: esa carne de hamburguesa definitivamente, no puede salir.

Esa hamburguesa salía para el día lunes, eso se identificó viernes y sábado.

El día viernes en la tarde, sábado se iba hacer el ensamble, se decidió no ensamblar, pero no despachemos el lunes, pidamos el lunes autorización a la interventoría para poder despachar ...

Nosotros nunca hicimos nada que no hubiera estado autorizado por la interventoría, ésta hizo metrología al producto, están todos los formatos y todos los soportes de la revisión, el interventor de planta revisó nuestro producto nos lo autorizó y al otro día le dio salida a las 6:00 de la mañana que salen los carros él interventor libero de planta, en persona, creo que fueron cómo mas 35 o 40 interventores de campo liberaron en cada uno de los de los colegios, o sea la interventoría sabía y autorizó la salida del producto es un tema de fuerza mayor y nunca pensamos en engañar a los niños, ni ganamos una carne de hamburguesa.

Entonces cuando la interventoría nos autoriza, nos autoriza en esas condiciones".

Fue un tema de fuerza mayor y estuvo autorizado por la interventoría, los niños no fueron desatendidos, entonces nosotros realmente no vemos lugar a ninguna sanción, prevalecía la salud de los niños, hicimos todo lo que humanamente".

- En ejercicio del Derecho de defensa el contratista, en audiencia virtual del día 17 de julio de 2020 se pronuncia sobre el documento de fecha 22 de octubre de 2019, elaborado por Claudia Ramírez, profesional universitaria en nutrición – equipo de Seguridad Alimentaria y Nutricional Secretaria de Inclusión y Familia y Derechos Humanos-Municipio de Medellín e indica:

"(...) no se llegó a ningún desbalance o atentado contra esa estabilidad nutricional que deben tener los niños beneficiados del programa.

(...) nunca ningún niño se quedó sin alimento, no hubo una desatención".

- *Se lee el aparte del documento firmado por el nutricionista David, allegado el 08 de octubre de 2019 por el contratista, que consta en el expediente, sobre el aporte nutricional del menú entregado:*

" (...) que me parece muy importante en nuestro derecho de contradicción, porque es importantísimo para nosotros demostrar y lo ratifica este profesional experto, si bien se presentó una contingencia y para ese momento hubo una variación del menú la UT PAE 2019 nunca realizó alguna acción, los productos o alimentos entregados por la UT nunca afectaron el proceso nutricional que deben tener los niños beneficiarios de nuestro programa durante toda la semana".

- En ejercicio del Derecho de defensa – la aseguradora Confianza, a través de su apoderada expresa:

"(...) para poder en algún momento hacer efectiva la póliza debe estar demostrada la existencia del hecho imputable al contratista y de acuerdo a lo que se observan en este caso concreto ha existido un debido cuidado y una debida atención por parte del mismo, al punto que, si ellos se salieron a producción y en efecto liberaron de planta los productos, contaban con una supervisión, revisión previa y una autorización por parte de la interventoría

y esta situación obviamente no se puede indilgar como una responsabilidad exclusiva o inminente por parte del contratista este aspecto es muy relevante en este proceso sancionatorio, en la medida que se considera de manera respetuosa que no existiría este hecho debidamente probado que ya indique que sea imputable al contratista y que se le haya generado pues un perjuicio como tal a la entidad, como consecuencia del mismo". Audiencia virtual del día 15 de julio de 2020.

"El cumplimiento del contrato por parte de la Unión temporal, en efecto como lo han señalado y lo han demostrado, dentro de este proceso sancionatorio ellos han cumplido a cabalidad las obligaciones derivadas del contrato y en razón a ello no existiría ningún fundamento para que se les imponga una sanción". Audiencia virtual del día 17 de julio de 2020.

ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO DE LA SECRETARIA.

Se precisa por el Despacho que para el día 26 de julio de 2019 hora: 11:41 a.m., siendo viernes, mediando tres días calendario (sábado, domingo, lunes) previos al 30 de julio de 2019, fecha última que tiene el contratista para el cumplimiento de sus obligaciones en la prestación del servicios de alimentación escolar - modalidad de Ración Industrializada; les fue notificado por el laboratorio de microbiología de Tecnimicro tanto al contratista citado como a la interventoría -existencia de patógeno LISTERIA MONOCYTOGENES que pone en riesgo las condiciones sanitarias y de inocuidad de los productos cárnicos- lo que motiva la no entrega del producto carne de res precocida.

Se aportó al proceso concepto técnico científico que recomienda en aras de garantizar la salud e integridad de los usuarios del PAE: "*Como acción correctiva y preventiva, es importante, abstenerse de utilizar los productos suministrados por este proveedor hasta que se demuestre la erradicación y el control del patógeno detectado (Listeria Monocytogenes) con el fin de garantizar la inocuidad de los productos suministrados y ensamblados por la empresa (UTPAE 2019) y así proteger la salud de los consumidores, en relación con este microorganismo específico". Folio 8 - Cuadernos de Descargos.*

La jefe de calidad en audiencia del 18 de octubre de 2019 "(...) y no sería viable negar la importancia del concepto emitido, si lo que se está probando con este es la gravedad que representa para la salud de los menores el posible consumo de un alimento con presencia de patógenos como la Listeria, el cual es un hecho cierto y probado que se encontraba en la planta de Ahumados Toto". Folio 310 - Cuadernos de Descargos.

En cuanto a las acciones adelantadas por el contratista para el cumplimiento del objeto entre el 26 de julio y 29 de julio de 2019:

* Acta Comité extraordinario de calidad del 26 de julio, en el cual se expresa esperan directrices de despacho, sólo se dio a conocer a la interventoría en fecha posterior al 30 de julio de 2019 y ante el requerimiento de ésta. **Folio 157. Cuaderno 2.**

* El concepto técnico sobre las características del patógeno LISTERIA MONOCYTOGENES presente según resultado de laboratorio de Tecnimicro con control No.481019, emitido por la Bacterióloga Claudia Elena Vargas. Este informe lo recibe la interventoría el día 02 de agosto de 2019. **Folios 166. Cuaderno 2. Folios 9 – Cuaderno de descargos.**

*El contratista solicita cambio de menú S1M2 previsto en el ciclo de menú Anexo A para el día 30 de julio de 2019, lo cual fue comunicado a la interventoría el día 29 de julio de 2019 en horas de la mañana en forma verbal y por escrito la solicitud en el Sistema de Gestión de Novedades a las 5:30 p.m. **Folios 12-13-14. Cuaderno de Descargos.**

Además, evidenció el Despacho, que en virtud del contrato N° 4600080736 de 2019 entre la Secretaría de Suministros y Servicios del Municipio de Medellín en calidad de contratante y el CONSORCIO INTERVENTOR PAE 2019 en calidad de contratista, con objeto "Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera, Ambiental y Legal al contrato de prestación de servicios para la atención alimentaria a población escolar", el área administrativa del CONSORCIO INTERVENTOR PAE, está en la obligación de:

"67. Permitir a la supervisión del contrato el acceso permanente al sistema de información, software o herramienta informática ***implementado por la interventoría para la ejecución del contrato"***.

Conforme a lo anterior, la interventoría socializó con el contratista citado al inicio del contrato, una plataforma para el reporte de las novedades, a través de un link de gestión

de novedades, a que se hace alusión en el presente hecho, prueba de ello es lo manifestado por el contratista UT PAE 2019 en audiencia pública del 03 de octubre de 2019 a través del señor Andrés Jaramillo representante de Nutriser, sobre el link de gestión de novedades:

> *"Ese mismo día se puso la solicitud a la interventoría de la autorización, el interventor durante ese día hizo toda la revisión que se hace posterior al despacho.*
>
> *¿Se le pregunta a que plataforma de novedades se refiere y que si traen para entregar la trazabilidad a la que se refiere?*
>
> *Indica que van a entregar toda la trazabilidad, **que ese es el mecanismo de comunicación del operador con la alcaldía y la interventoría, esa es la plataforma por donde las tres entidades se comunican.***
>
> *Es la plataforma donde se montan los pedidos, las autorizaciones, a la vez las aprueban y por donde se hace toda la comunicación, esa es la plataforma, y ahí queda la trazabilidad, entonces no entiende como la interventoría dice una cosa, sabiendo que todas las partes tienen la trazabilidad del mismo, no entiende ni como lo hacen ni porque lo hacen, si se tiene la evidencia de lo que pasó". Negrilla y subraya fuera de texto.*

- De igual forma el CONSORCIO INTERVENTOR manifiesta en el informe de solicitud de inicio de proceso administrativo sancionatorio: *"La interventoría, realizó socialización.a los contratistas el día 13/05/2019 en las instalaciones del ESAN de los tiempos de respuesta y funcionamiento del Sistema de Gestión de Novedades; en el cual se expuso el tiempo mínimo de análisis para respuesta que era dos (2) horas, tiempo el cual siendo las 5:30 pm. que fue la solicitud del contratista el 29/07/2019, NO CUMPLIA con los tiempos del proceso • ya socializado en presencia de estos y del ESAN. A dicha socialización, asistió la funcionaria del contratista".*

> *"OBJETO. Socializar el procedimiento para diligenciar las notificaciones, autorizaciones, hallazgos, situaciones de alerta y PORS instauradas por los interventores de campo, planta, comunidad educativa y contratistas".*

Ante los hechos y las pruebas, considera el Ordenador del Gasto no hay evidencia de una comunicación en términos de oportunidad con la interventoría, la cual debió ser inmediata al conocimiento de la existencia del patógeno, desde el día 26 de julio de 2019, para garantizar una solución eficaz y acorde al objeto contractual, mediante el cruce de información y/o documentación que sobre los hechos se generara, y no esperar hasta el 29 de julio a las 7:00 a.m. para solicitar en forma verbal y sin previo reporte por escrito en el Sistema de Gestión de Novedad la notificación o autorización de cambio en el menú, lo cual sólo realiza a las 5:30 de la tarde, lo que prueba un actuar tardío del contratista, lo anterior, se concluye más aún, mediante el procedimiento señalado *en el marco del proceso contractual de la referencia*, especificaciones técnicas Numeral 2. LOTE 3: RACION INDUSTRIALIZADA Y COMPLEMENTO VASO DE LECHE. Numeral 2.3. CICLOS DE MENÚ, ante eventos de solicitud o notificación de cambio menú. Cuaderno 1. Folio 77.

HECHOS: 1.3-1.5-1.8-1.16-1.17.

LA INTERVENTORIA expresa:

"1.3 Posterior a la remisión del Informe Final del laboratorio a la interventoría y contratista, la profesional Enlace Técnico Luz Magdalena Ríos Arbeláez de la interventoría notifica el día 29/07/2019 a las 11:29 am. vía correo electrónico sobre la presencia del patógeno al contratista con el fin de que inicie las acciones respectivas de acuerdo a las especificaciones técnicas.

1.5 De acuerdo a la solicitud de autorización, la interventoría procedió a dar respuesta a la misma por el link de gestión de novedades el día 30/07/2019 a las 8:30 a.m., en el cual se le informa que teniendo en cuenta todos los cambios realizados en el menú S1M2 se estaría incumpliendo con el valor nutricional por lo que NO SE AUTORIZA la entrega del pan con queso para el día 30 de julio de 2019, además se informa que se procederá desde el área financiera a realizar el debido descuento.

1.8 El contratista en contra de las disposiciones del interventor ejecutor de planta, decide entregar el producto NO APROBADO.

1.16 La interventoría, realizó socialización a los contratistas el día 13/05/2019 en las instalaciones del ESAN de los tiempos de respuesta y funcionamiento del Sistema de Gestión de Novedades; en el cual se expuso el tiempo mínimo de análisis para respuesta que era dos (2) horas, tiempo el cual siendo las 5:30 pm. que fue la solicitud del contratista el 29/07/2019, NO CUMPLIA con los tiempos del proceso ya socializado en presencia de estos y del ESAN. A dicha socialización, asistió la funcionaria del contratista". **Folios 145-149. Cuaderno 2.**

Aporte probatorio del Contratista.

DESCARGOS.

- *"LUNES 29 DE JULIO DE 2019: Se le comunica a las 7:00 am al interventor de planta, Ingeniero EDILSON ARLEY QUINTERO YEPES, la devolución realizada el día 27 de julio de 2019 del producto torta de carne de res al proveedor Ahumados Toto, y se le solicita autorización para entregar el día 30 de julio de 2019 el menú S1M2 compuesto de pan, queso y salsa, leche saborizada UHT y fruta.*
  El ingeniero Quintero manifiesta que comunicará la autorización y la situación presentada con la planta de producción del proveedor, a su enlace Técnico Sra. Luz Magdalena Rios (...)".
  "Se procede a cumplir con el protocolo de publicación en la plataforma de la autorización ya otorgada por el interventor de planta, además se intenta comunicación telefónicamente con el enlace Liana Patricia Campo - Enlace N° 1 para certificarnos de la recepción de este último proceso realizado, no logrando que dicha funcionaria respondiera a las llamadas". Folio 12 – Cuaderno de descargos.
  "En conclusión, solo hasta las 8:36 am, se realizó por parte de la interventoría el cambio de estado de la autorización dada y pasa de estar en blanco (sin contenido alguno) a tener el registro de RECHAZADA, y es justo a esta hora cuando ya se había procedido a la recolección del producto ... ya se había procedido por decisión propia de la UT a realizar el cambio por minuta de contingencia y las raciones entregadas en la jornada de la mañana gozaban de la autorización y liberación tanto del interventor de planta como de los interventores de campo". Folio 15 – Cuaderno de Descargos.
- Constancia de seguimiento de novedades, la que registra la fecha 29/07/2019 "SELECCIONE EL TIPO DE NOVEDAD. AUTORIZACION; TIPO DE AUTORIZACION. CAMBIO DE. Folio 13 – Cuaderno de descargos.

- En ejercicio del Derecho de defensa el contratista, en audiencia virtual del día 17 de julio de 2020 , indico: "Lo más importante de todo es que estaba autorizado por la interventoria, se siguieron todos los protocolos que nosotros tenemos para pedir la autorización (...)

  se pidió la autorización con interventoría nunca actuamos de mala fe. Nunca hicimos lo que quisimos hacer que porque quisimos, no se afectaron los niños".

- En ejercicio del Derecho de defensa – la Aseguradora Confianza, a través de su apoderada expresa: "De acuerdo a lo que señalado por el contratista, ellos no actuaron solos, ellos actuaron debidamente autorizados por su interventoría, entonces esto muestra el cuidado y la diligencia con que han ejecutado y han llevado a buen término este contrato". *Audiencia virtual del día 17 de julio de 2020.*

ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO DE LA SECRETARIA.

Conforme las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia respecto del link de gestión de novedades el día 30/07/2019 a las 8:30 a.m., en el cual la interventoría informa NO SE AUTORIZA la entrega del pan con queso para el día 30 de julio de 2019, *es una novedad posterior y contradictoria* a la información recibida y comunicada al contratista **UT PAE 2019** el día 29 de julio de 2019 a través de la plataforma seguimiento de novedades, que

indica AUTORIZACION (Folio 13. Cuaderno de descargos), además de probarse en el proceso que para el día 29 de julio en horas de la mañana, la interventoría a través del interventor de planta tenía conocimiento de la solicitud del cambio en el menú y, además, el *29/07/2019 a las 11:29 a.m.* La interventoría a través de la profesional Enlace Técnico Luz Magdalena Ríos Arbeláez, confirma su conocimiento sobre la presencia del patógeno, además, da la directriz al contratista para que inicie las acciones respectivas de acuerdo a las especificaciones técnicas.

El contratista **UT PAE 2019** inicia desde el 29 de julio una serie de acciones ante la interventoría de comunicación o notificación de cambio en el menú, y prueba el contratista de estas en la trazabilidad que hace a la plataforma de Sistema de Gestión de Novedades se registra el 29 de julio de 2019 finalizando el día la autorización al cambio de menú, como se establece a Folio 13 - Cuaderno de descargos, además interventores planta y campo acompañaron la liberación del Despacho y entrega del menú en la mañana del 30 de julio de 2019.

HECHOS 1.6-1.7-1.8-.1.9-1.17

"1.6 Desde las acciones de interventoría en planta el profesional EDILSON ARLEY QUINTERO YEPES asignado a la planta de la UT PAE 2019, levanta hallazgo al inicio de su visita a las 3:30 am del 30/07/2019, donde se manifiesta que el producto NO ESTA AUTORIZADO para la entrega a los TD; esto, evidenciado en los formatos FOGESR- 1654 Acta de Visita de Supervisión en Planta o Bodega Seguridad Alimentaria y FO-GESR-1550 Reporte de Hallazgos - Seguridad Alimentaria.

1.7 Igualmente, dentro de las acciones realizadas por el interventor en mención, se levantan los formatos EVALUACIÓN DE CARACTERISTICAS DE LOS PRODUCTOS DE RACIÓN INDUSTRIALIZADA Y COMPLEMENTO VASO DE LECHE (PLANTA O BODEGA) y VERIFICACIÓN DE CONTRAMUESTRAS con sus respectivos formatos de observaciones FO-GESR-1551 Observaciones Generales - Seguridad Alimentaria; en el cual queda claramente expuesto que el producto "PAN - QUESO - SALSAS" tiene concepto de NO APROBADO por parte de la interventoría.

1.8 El contratista en contra de las disposiciones del interventor ejecutor de planta, decide entregar el producto NO APROBADO.

1.9 A pesar que la interventoría no autorizó el cambio de menú y en la visita de campo se dejó consignado expresamente esta no autorización, el contratista decidió hacer la entrega del menú S1M2, quedando evidenciado que este no cumplía con el aporte nutricional y características del anexo A.

1.17 Para la modalidad Ración Industrializada se diseñó un (1) ciclo menú compuesto por veinte (20) días en el cual se incluye variedad de preparaciones; dentro del cual no se evidencia o contempla el "PAN CON QUESO Y SALSA" como un producto para la distribución". **Folios 145-149. Cuaderno 2.**

Aporte probatorio del Contratista

- "3.1. Se entiende entonces, que la orden de no entregar se genera NO POR EL INTERVENTOR DE PLANTA SINO POR PARTE DEL ÁREA DE GESTIÓN DE NOVEDADES, siendo esta última área la encargada de manifestar a las 8 y 36 a.m. (tal y como se reconoce en la solicitud de inicio de proceso sancionatorio) el rechazo a dicha solicitud emanada del operador. A esta hora, los beneficiarios del programa ya habían consumido las raciones de la mañana y la UT PAE 2019 en ocasión a la inconformidad manifestada por la ESAN aproximadamente a las 8 y 30 a.m. en cumplimiento de sus políticas internas, ya había retirado de las IE el producto que se consumiría en la tarde (...)". En conclusión, solo hasta las 8:36 am, se realizó por parte de la interventoría el cambio de estado de la autorización dada y pasa de estar en blanco (sin contenido alguno) a tener el

registro de RECHAZADA, y es justo a esta hora cuando ya se había procedido a la recolección del producto...". Folio 15 – Cuaderno de descargos.

"3.3 "(...) Somos reiterativos que, ante la ausencia de direccionamiento por parte del ente interventor, la UT toma la decisión de recoger el producto que sería entregado en la jornada de la tarde y en su reemplazo entregar minuta de contingencia. En este proceso, de los **60.330 CUPOS ATENDIDOS, SE LOGRA EL CAMBIO DE 27.049 RACIONES POR UN MENU DE CONTINGENCIA ...".** Folio 15 – Cuaderno de descargos.

"4.3 El Formato FO- GE SR Reporte de Hallazgo — Seguridad Alimentaria y FO- GE SR Acta de visita de Supervisor de planta NO fueron entregados de manera física el 30 de julio de 2019, y para lograr conocer lo contenido en él se obliga a enviar una solicitud de información la cual fue resulta solo hasta un día después de la solicitud". Folio 17 – Cuaderno de descargos.

La jefe de calidad del contratista Leidy Tatiana Laverde Rico, en audiencia pública del 18 de octubre de 2019 manifiesta: "PREGUNTA: Infórmele al Despacho de manera concreta y sucinta, (A continuación, el Despacho pone de presente los folios 226 a 232) conoce Usted este formulario identificado con código FO – GE SR 1654, CONTESTÓ: Hasta el día primero de agosto lo viene a conocer, ya que desde el inicio de las labores de interventoría no se socializaba este tipo de formatos, simplemente el que contuviera observaciones o hallazgos. PREGUNTA: Infórmele al Despacho de manera concreta y sucinta, indique para que fines se usa el formulario que se le puso de presente CONTESTÓ: es un perfil de bodega que se llama formato de acta de visita o supervisión en planta o bodega. PREGUNTA: Infórmele al Despacho de manera concreta y sucinta, con cuantos tiempos de antelación se deben diligenciar y socializar los hallazgos de la interventoría con la UT. CONTESTÓ: Al finalizar la visita de la interventoría, que en caso del 30 de julio se socializó a las 3:30 pm". Folio 229. Audiencia Pública del 18 de octubre de 2019.

En cuanto al aporte nutricional.

En ejercicio del Derecho de defensa el contratista, en audiencia virtual del día 17 de julio de 2020 se pronuncia sobre el documento de fecha 22 de octubre de 2019 y manifiesta al despacho:

- *"Remitimos al Despacho nuevamente la justificación entregada el día 08 de octubre de 2019, en la cual se demuestra y se especifica por parte del nutricionista David Restrepo, nutricionista experto y con gran experiencia en en todos los programas alimentación escolar, en el que nos hace el recuento y nos hace el análisis de la minuta tanto del día 30 de julio de 2019 como de la semana completa de toda la ración industrializada que recibieron los beneficiarios del programa, especificamente los atendidos por el lote tres.*

  (...) porque es importantísimo para nosotros demostrar y lo ratifica este profesional experto, si bien se presentó una contingencia y para ese momento hubo una variación del menú la UT PAE 2019 nunca realizó alguna acción, los productos o alimentos entregados por la UT nunca afectaron el proceso nutricional que deben tener los niños beneficiarios de nuestro programa durante toda la semana".

- *"la minuta cumple, a pesar de que se presentó una contingencia y que no se pudo entregar la carne, nosotros entregamos otros productos durante la semana y como dice el nutricionista, nosotros estamos cumpliendo a nivel nutricional durante la semana. Realmente el Ministerio evalúa es el cumplimiento nutricional semanal.*

  (...)nosotros cumplimos con creces ese aporte nutricional o sea que tampoco hay ese desbalance nutricional".

ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO DE LA SECRETARIA.

El Despacho evidencia que el rechazo de la solicitud del cambio en el menú fue comunicado por parte de la interventoría el día 30 de julio de 2019, a las 8:30 a.m., cuando ya se había hecho la entrega en la prestación del servicio jornada de la mañana y el contratista actuó y liberó el Despacho del producto con conocimiento y autorización de la interventoría de planta y de campo. Lo anterior evidencia, que sólo para el día 30 de julio a las 8:30 la interventoría informa al contratista un rechazo de la solicitud de cambio de menú por la interventoría.

Respecto de los formatos de novedad y hallazgos en la entrega del producto, está probado fueron dados a conocer al contratista con posterioridad a la liberación del Despacho del

menú entregado en jornada de la mañana el día 30 de julio de 2019, lo cual no fue desvirtuado por la interventoría. Al respecto manifiesta el contratista en los Descargos:

"La interventoria envío el link de gestión de novedades el día 30/07/2019 a las 8:30 a.m., mediante el cual rechaza la solicitud de cambio de menú.
4.3 El formato FO- GE SR Reporte de Hallazgo — Seguridad Alimentaria y FO- GE SR Acta de visita de Supervisor de planta NO fueron entregados de manera física el 30 de julio de 2019, y para lograr conocer lo contenido en él se obliga a enviar una solicitud de información la cual fue resulta solo hasta un día después de la solicitud". **Folio 17 – Cuaderno de descargos.**

Se reitera que conforme las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia link de gestión de novedades el día 30/07/2019 a las 8:30 a.m., en el cual la interventoría informa NO SE AUTORIZA la entrega del pan con queso para el día 30 de julio de 2019, *es una novedad posterior y contradictoria* a la información recibida y comunicada al contratista el día 29 de julio de 2019 a través de la plataforma seguimiento de novedades, que indica AUTORIZACION, y que acompaño la liberación y entrega del menú en la jornada de la mañana a la población beneficiaria el 30 de julio. Anexo constancia de seguimiento de novedades, la que registra la fecha 29/07/2019 "SELECCIONE EL TIPO DE NOVEDAD. AUTORIZACION; TIPO DE AUTORIZACION. CAMBIO DE. *Folio 13 – Cuaderno de descargos.*

El contratista no actúo en contra de las disposiciones de la interventoría ya que antes del despacho del producto no había un rechazo a la solicitud, conforme pruebas obrantes en el proceso, relacionadas en el análisis de cada uno de los hechos, descargos y pruebas, no obstante, posteriormente a la entrega del producto a los beneficiarios del PAE recibe el contratista comunicación de la interventoría de rechazo a la solicitud, la cual fue anexada por el interventor en los hechos que relaciona.

Al respecto las especificaciones técnicas para este tipo de eventos de cambio en el menú le exigen al contratista notificar a la interventoría el cambio en el menú lo cual se entiende cumplido con la comunicación al interventor de campo, más aún cuando los demás enlaces e interventores de campo participaron en la liberación y entrega del menú, por no tratarse de modificación por parte del contratista de uno de los componentes del menú o un intercambio de alimentos respecto de la carne de res precocida, no requiere autorización de la interventoría, sino el cumplimiento del procedimiento a que hace referencia el Numeral 2.3 CICLO DE MENU, establecido en las especificaciones técnicas.

El contrato No. 4600080702 de 2019, cuyo objeto es: "*Prestación del servicio de atención alimentaria para el programa de alimentación escolar -PAE- lote 3 raciones industrializadas y vaso de leche*", contempla lo siguiente:

Obligación o compromiso N° 7: "El contratista debe cumplir con el ciclo de menú (Anexo A. ciclo de menú) definido para la modalidad, de atención en cada establecimiento educativo atendido; entregando los alimentos según la frecuencia establecida y garantizando la preparación de acuerdo al anexo E (guías de preparación). Si durante la ejecución del contrato se presentan situaciones que ameriten un cambio se debe notificar o solicitar la autorización según sea el caso. Las especificaciones técnicas contemplan las condiciones requeridas para el cumplimiento de esta obligación". Especificaciones Técnicas: ***Numeral 2.3. CICLOS DE MENÚ***

"En los casos en los cuales sea necesario realizar cambio de menú por presentarse inconvenientes con alguno de los alimentos que lo conforman tales como sobre maduración o no maduración de la fruta (en el caso de ración industrializada), inconvenientes con suministro de algún componente, entre otros, él contratista lo podrá realizar notificándole en forma inmediata por escrito el cambio a la supervisión o interventoría, explicando los motivos y el reemplazo a realizarse; en la modalidad de ración industrializada se debe remplazarse el menú completo (ejemplo: menú 1 se cambia por el menú 4 de la misma semana), a excepción del número de menú que corresponda al último día de la semana; con el fin de evitar pérdida de alimentos por cancelaciones extemporáneas. No se permite realizar, cambios de una sola preparación del menú con el fin de garantizar el aporte nutricional del mismo".

Del anterior numeral, el Despacho establece tres requisitos para entenderse debidamente realizada la notificación: 1. La facultad que tiene el contratista para hacer el cambio de menú tratándose de la modalidad de Ración Industrializada. 2. El contratista podrá realizar cambio notificándole en forma inmediata por escrito el cambio a la supervisión o interventoría, explicando los motivos y el reemplazo a realizarse; 3. En la modalidad de

ración industrializada se debe remplazarse el menú completo (ejemplo: menú 1 se cambia por el menú 4 de la misma semana), a excepción del número de menú que corresponda al último día de la semana; con el fin de evitar pérdida de alimentos por cancelaciones extemporáneas. No se permite realizar, cambios de una sola preparación del menú con el fin de garantizar el aporte nutricional del mismo.

De ahí que, para este caso específico, el cambio de menú para la modalidad de Ración Industrializada no está condicionada a la aprobación o autorización de la interventoría, sino al procedimiento señalado en las especificaciones técnicas. El Despacho, sobre este análisis se pronunciará en líneas siguientes al pronunciarse sobre el incumplimiento de la Obligación o compromiso N° 7, antes referidos y se hará referencia al aporte nutricional.

2. ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO DE LA SECRETARÍA – OBLIGACIONES O COMPROMISOS PRESUNTAMENTE INCUMPLIDOS.

"2. APARTES DE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS PRESUNTAMENTE INCUMPLIDOS

De conformidad con las circunstancias anteriormente descritas, se evidencia por parte de la Interventoría, que el actuar del contratista constituye un presunto incumplimiento al numeral **2. LOTE 3: RACION INDUSTRIALIZADA Y COMPLEMENTO VASO DE LECHE,** en el marco del proceso contractual de la referencia:

Numeral 2.3. CICLOS DE MENÚ

"(...) El contratista en cada establecimiento educativo atendido debe cumplir con el ciclo de menú definido para la modalidad (Anexo A ciclo de menú por tipo de complemento), garantizando la entrega estricta de las preparaciones y gramaje en las porciones definidas para los titulares de derecho, por cada uno de los ciclos en ambas modalidades. El contratista deberá publicar en cada uno de los espacios destinados para la prestación del servicio, en un lugar visible a toda la comunidad educativa, el ciclo de menú de 20 días (Anexo F) según tipo de complemento suministrado, así mismo debe reposar una copia del Anexo A al interior del área de distribución para el manejo de las distribuidoras de alimentos. El anexo A también incluye la lista de intercambio de los alimentos estipulados en el ciclo de menú, la cual se debe imprimir y mantener en el área de distribución; ***no obstante, cualquier cambio de alimentos basado en dicha lista de intercambio debe ser solicitado a la interventoría y/o supervisión (...).***

"En los casos en los cuales sea necesario realizar cambio de menú por presentarse inconvenientes con alguno de los alimentos que lo conforman tales como sobre maduración o no maduración de la fruta (en el caso de ración industrializada), inconvenientes con suministro de algún componente, entre otros, el contratista lo podrá realizar notificándole en forma inmediata por escrito el cambio a la supervisión o interventoría, explicando los motivos y el reemplazo a realizarse; en la modalidad de ***ración industrializada se debe remplazarse el menú completo*** *(ejemplo: menú 1 se cambia por el menú 4 de la misma semana), a excepción del número de menú que corresponda al último día de la semana; con el fin de evitar pérdida de alimentos por cancelaciones extemporáneas.* ***No se permite realizar, cambios de una sola preparación del menú con el fin de garantizar el aporte nutricional del mismo".*** *Negrita y subraya fuera de texto original.*

Es claro, que al ser la modificación de uno de los componentes del menú este debía ser aprobado por la supervisión y/o interventoría, teniendo en cuenta que las especificaciones, son claras y excluyentes, en términos de que solo aplican notificaciones para el cambio TOTAL del menú.

3. OBLIGACIONES O COMPROMISOS. PRESUNTAMENTE INCUMPLIDOS

De conformidad con las circunstancias del numeral 1 del presente documento, se evidencia por parte de la Interventoría, que el actuar del contratista constituye un

presunto incumplimiento a las siguientes obligaciones o compromisos adquiridos por el Operador, en el marco del proceso contractual de la referencia:

Obligación o compromiso N° 7: "El contratista debe cumplir con el ciclo de menú (Anexo A. ciclo de menú) definido para la modalidad, de atención en cada establecimiento educativo atendido: entregando los alimentos según la frecuencia establecida y garantizando la preparación de acuerdo al anexo E (guías de preparación). Si durante la ejecución del contrato se presentan situaciones que ameriten un cambio se debe notificar o solicitar la autorización según sea el caso. Las especificaciones técnicas contemplan las condiciones requeridas para el cumplimiento de esta obligación".

Obligación o compromiso N° 14: "El contratista enmarcara la ejecución del Programa de Alimentación Escolar, bajo los lineamientos establecidos en la resolución 2674 de 2013, y las demás normas vigentes que le apliquen".

Obligación o compromiso N° 23: "Entregar a los establecimientos educativos los alimentos o complementos en los horarios establecidos y con las características descritas en las especificaciones técnicas".

Obligación o compromiso N° 46: Implementar todas las acciones requeridas para garantizar la prestación del servicio en forma permanente, con calidad, inocuidad y oportunidad en todos los establecimientos educativos donde el municipio de Medellín lo requiera y conforme a las especificaciones técnicas anexas a este contrato". Folios 147-148. Cuaderno 2.

El Despacho procede a realizar un análisis detallado conforme lo antes citado, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia gen

erada en torno al incumplimiento de las obligaciones pactadas y sus efectos, en las cuales se han establecido una serie de parámetros que se deben estudiar *ex – ante* para poder determinar la existencia o no del incumplimiento en la que pueda incurrir un contratista al momento de ejecutar sus obligaciones contractuales.

Es por esto que para que se estructure un incumplimiento del contrato, es necesario demostrar y acreditar:

"1. El incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía.

2. Que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad.

3. Que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento"[6].

Es así que, frente al tema el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera con consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, en sentencia del veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009) con Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552), estableció que:

> *"Ahora bien, sabido es que existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento".*

[6] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Es por ello que, una vez verificado los requisitos arriba expuestos, y para que se pueda declarar el incumplimiento contractual en los contratos que celebra la administración, es menester demostrar de igual manera que:

4. La parte que pide que se declare el incumplimiento debe demostrar que la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones es imputable a la otra parte. Así, una entidad pública no puede alegar incumplimiento del contrato cuando una omisión suya es la razón por la que el contrato no se pueda ejecutar correctamente.
5. El incumplimiento debe ser grave, serio, determinante trascendente y de gran significación para el objeto contractual. De esta manera, por ejemplo, el retraso en el pago de una parte menor del anticipo no es suficiente para alterar la normal ejecución del negocio jurídico.
6. Ninguno de los contratantes debe estar en mora de cumplir lo pactado.

Además, de lo anterior, es necesario proceder, a indicar el Objeto del contrato N° 4600080702 de 2019, conforme tenor literal del encabezamiento del contrato, el cual expresa:

"**OBJETO.** Prestación del servicio de atención alimentaria para el programa de alimentación escolar PAE — LOTE 3: RACION INDUSTRIALIZADAS Y VASO DE LECHE". **Folio 9. Cuadernos 1.**

"**Descripción de la necesidad** que el Municipio de Medellín pretende satisfacer con la contratación de la Prestación del servicio de atención alimentaria para el programa de alimentación escolar PAE — Lote 2 Complementos tipo Almuerzo - RTI y vaso de leche...

En Colombia la situación de inseguridad alimentaria y nutricional de la población, está asociada con factores relacionados a las diferentes dimensiones que intervienen en el sistema alimentario y nutricional, como es: la disponibilidad y el acceso permanente a los alimentos que en gran manera está determinada por los medios económicos y las dotaciones con las cuales cuentan los hogares; el consumo de los alimentos y el aprovechamiento de los mismos...(...)

El Municipio de Medellín a través de la Secretaría de Inclusión Social Familia y Derechos Humanos, dentro del Programa de Alimentación Escolar, desarrolla los proyectos de Restaurantes Escolares para la Infancia y la Adolescencia y Vaso de Leche Escolar. Ambos proyectos se ejecutan en las sedes educativas oficiales y de cobertura del Municipio de Medellín (comunas y corregimientos), con el objetivo de contribuir a mejorar el desempeño académico, la asistencia regular y promover la formación de hábitos alimentarios saludables en la población escolar, con la participación activa de la familia y de la comunidad educativa.

Con el fin de garantizar el cumplimiento del objetivo propuesto, se requiere la implementación de acciones de complementación alimentaria, para 222.481 escolares mediante el suministro de una ración diaria en las modalidades de complemento am/pm, complemento tipo almuerzo, ración industrializada y del vaso de leche.

"El Programa de Alimentación Escolar dentro de sus objetivos integrales a nivel mundial contempla objetivos educativos, de salud y desarrollo de cadenas productivas (...)

En efecto, la nutrición y la educación interactúan de manera estrecha: un mayor nivel de educación aumenta las oportunidades de lograr mejores condiciones de vida, lo que a su vez puede beneficiar la salud y la nutrición. En este contexto, es de suma importancia resaltar la oportunidad que representa la ingesta (...)

Existen estudios que indican que la alimentación escolar puede mejorar la función cognitiva de las niñas y niños al compensar los efectos mencionados, siendo más efectiva en aquellos que ya están desnutridos.

*En el programa de alimentación escolar se ofrecen varios tipos de complementos alimentarios así: complemento alimentario jornada mañana, complemento alimentario jornada tarde, complemento tipo almuerzo y el complemento Vaso de Leche Escolar. Dichos complementos se ofrecen según la modalidad de ración preparada en sitio o **ración industrializada.***

*La modalidad de ración Industrializada, principalmente, es asignada en aquellos establecimientos educativos que no cuentan con la infraestructura adecuada para la preparación de los alimentos directamente en las instalaciones del comedor escolar o carecen de este. Estos establecimientos deben contar como mínimo con un espacio independiente y equipo de frío adecuado, de acuerdo a los cupos asignados, para almacenar, distribuir y realizar el consumo de la ración industrializada. Para la ejecución de esta modalidad de atención, el Municipio de Medellín a través de un contratista, suministra diariamente a las I.E, los alimentos listos para el consumo". **Folio 16 a la 19. Estudios previos.***

"Especificaciones esenciales:

VER ANEXO CON LAS ESPECIFICACIONES TECNICAS.** (...)" **Folio 12.

Estableciendo el anterior *marco del proceso contractual de la referencia, p*ara el caso específico que nos ocupa, el Despacho considera que, de acuerdo al análisis de los hechos, descargos y el acervo probatorio, se analiza que el hecho externo "presencia del patógeno denominado LISTERIA MONOCYTOGENES" en la planta de Ahumados Toto proveedor del contratista, comunicado por el laboratorio Tecnimicro el día 26 de julio de 2019 mediante informe parcial y confirmado el 29 de julio en horas de la mañana por laboratorio Tecnimicro y de acuerdo a conceptos científicos allegados por el contratista como anexo en los descargos, constituye prueba de la existencia de una circunstancia ajena al contratista, que pone en riesgo las condiciones sanitarias y la inocuidad de los alimentos carne de res precocida que hace parte del menú señalado para el 30 de julio de 2019, por consiguiente es de recibo para el Despacho la decisión de no entregar la torta carne de res precocida, señalada en el Anexo A ciclo de menú S1M2 *para la modalidad* Ración Industrializada *R.I, correspondiente a hamburguesa de carne de res. Y por ende dirigió comunicación a las Instituciones Educativas informando dicha situación y la entrega de un menú diferente el cual constaba de pan con queso y salsa, leche entera y fruta.* **Folios 8. Cuaderno 1. Folio 171-202-203. Folio Cuaderno 178-219. Cuaderno de Descargos.**

La Obligación contractual o compromiso N° 46 del contrato hace referencia a garantizar la prestación del servicio en forma permanente, con calidad, inocuidad y la obligación 13 (Folio 11 Carpeta 1) en la cual entre otros aspectos hace referencia a que "...el contratista deberá tomar las medidas correctivas y preventivas pertinentes cuando las condiciones fisicoquímicas o microbiológicas lo exijan...", decidiendo no hacer la entrega del producto con riesgo de contaminación, sin desatender el servicio a esta población; prevaleciendo el derecho a la salud de los titulares de derechos.

- Así las cosas, la Secretaria de Suministros y Servicios acepta los argumentos esgrimidos por el contratista, en el sentido de proteger la salud de la población beneficiada del programa, se reitera que el entregar el menú hamburguesa con carne de res, cuando hay un inconveniente en el suministro del producto carne de res precocida -presencia de una bacteria-, genera y es previsible un riesgo de salud pública (salud, vida) de los beneficiarios del programa PAE, aproximadamente a 60.330 titulares de derecho, lo que pone en riesgo las condiciones sanitarias y de inocuidad del producto, en consecuencia, el contratista ante la obligación de atender el servicio de alimentación decide el cambio de menú, lo cual es una medida preventiva que permite cumplir la inocuidad de los alimentos. El contratista manifiesta:

"2. lo que se hizo fue prevenir una posible situación de salud pública ante la presencia de patógenos en otros productos manejados por el proveedor a la U.T. PAE 2019, razón por la cual no se puede predicar que los productos entregados no cumplían con las condiciones de inocuidad y calidad, pues como ya se indicó, la carne de hamburguesa nunca fue entregada.

3. La diligencia con que actuó la UT PAE 2019 para evitar un problema de salud pública, no lo puede hacer ver la interventoría como un incumplimiento a las obligaciones del contrato, pues es claro y así se puede demostrar que a la población objeto del programa se le suministró ración industrializada y no hubo desatención alguna como para predicar o pretender hacer ver que se nos tiene que sancionar para cumplir con nuestras obligaciones, ya que no se puede confundir un faltante en los componente de la ración a la desatención total o parcial en el programa". Folios 21.22. Cuaderno de Descargos.

- "(...) la minuta no se entregó ese día como la teníamos proyectada, pues todo hace parte de un caso de fuerza mayor, se presentó un patógeno altamente con las altas probabilidades de que se hubiera generado una tema de calamidad pública, un tema de intoxicación en todos los niños de la ciudad de Medellín.

Nosotros lo identificamos previo antes a la operación, ustedes tienen que entender que esto es una operación de 71.000 raciones, en la cual esto no es fácil salir de la noche a la mañana, es un tema muy complejo, producciones de muchas semanas anterior es un tema logístico demasiado grande, entonces cuando nosotros identificamos de que esa carne tenía ese problema, pues nosotros por fuerza mayor y pensando en los niños dijimos: esa carne de hamburguesa definitivamente, no puede salir.

Esa hamburguesa salía para el día lunes, eso se identificó viernes y sábado". Audiencia virtual del día 08 de julio a las 10:00 a.m.

El Contratista en sus descargos considera se le reprocha el no haber entregado la carne de res para el menú de Hamburguesa y por ello la interventoría pretende un presunto incumplimiento de sus obligaciones y especificaciones técnicas ciclo de menú S1M2 Anexo A.; para este Despacho, de acuerdo al informe de interventoría que dio inicio al presente proceso sancionatorio contractual, se entiende superado este hecho en el momento en que el contratista procede a cambiar el menú, como medida preventiva y se debe procede analizar si el menú entregado en cuanto al aporte nutricional esta soportado en un caso de fuerza mayor.

Continuando con las consideraciones, conforme los hechos y pruebas, está demostrado que el informe de solicitud de procedimiento sancionatorio aducido por la interventoría se centra es en el procedimiento de cambio de menú el cual no se reportó oportunamente en el sistema de gestión de novedades, además, el menú pan de hamburguesa, queso, salsas, leche saborizada y fruta entregado el 30 de julio de 2019 no cumple las especificaciones técnicas señaladas en el numeral 2.3 Ciclos de menú, como el aporte nutricional exigido conforme los documentos contractuales.

*En consecuencia procede el Despacho a verificar a la luz del expediente:

Si la atención alimentaria en la modalidad de Ración Industrializada, ejecutada por el contratista el día 30 de julio de 2019, en razón del contrato N° 4600080702 de 2019 cumple con el alcance del objeto del contrato y las obligaciones o compromisos N° 7, 14, 23 y 46 respecto de la atención en el ciclo de menú conforme la modalidad de atención Anexo A, prestación del servicio y entrega de alimentos o complementos con las características descritas en las especificaciones técnicas, de acuerdo a la necesidad descrita en los estudios previos, o si por el contrario las acciones ejecutadas por el contratista *en el periodo comprendido entre el 26 y el 29 de julio de 2019, previos al 30 de julio de 2019, son o no suficientes para garantizar el cumplimiento del objeto contractual consistente en prestar el servicio de alimentación escolar el día 30 de julio de 2019, conforme las especificaciones esenciales y/o técnicas que son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para la UT PAE 2019.*

La interventoría aduce: "... que el actuar del contratista constituye un presunto incumplimiento al numeral **2. LOTE 3: RACION INDUSTRIALIZADA Y COMPLEMENTO VASO DE LECHE,** en el marco del proceso contractual de la referencia... (...) Obligaciones 7,14,23 y 46...". Folios 147-148. Cuaderno 2.

La **Obligación o compromiso N° 7.** Expresa: "El contratista debe cumplir con el ciclo de menú (Anexo A. ciclo de menú) definido para la modalidad, de atención en cada establecimiento educativo atendido; (...) *Si durante la ejecución del contrato se presentan situaciones que ameriten un cambio se debe notificar o solicitar la autorización según sea el caso. Las especificaciones técnicas contemplan las condiciones requeridas para el cumplimiento de esta obligación". Negrilla y Subraya fuera de texto.*

"2. LOTE 3: RACION INDUSTRIALIZADA Y COMPLEMENTO VASO DE LECHE, *en el marco del proceso contractual de la referencia:*

Numeral 2.3. CICLOS DE MENÚ

"En los casos en los cuales sea necesario realizar cambio de menú por presentarse inconvenientes con alguno de los alimentos que lo conforman tales como sobre maduración o no maduración de la fruta (en el caso de ración industrializada), inconvenientes con suministro de algún componente, entre otros, el contratista lo podrá realizar notificándole en forma inmediata por escrito el cambio a la supervisión o interventoría, explicando los motivos y el reemplazo a realizarse; en la modalidad de ración industrializada se debe remplazarse el menú completo (ejemplo: menú 1 se cambia por el menú 4 de la misma semana), a excepción del número de menú que corresponda al último día de la semana; con el fin de evitar pérdida de alimentos por

cancelaciones extemporáneas. No se permite realizar, cambios de una sola preparación del menú con el fin de garantizar el aporte nutricional del mismo".

Este numeral contempla:

1.La facultad que tiene el contratista para hacer el cambio de menú tratándose de la modalidad de Ración Industrializada.

2. El contratista podrá realizar cambio notificándole en forma inmediata por escrito el cambio a la supervisión o interventoría, explicando los motivos y el reemplazo a realizarse;

3. En la modalidad de ración industrializada se debe remplazarse el menú completo (ejemplo: menú 1 se cambia por el menú 4 de la misma semana), a excepción del número de menú que corresponda al último día de la semana; con el fin de evitar pérdida de alimentos por cancelaciones extemporáneas. No se permite realizar, cambios de una sola preparación del menú con el fin de garantizar el aporte nutricional del mismo.

1. La facultad que tiene el contratista para hacer el cambio de menú tratándose de la modalidad de Ración Industrializada.

La interventoría en la solicitud de inicio de procedimiento administrativo sancionatorio manifiesta: "*Es claro, que al ser la modificación de uno de los componentes del menú este debía ser aprobado por la supervisión y/o interventoría, teniendo en cuenta que las especificaciones, son claras y excluyentes, en términos de que solo aplican notificaciones para el cambio TOTAL del menú".* Folio 147. Cuaderno 2.

Ante lo cual, el Despacho reitera que los hechos acaecidos en el periodo comprendido entre el 26 y 29 de julio de 2019 y el producto entregado el día 30 de julio de 2019, nos ubican ante un caso de cambio de menú, ya que los hechos del informe que soportan el presente procedimiento sancionatorio hacen referencia al menú pan, queso, salsas, leche saborizada y fruta, entregado por el contratista el día 30 de julio de 2019.

Desde el prealistamiento o ensamble del menú, los días previos a la entrega -sábado 27 y domingo 28 de julio- y conforme pruebas obrantes en el proceso, el contratista procedió a decidir y a realizar el servicio de alimentación en modalidad Ración Industrializada R.I mediante la entrega del menú pan con queso, salsas y leche saborizada de fresa o vainilla con fruta, es decir, como consta en los descargos presentados por el contratista, declaración en audiencia pública de la jefe de calidad Leydi Tatiana Laverde Rico, Edil son Quintero de la interventoría y comunicación a las Instituciones Educativas en la cual el contratista hace referencia a un *menú diferente*. Folios 17-214. Cuaderno de Descargos.

Audiencia virtual del día 08 de julio a las 10:00 a.m., el contratista manifiesta: *"(...) cuando nosotros identificamos de que esa carne tenía ese problema, pues nosotros por fuerza mayor y pensando en los niños dijimos; esa carne de hamburguesa definitivamente, no puede salir.*

Esa hamburguesa salía para el día lunes, eso se identificó viernes y sábado.

(...)

El día lunes nosotros solicitamos a la interventoría que nos den permiso de despachar se le dijo el problema que tuvimos al interventor de plata al señor Edilson él revisó el tema, reviso lo que íbamos a entregar el pan con el queso sin la carne en el centro".

No está probado dentro del expediente modificación por parte del contratista de uno de los componentes del menú o un intercambio de alimentos respecto de la carne de res precocida, lo que sí está probado es la solicitud, presentación y entrega de menú conformado por pan con queso, salsas y leche saborizada de fresa o vainilla, con fruta por la imposibilidad de entregar el menú HAMBURGUESA CARNE DE RES. De ahí que, para este caso específico, el cambio de menú para la modalidad de Ración Industrializada no está condicionada a la aprobación o autorización de la interventoría, sino al procedimiento señalado en las especificaciones técnicas.

2. El contratista podrá realizar cambio notificándole en forma inmediata por escrito el cambio a la supervisión o interventoría, explicando los motivos y el reemplazo a realizarse.

Durante los días 26,27 y 28 de julio el contratista manifiesta esperar directrices para la entrega del producto, toda vez que el laboratorio Tecnimicro también había comunicado simultáneamente a la interventoría por vía electrónica la existencia del patógeno, según obra en el expediente en el acta de comité extraordinario de calidad.

El cambio de menú: inicial hamburguesa carne de res señalado en el ciclo de menú Anexo A por menú pan con queso, salsas y leche saborizada de fresa o vainilla con fruta, entregada el día 30 de julio de 2019, fue notificada a la interventoría el día 29 de julio 2019 de forma verbal a través del interventor de planta Edilson Quintero y en la tarde por escrito a través de la plataforma de sistema de gestión de novedades, procedimiento previsto por la interventoría desde el 13 de mayo para notificar novedades, conforme pruebas obrantes en el expediente a Folios 2. Cuaderno 1. Folios 206 a 270 Cuaderno de Descargos. Folio 237 Declaración Edilson Quintero en audiencia pública del 31 de octubre de 2019.

El 26 de julio de 2019, el contratista tuvo conocimiento del inconveniente con el componente alimentario, según declaración de la jefe de calidad en Comité extraordinario de calidad se establece el menú a entregar. Los días 27 y 28 de julio hace el prealistamiento de alimentos del menú para ser entregado el 30 de julio de 2019. Durante los días 26,27 y 28 de julio el contratista manifiesta esperar directrices para la entrega del producto; 27 y 28 de julio proceso de ensamble del producto. Dice el contratista: *"Efectivamente el día sábado, se tenían las minutas establecidas con anterioridad, y el día domingo, se ensambla la hamburguesa sin la carne y en el empaque se pone pan con queso, inicialmente se tiene la concepción de que no hay dolo ni ánimo de engañar, simplemente no se despacha la carne y marcan el producto pan con queso". Folio 243. Audiencia Pública. Cuaderno 3.*

Audiencia virtual del día 08 de julio a las 10:00 a.m., el contratista manifiesta: *"(...) cuando nosotros identificamos de que esa carne tenía ese problema, pues nosotros por fuerza mayor y pensando en los niños dijimos: esa carne de hamburguesa definitivamente, no puede salir.*

Esa hamburguesa salía para el día lunes, eso se identificó viernes y sábado.

(...)

El día lunes nosotros solicitamos a la interventoría que nos den permiso de despachar se le dijo el problema que tuvimos al interventor de plata al señor Edilson él revisó el tema, reviso lo que íbamos a entregar el pan con el queso sin la carne en el centro".

Ante la situación que causa el cambio de menú y el menú que decide el contratista entregar, debe mediar un requerimiento inmediato y previo en tal sentido, y que se origine directamente del contratista a la interventoría, conforme a los hechos y las pruebas, no hay prueba que el contratista haya agotado ante la interventoría el procedimiento contemplado en el numeral 2.3 ciclos de menú, no hay prueba de la **inmediatez** y el escrito al contratista informando el cambio de menú explicando los motivos y el reemplazo a realizarse.

No hay evidencia que el contratista previo al prealistamiento del producto los días 27 y 28 de julio de 2019 haya comunicado a la interventoría el cambio de menú, lo que si hay prueba es que sólo para el 29 de julio de 2019 a las 7:00 a.m., inicia comunicación con la interventoría, a través del interventor de planta Ingeniero EDILSON ARLEY QUINTERO YEPES, con el fin de adelantar el procedimiento de notificación o autorización requerida para cumplir con el Despacho del producto para el día 30 de julio de 2019.

En audiencia pública mediante la cual Edilson Quintero es interrogado manifiesta: "PREGUNTADO: Informe al Despacho cual era el proceso para el ensamble de los menús y si usted estuvo presente en el ensamble del menú a entregar el 30 de julio. CONTESTO: mi horario de trabajo es de lunes a viernes, entro todo los días a las 3:30 am y no tengo hora fija de salida, puede oscilar entre 10:30 am, 11:30am, la salida del 30 de julio fue una situación especial, y como mi horario es de lunes a viernes, no estuve presente en la verificación del ensamble del producto porque lo realizaron el fin de semana". Folio 248. audiencia pública del 18 de octubre de 2019.

Ahora bien, si lo analizamos como un caso de autorización del cambio de menú, que es lo que el contratista manifiesta en su defensa agotó, igual inmediatez en la comunicación a la interventoría, se exige para obtener con oportunidad la respuesta, se reitera entre los días 26 al 28 de julio no hay un requerimiento del contratista en tal sentido, no obstante iniciarse el ensamble del menú. El contratista en todo momento debe agotar los recursos a su alcance, para comunicar al Interventor el estado de su gestión y éste a su vez determinará si lo ejecutado responde a los parámetros técnicos de la obra contratados, dicha exigencia,

se origina por el mismo vinculo coligacional negocial que existe entre ambos contratos, que a pesar de ser independientes, el de prestar el servicio de alimentación y el de interventoría, los vincula el deber de colaboración para cumplir los fines de la contratación estatal.

A la luz de las pruebas el envío por vía email del laboratorio Tecminicro a la interventoría sobre el informe parcial –existencia de una bacteria en la sede del proveedor que pone en riesgo las condiciones sanitarias del producto carne de res-, no se debe entender como la solicitud de cambio de menú, se concluye un actuar del operador UT PAE 2019 por decisión propia, no sólo por el contenido mismo de la solicitud, a través de la cual la gerencia comunica a la interventoría la decisión cambió de menú, sino también del análisis de los tiempos entre la notificación a la interventoría el día 29 de julio de 2019 y la entrega del menú el 30 de julio de 2019 (60.000 raciones de complemento alimentario), lo que permite establecer que el ensamble, empaque, rotulo del menú estaba dispuesto o había iniciado antes de la notificación a la interventoría. De igual forma, el Despacho no evidencia que la UT PAE 2019 haya agotado el proceso de reposición de alimentos, para este caso, la carne de res y así cumplir con el menú hamburguesa con carne de res, a través del suministro de la carne por otros proveedores, previamente aceptados por los actores del programa incluyendo la interventoría, agotando toda su capacidad de reacción para atender a satisfacción las obligaciones contractuales en la prestación del servicio de alimentación.

En consecuencia, una vez analizados los descargos realizados en audiencia, pruebas documentales aportadas, y escuchar los testimonios, se vislumbra que el contratista no cumplió con las condiciones previstas para el procedimiento exigido; el cual implica inmediatez y diligencia del contratista para comunicar solicitud de autorización o notificar el cambio de menú a la interventoría; su actuar fue tardío, al esperar hasta el 29 de julio de 2019 para adelantar el procedimiento de notificar o solicitar cambio de menú, cuando las circunstancias apremiantes de atención de 60.300 raciones, conforme el alcance del objeto del contrato le exigían un actuar inmediato prudente y no simplemente esperar.

Igualmente, conforme pruebas testimoniales de la jefe de calidad Tatiana y el interventor de planta Edilson, permiten concluir a partir de la línea de tiempos transcurrida entre el ensamble y rotulado de los productos a entregar a los titulares de derecho, con la fecha y hora de comunicación de la solicitud de cambio de menú el 29 de julio de 2019 en horas de la mañana, se evidencia que el menú pan, queso, salsas ya había iniciado su proceso de prealistamiento, ensamble, almacenamiento para su distribución desde antes de la notificación de cambio de menú, sin probar el contratista causal o hecho alguno que justifique una comunicación tardía del operador UT PAE 2019 con el Consorcio Interventor.

Esta inmediatez que exige las especificaciones técnicas es el que obedece a un actuar diligente que debe estar presente en toda acción del contratista en cumplimiento de los requisitos del contrato, precisamente para garantizar una correcta ejecución del contrato en lineamiento con la interventoría, la cual es la encargada de hacer vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones contractuales; en consecuencia, el contratista al no cumplir con el procedimiento de notificación inmediata, asume la responsabilidad en el menú entregado. Igualmente, se considera que humanamente les era posible comunicar oportunamente a los actores del programa la situación que presentaba el producto carne de hamburguesa, por lo tanto no es de recibo para el Despacho lo aducido por el contratista y la apoderada de la aseguradora cuando indican en audiencia virtual del día 15 y 17 de julio, al presentar parte su defensa frente a las pruebas:

- *Contratista: "Fue un tema de fuerza mayor y estuvo autorizado por la interventoría, entonces nosotros realmente no vemos lugar a ninguna sanción, prevalecía la salud de los niños, hicimos todo lo que humanamente se podía hacer".*
- *Aseguradora: "(…) de acuerdo a lo que se observan en este caso concreto ha existido un debido cuidado y una debida atención por parte del mismo".*
  de manera respetuosa, en nuestra calidad de garante solicitamos el cierre y archivo del presente proceso".

Entiende el Despacho y así lo manifestó el contratista en sus descargos, la diligencia con que actuó la UT PAE 2019, fue para evitar un problema de salud pública, al decidir no entregar la carne que presentaba el patógeno Listeria, situación que se enmarca dentro de un hecho de Fuerza Mayor, acaecido entre el 26 y 27 de julio de 2019 y por ende no hubo desatención de la población: "La diligencia con que actuó la UT PAE 2019 para evitar un problema de salud pública, no lo puede hacer ver la interventoría como un incumplimiento a las obligaciones del contrato, pues es claro y así se puede demostrar que a la población objeto

del programa se le suministró ración industrializada y no hubo desatención alguna como para predicar o pretender hacer ver que se nos tiene que sancionar para cumplir con nuestras obligaciones, ya que no se puede confundir un faltante en los componente de la ración a la desatención total o parcial en el programa". Folios 21.22. Cuaderno de Descargos.

Superado este hecho, se procede por el Despacho analizar si el contratista cumplió en forma diligente con todas las acciones contractuales vinculantes y a su alcance, para garantizar que el menú que entrego el 30 de julio de 2019 en horas de la mañana pan queso u salsas, si cumpliera con el aporte nutricional, lo cual según informe de Interventoría y concepto de la Unidad de seguridad Alimentaria no cumplió, se concluye:

La diligencia y cuidado, que para el caso específico se analiza en el presente proceso sancionatorio y que es relevante, es el cuidado y diligencia en el cumplimiento de las especificaciones técnicas del menú entregado el día 30 de julio de 2019, mediante un procedimiento pactado previamente entre las partes bajo el principio de Colaboración con todos los actores del programa.

En este orden de ideas, se evidencia por el Despacho que el contratista dadas las circunstancias conocidas el día 26 de julio de 2019, ocurridas con tres días de anticipación al 30 de julio, tuvo la oportunidad de ejercer desde el mismo 26 de julio actuaciones que le eran apremiantes para garantizar el cumplimiento del objeto del contrato en términos de calidad y satisfacción, que de haberlas ejecutado con diligencia y cuidado, no estuviéramos en presencia de este procedimiento sancionatorio, precisamente los fines de la administración, como es hacer cumplir con el objeto del contrato, prevén y regulan situaciones o contingencias que se pueden presentar, a las cuales las somete a procedimientos, las cuales deben acogerse, las partes, de lo contrario, sería dejarle al contratista el arbitrio de lo que a bien considere para cumplir la ejecución del contrato, además, exige una capacidad logística y financiera al contratista, de tal forma que reacciones ante eventos de contingencia debidamente y adelante todas las acciones a su alcance para cumplir con las obligaciones contractuales.

Lo anterior, dando respuesta a lo manifestado por el contratista en audiencia virtual del día 15 de julio a las 10:00 a.m.:

"(...) pero yo quiero que entren en conciencia de que ese día se pudo haber cumplido o no se puedo haber cumplir, lo importante es que los niños nunca se desatendieron, estaba autorizado por la interventoría y es un tema de fuerza mayor, no hay lugar a una sanción es un tema que a cualquiera nos hubiera pasado".

Igualmente la aseguradora, manifiesta: "El proceso sancionatorio debe cerrarse sin dar lugar a sanción, la entidad considera que presuntamente se incumplió un hecho del julio de 2019, nos llama la atención, que se le pretenda indilgar algún incumplimiento, cuando lo cierto es que en enero de este año, la entidad modifica el contrato, se suscribe una modificación y le adiciona recursos en más de 2000 millones, entonces, pues no entiende la aseguradora cual es esa debida diligencia que hace una entidad, si un contratista está presuntamente incumplido, pues el mayor cuidado que debería tener, es no otorgarle más dinero ni más recursos a un contrato, si en efecto este contratista fue incumplido, en ese sentido si llamamos mucho la atención de esta modificación que se suscribió y que en efecto si la entidad le otorgó más recursos al contratista es porque confía en su debida diligencia en su debido cuidado y en el debido cumplimiento de las obligaciones que éste ha adelantado durante su ejecución desde el momento en el que fue celebrado por tal razón y con fundamento en lo que se ha señalado y lo que el contratista ha expuesto, en la presente actuación".

Al respecto, se informa que el proceso administrativo sancionatorio en cumplimiento del Debido Proceso y la presunción de inocencia, para el mes de enero del presente año, cuando se dio las modificaciones al contrato, no hay decisión en firme, ni se ha declarado el incumplimiento del contrato, previamente probado falta de diligencia y cuidado imputable al contratista, en consecuencia, actuar en contravía, sería una arbitrariedad y violación al derecho de defensa del contratista, a quien se le debe respetar la presunción de inocencia y la Buena fe en su actuar y en cumplimiento de ello se *confía en su debida diligencia en su debido cuidado y en el debido cumplimiento de las obligaciones, hasta que no se demuestre lo contrario.*

Sobre el incumplimiento como un actuar tardío y negligente, la jurisprudencia ha señalado:

- *"(...) 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.

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.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.

"El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida[8]".

- *"(...) cuando existe dolo, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable".*

Lo anterior significa que si el acreedor prueba la culpa - que en este caso es un elemento esencial de su pretensión- el demandado no contará ya con ninguna defensa. Ahora bien, según se trate de obligaciones de medios o de resultado, la situación probatoria del deudor será distinta. De una parte, si la obligación es de resultado, tiene la posibilidad de demostrar que el incumplimiento si bien pudo haber existido, se produjo por causa de un hecho sobreviniente, imprevisible o irresistible, que le impidió cumplir en forma su obligación, es decir, que sobrevino un hecho de fuerza mayor o caso fortuito. También podrá demostrar que no pudo cumplir por causa de la conducta determinante del acreedor o incluso, de un tercero.

Si la obligación es de medios, también puede el demandado probar que el incumplimiento que se le endilga no existió por cuanto que su obrar fue diligente, cuidadoso y acucioso. Consistente en probar ausencia de culpa, demostrando que obró con toda la prudencia y la diligencia que el caso, dentro de circunstancias de modo, tiempo y lugar, lo exigían y lo permitían. (...)

El concepto de obligaciones de medio está íntimamente ligado a la culpa entendida subjetivamente, ya que para que haya incumplimiento se debe acreditar que se ha faltado al cuidado de un buen padre de familia. En otras palabras no opera la presunción de incumplimiento culpable. En cambio, frente a las obligaciones de resultado, el sólo incumplimiento de la prestación trae aparejada la responsabilidad civil, salvo acreditarse una causa extraña no imputable. Estas obligaciones se encuentran reguladas por un sistema objetivo de responsabilidad o subjetivo con presunción de incumplimiento culpable.

En nuestro sistema jurídico estos criterios se determinan conforme a la graduación de la culpa. Dicha graduación determina el criterio abstracto con el que comparar la conducta real del deudor.

(...)

El incumplimiento se presume culposo, pero el sistema es subjetivo, ya que la prueba esta invertida y el deudor para su exoneración debe de probar la carencia de culpa.

(...)

En nuestro sistema jurídico, a diferencia del Derecho comparado, la jurisprudencia no ha consagrado un concepto objetivo de culpa. El concepto objetivo de culpa ha desplazado en el Derecho comparado a la concepción subjetiva. De este modo en España existen una serie de casos en que la presunción no opera y en que se recurre a un concepto de culpa objetivo de creación doctrinaria y jurisprudencial (sentencia Tribunal Supremo de 30 de junio del 1952)5.

Igualmente, apoyándose en la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que para exonerarse de responsabilidad en el caso de las primeras "basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil)" mientras que en las segundas, "al presumirse la culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

Artículo 1604. Responsabilidad del deudor.

---

[8] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449).

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

en ciertos contratos el deudor sólo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia o diligencia. El contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta determinada, se compromete por lo menos a tratar de alcanzarla. Si un evento de fuerza mayor impide al deudor alcanzar la finalidad prevista, habrá ejecutado su obligación, puesto que por hipótesis su obligación es un comportamiento". La obligación es de medio el deudor se exonera de responsabilidad probando diligencia y cuidado, la responsabilidad se fundamenta en la culpa la obligación que se contrajo es de medio.

"En algunos contratos el deudor se compromete a procurar al acreedor un resultado determinado y preciso. La obligación de resultado es a veces denominada obligación determinada. El deudor de una obligación de resultado es condenado a indemnizar, si el hecho prometido no se produce. El contenido de la obligación parece ser el resultado mismo. Una carga de esta naturaleza supone evidentemente, que el deudor pone en movimiento todos los medios para obtener el resultado, pero estos por sí solos no se toman en consideración". a obligación es de resultado, éste deberá probar una causa extraña responde a título objetivo la obligación incumplida es de resultado.

Cuando hablamos de culpa grave nos referimos a que no se empleó el debido cuidado en la labor que se ejecutaba o en el negocio ajeno que se encomendó, es decir, que no se empleó el cuidado que aun las personas negligentes emplearían. Esta clase de culpa el código civil la denomina dolo pues se hace con intención. Falta de esmerada diligencia que debería emplear un hombre en el cuidado de sus negocios aquí encontramos la culpa levísima. Respecto a la culpa la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:[9]".

- *"Se ha dicho que hay responsabilidad civil subjetiva cuando el análisis de la conducta desplegada por el deudor es esencial para determinar si hay o no incumplimiento, y por ende, responsabilidad. En este sentido, "la culpa en materia contractual designa el juicio de reproche que se hace a la conducta de un sujeto que ha incumplido, para determinar si ese incumplimiento puede serle imputable. El juicio de reproche, entonces, hace referencia a un modelo de comportamiento previamente establecido. Se habla de diligencia, siendo esta la expresión positiva de la "culpa-negligencia". La doctrina ha considerado la culpa y la diligencia como dos caras de la misma moneda; no obstante, la diligencia es "un concepto relativo, pues su definición requiere siempre de un punto de referencia que le de contenido, variable de acuerdo con la época y con las circunstancias, pero siempre con una gran carga de sentido común.*

  Teniendo en cuenta lo previamente mencionado, es posible afirmar que además del retardo, en la obligación de medios, y el no cumplimiento (exacto) de la conducta debida, la culpa es una más de las formas de incumplir una obligación. Para las demás obligaciones, esto en las obligaciones de resultado, el inexacto cumplimiento "se establece con relación al propio contenido de su prestación (que no es nunca una mera conducta diligente del deudor)"[10].

- *Son entonces obligaciones de medio aquellas donde "el deudor solamente ha de poner la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza[11]", es decir que el deudor se libera desplegando una actividad diligente la cual está encaminada a la consecución de un fin, sin que la realización de este último sea parte de la obligación. Por contraposición, son obligaciones de resultado aquellas en donde "... el deudor se compromete a producir un resultado en favor del acreedor. Si ese resultado no aparece habrá incumplimiento[12]".*

- *"Como opuesto al cumplimiento, pues, existe entonces el incumplimiento y de este último se deriva un juicio de responsabilidad. Para ello, habrá que tener en cuenta como primer elemento la diligencia, la cual puede ser vista desde dos puntos de vista, esto es como el elemento de cumplimiento en aquellas obligaciones de medio donde la prestación consiste en desplegar una conducta diligente y como criterio general de imputabilidad para todas las obligaciones. En el primer caso, este es las obligaciones de medios, la diligencia es un criterio positivo, de exacto cumplimiento. Cuando la conducta desplegada no se ajusta a la debida diligencia hay entonces lugar a hablar de la culpa-negligencia, siendo este el criterio negativo o la contra cara de la diligencia y una forma concreta de infracción de las obligaciones de medios[13]".*

- *"(...) los conceptos y las realidades de cumplimiento y de incumplimiento: el primero, ya se dijo, consistente en la conducta conforme a derecho; el segundo, en la inversa: la conducta contraria a derecho, la insatisfacción del acreedor por hecho o culpa del deudor o por acontecimiento extraño o propio aunque no culposo, mas sí asumido por el deudor dentro de sus riesgos, ya por mandamiento legal, ya por estipulación negocial (art. 1616 c.c. [inc. final]).*

  En las obligaciones de medios, el deudor tiene el deber de ajustar su conducta de modo de propiciar la obtención de un logro por parte del acreedor, benéfico para este, sin comprometerse a él; o sea que, como la denominación lo indica, ha de poner al servicio del acreedor los medios, pero sin asumir el resultado apetecido. Aquí la carga de

---

9.http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/13-09-20178500123310002003620
10 CORTÉS, Edgar. Op. Cit., p. 84.
11 OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, 2008. p. 26.
12 TAMAYO, LOMBANA, Alberto. Op. Cit., p. 16.
13 El incumplimiento como presupuesto de la responsabilidad civil contractual en Latinoamérica. Catalina Giraldo Botero Daniel Restrepo Soto. Investigación. 2013.

la prueba del cumplimiento y el incumplimiento se distribuye, de modo que, no pudiéndose partir del supuesto de que el deudor incumplió por la mera circunstancia de que el acreedor no obtuvo el resultado deseable y deseado, el incumplimiento solo es predicable cuando aparece que el deudor no dispuso los medios adecuados, de conformidad con lo que le era exigible, dados los antecedentes del título y las condiciones de hecho dentro de las cuales se desenvuelve la relación. No puede, tampoco, el deudor considerarse a salvo de responsabilidad en tanto el acreedor no le demuestre la inidoneidad de su conducta, y ha de tomar la iniciativa de acreditar la corrección de aquella.

En las obligaciones de resultado el deudor asume el deber de un logro determinado, que, naturalmente, presupone el empleo de medios apropiados, pero que agrega la finalidad misma. De ahí la posibilidad de que el acreedor objete la calidad, procedencia o pertinencia de los medios, preventivamente, sin que el deudor pueda replicarle que mientras no se frustre el resultado en nada se afecta (tal el caso del transporte de mercancías especialmente sensibles a la humedad o al calor, que exige un medio de transporte apropiado).

Acá basta la afirmación del acreedor de no haber sido satisfecho para imponerle al deudor la carga de probar su cumplimiento o de justificar su no cumplimiento, so pena de responder por la indemnización de los perjuicios sufridos por tal motivo por el acreedor. La aseveración de incumplimiento permite respuesta de inocencia, por ausencia de culpa, o de no participación, por la presencia de un elemento extraño, en todos aquellos casos en los cuales el riesgo es de cuenta del acreedor, y excluye cualquiera justificación o explicación cuando el riesgo es de cuenta del deudor.

En fin, en las obligaciones positivas, como también en las obligaciones negativas, independientemente del deber del deudor de hacer el pago completo (art. 1649 c.c.), puede darse el incumplimiento total, como también el incumplimiento parcial, entendiéndose por total no solo el que físicamente tenga esa magnitud, sino aquel de proporciones inferiores, pero que afecte íntegro el interés del acreedor (arts. 1648 y 1543 c.c.). Y en las obligaciones de hacer se tiene la variedad en las formas de incumplimiento consistente en la no ejecución en la forma debida (non rite adimpleti contractus), *a partir de la inconformidad del acreedor con el comportamiento del deudor que no actuó como debía: no ejecutó la conducta adecuada[14]".*

- *"No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlo, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe[15]".*

- *"Últimamente hemos afirmado que los actos jurídicos y las obligaciones, en general, deben ser cumplidos de buena fe, es decir, lealmente, con la intención positiva de realizar la finalidad social y jurídica a que obedecen. Más esto no es suficiente. A las buenas intenciones hay que agregar algo más prudencia, diligencia, cuidado en la ejecución de lo debido, pues dicha finalidad no solo puede frustrarse porque el deudor abrigue el ánimo dañado de incumplir, sino también porque culposamente deje de poner los medios adecuados, bien sea por torpeza, bien por negligencia o descuido. Por tanto, el cumplimiento de los actos jurídicos y de las obligaciones exige rectitud u honestidad en la intención y, además, requiere prudencia, diligencia y cuidado en la ejecución. Tales son los principios generales al respecto[16]".*

- *"El incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones contraídas por las partes de un negocio jurídico constituyen circunstancias en virtud de las cuales se irrogan perjuicios al acreedor de la prestación insatisfecha o cumplida con retraso, ora por razón de los bienes que efectivamente salen del patrimonio del afectado o de la pérdida que se produce de manera inmediata —daño emergente—, ora en atención a que existe una ganancia o provecho que deja de ingresar al peculio del perjudicado, elementos éstos del perjuicio que también concurren cuando la incumplida es la obligación consistente en pagar una suma de dinero[17]"*

3. **En la modalidad de ración industrializada debe remplazarse el menú completo (ejemplo: menú 1 se cambia por el menú 4 de la misma semana), a excepción del número de menú que corresponda al último día de la semana; con el fin de evitar pérdida de alimentos por cancelaciones extemporáneas. No se permite realizar, cambios de una sola preparación del menú con el fin de garantizar el aporte nutricional del mismo.**

Conforme el anexo A ciclo de menú, menú Hamburguesa carne de res previsto para el 30 de julio, día martes, corresponde al menú N° 2, es decir, no corresponde al último día de la semana, por lo tanto el contratista debía entregar otro menú de la semana, de acuerdo al ejemplo señalado en la especificación técnicas **Numeral 2.3. CICLOS DE MENÚ**, menús que constan en el Anexo A ciclo de menú, el cual es la guía y norma

[14] Fernando Hinestrosa. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones.
15 Sentencia T-547/07. Corte Constitucional.
16 Postulado de la Diligencia.
17 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05591-01(17851).

vinculante de cómo se debe proceder para el caso concreto, por el contrario, se evidencia conforme pruebas obrantes en el proceso que para el 30 de julio en la jornada de la mañana el contratista entregó un menú compuesto por pan con queso y salsas, leche saborizada y fruta, el cual no está contemplado como menú en el anexo A ciclo de menú, ni en la variedad de preparaciones que para la modalidad Ración Industrializada está diseñado, compuesto por veinte (20) días en el cual se incluye variedad de preparaciones.

- **No se permite realizar, cambios de una sola preparación del menú con el fin de garantizar el aporte nutricional del mismo.**

Ahora bien, **¿Cuál es el aporte nutricional que se le exigía cumplir al contratista en la atención alimentaria a la población escolar el día 30 de julio de 2019?** Se procede analizar el aspecto nutricional que establece las especificaciones técnicas para cumplir con el objeto y el alcance del contrato.

El contratista presenta un análisis nutricional del ciclo de menú entregado del 29 de julio al 02 de agosto de 2019, en el cual se expresa:

"El día 30 de Julio del 2019, UT PAE 2019 realizó entrega de una minuta, que como se puede evidenciar, en los cálculos realizados y en comparación a la recomendación de aporte mínimo de la minuta patrón, según la Resolución 29452 del 2017, la cual define los lineamientos técnicos y operativos del Programa de Alimentación Escolar (PAE), **el aporte se encuentra dentro de los rangos permitidos**.

(...) en el análisis realizado se demuestra que, con el aporte de proteína del queso utilizado y de la leche de vaca entregada, se supera el aporte recomendado por la Resolución, habiéndose entregado un **34% más de lo recomendado.**

El análisis del plan de contingencia que se adoptó el cual consistía en enviar a cambio del componente pan con queso y salsas, un componente torta de chocolate o un componente un cereal en hojuelas, para darle cumplimiento al contrato celebrado entre la Alcaldía de Medellín y UT PAE 2019, demuestra que las minutas entregadas durante toda la semana suministraron a los beneficiarios del PAE un aporte mayor al recomendado por la Resolución 29452 del 2019, sin que esto se viera afectado por el hecho de encontrar algunos parámetros mínimamente bajos, siendo esta situación positiva y garantizando el factor protector, ya que se logra compensar los aportes mínimos.

(...)

Por todas las razones antes expuestas y luego de realizar el análisis nutricional de los alimentos entregados por UT PAE 2019 durante la semana del 29/07/2019 al 02/08/2019, se logró concluir que **se cumplió con el aporte mínimo recomendado por la Resolución 29452 del 2017, además de que se cumple con la minuta patrón en cuanto a los tipos de alimentos que se deben despachar en el Programa de alimentación escolar (PAE) en modalidad ración industrializada, y que en el plan de contingencia la UT PAE 2019 realizo entrega de diversos alimentos con un aporte mayor al recomendado".** Folios 222 al 224. Carpeta 2.

Respecto del análisis anterior, se evidencia en el expediente concepto de la Unidad de Seguridad Alimentaria, del 22 de octubre de 2020, elaborado por Claudia Ramírez, profesional universitaria en nutrición – equipo de Seguridad Alimentaria y Nutricional Secretaria de Inclusión y Familia y Derechos Humanos, expresa:

"Acorde al resultado de los análisis de aporte nutricional obtenidos de los menús entregados el día 30 de Julio por el contratista UT PAE 2019 comparados con el aporte nutricional del menú #2 de la semana 1 "Hamburguesa con carne de res, leche líquida saborizada y panelita" estipulado en Anexo A de las especificaciones técnicas de LP 70006718 de 2019, se puede observar que estos no dan cumplimiento a lo requerido por el programa de alimentación escolar PAE del Municipio de Medellín en el marco de la celebración del contrato realizado con la UT PAE 2019 N° 4600080702, toda vez que la minuta diseñada, contratada y valorada para el adecuado desarrollo y cumplimiento durante la ejecución del contrato para la entrega a la población escolar beneficiaria, estima un aporte nutricional superior para dicho día con relación al complemento alimentario entregado". **Folios 248-249. Carpeta 2.**

Dicho concepto fue ampliado por la Supervisora de la interventoría, en audiencia virtual del día 17 de julio de 2020, la cual se llevó a cabo con presencia del contratista y el garante Aseguradora Confianza, una vez éstos se pronunciaran del análisis - concepto de la Unidad

de Seguridad Alimentaria, del 22 de octubre de 2020, coordinadora del programa de alimentación:

> *"Quiero hacer la aclaración con respecto al concepto que se emitió y el que fue solicitado por la Secretaría de suministros frente al proceso y es el cumplimiento o no del aporte nutricional requerido para el programa de alimentación escolar del Municipio de Medellín.*
>
> *El argumento que entrega la UT habla del cumplimiento pero a nivel de los lineamientos técnico administrativo que emite el Ministerio de Educación Nacional, por medio de su resolución 29452 que es de obligatorio cumplimiento para todos los entes territoriales. El Municipio de Medellín, asume los lineamientos desde el Ministerio y se basa en ellos para poder conformar o adoptar sus propios lineamientos y directos en el programa ejecutado por el Municipio de Medellín en todo el ente territorial, es así como celebra en contrato por medio de licitación pública donde establece las condiciones propias, para implementar el programa en el municipio.*
>
> *De allí que deriva que el Municipio de Medellín, establece un ciclo de menú de 20 días, con unas minutas ya conformadas que dan cumplimiento a lo mínimo que establece el Ministerio pero que se aumentan en calidad en cantidad en referencia a estas mismas de los lineamientos básicos del Ministerio, cuando el contratista celebra se presenta unos de estos contratos y así mismo le es adjudicado y celebra un contrato es porque se compromete a cumplir con todas las obligaciones inherentes al contrato, de ahí, derivado del contrato hay unas especificaciones técnicas que hablan explícitamente del compromiso de llevar a cabo implementar ejecutar las minutas que están allí estipuladas. Para este caso se estipulan en un anexo que se llaman A. CICLO DE MENU y que está conformado por 20 menús, donde cada uno de ellos se debe garantizar durante la ejecución de la totalidad del contrato. De allí parte el análisis, que en su momento hago, frente a la obligación que como UT adquirieron y era de garantizar día a día la entrega del menú que allí está estipulado, y como tal cada uno de esos menús tienen un aporte nutricional específico, que como les digo es superior en calidad nutricional al que establece como mínimamente el Ministerio de Educación nacional.*
>
> *Dentro de las especificaciones técnicas no dice que el contratista podrá acogerse al ciclo o a la minuta patrón que establece el Ministerio de Educación Nacional, se dice que se hace unos lineamientos a un ciclo de menú desde el municipio basado en estos lineamientos, pero se establecen con precisión y certeza cada una de las preparaciones, gramajes que componen este ciclo de menú, por lo tanto tienen un aporte nutricional específico para cada día.*
>
> *Frente a ese fue que se realizó el examen, el análisis perdón de las pruebas allegadas por el contratista, concepto emitido por el nutricionista David es frente a esos requerimientos desde el Ministerio de Educación Nacional. El concepto que nosotros analizamos como Municipio Medellín es frente a lo pactado en el contrato con la obligación de dar cumplimiento al ciclo de menú establecido, de ahí el concepto final es NO CUMPLE FRENTE A LO PACTADO ¿por qué? porque es un aporte nutricional superior, el cual el municipio de Medellín, para ese día específico, el menú 2 de la semana 1, estableció la minuta con las preparaciones de la hamburguesa, la bebida y el dulce anexo, estableciendo un aporte nutricional superior de un 34% que es superior al 20% que el Ministerio de Educación Nacional exige.*
>
> *Por un lado si se analizó desde la Resolución 29452 no debió haber sido ese el análisis, porque el análisis debe ser frente a la obligación que se pactó al firmar un contrato con la administración municipal.*
>
> *CONCLUSION. Quería dar las aclaraciones del porque frente a la obligación como tal o al requerimiento específico de la alcaldía, el día de 30 de julio estaba estimado entregar el menú 2, semana 1, que así tuvieran la autorización de cambiar de día menú, no se dio cumplimiento finalmente al aporte nutricional que estaba estipulado para ese día".*

El Despacho procede analizar ambos conceptos conforme las especificaciones técnicas, los descargos realizados en audiencia, y pruebas documentales aportadas y se realiza la comparación entre los resultados realizados por el operador UT PAE 2019 y los aportados por la Profesional Claudia María Ramírez, ambos análisis tuvieron en cuenta parámetros diferentes para establecer el aporte nutricional:

El operador UT PAE 2019 valoró en conjunto las minutas de una semana de entrega y da aplicación a la minuta patrón del MEN para probar que cumplió con el aporte nutricional, inclusive manifiesta que los menús entregados el 30 de julio suministran un aporte mayor al recomendado por la Resolución 29452 del 2017.

Profesional Nutricionista– equipo de Seguridad Alimentaria y Nutricional Secretaria de Inclusión y Familia y Derechos Humanos valoró por días la minuta o menú y expresa:

"Desde el Equipo de Seguridad Alimentaria ESAN se diseñó un aplicativo para análisis nutricional de las minutas del PAE el cual tiene como referencia la tabla de composición de alimentos Colombiana del ICBF versión 2015 la cual es el referente a nivel Nacional para los programas sociales del estado, donde se encontraron diferencias con la información que reporta el Contratista".

Los estudios previos 26415 del contrato, en su tenor literal establecen:

*"**PARÁGRAFO: ALCANCE DEL OBJETO.** El alcance del objeto del presente contrato comprende: Prestar el servicio de alimentación escolar en las modalidades complemento alimentario jornada mañana, complemento alimentario jornada tarde, complemento tipo almuerzo y el complemento Vaso de Leche, en 456 establecimientos educativos, tanto oficiales como de cobertura contratada de la Secretaria de Educación, ubicados en los diferentes barrios y corregimientos de la ciudad, durante los días hábiles escolares (Lunes a viernes) **y cumpliendo con las especificaciones técnicas definidas por la Unidad de Seguridad Alimentaria de la Secretaria de Inclusión Social y Familia**". Negrilla y subraya fuera de texto.* Folio 9. Cuadernos 1.

*"**Los proyectos Restaurantes Escolares y vaso de Leche se encuentran direccionados por lineamientos legales del orden Nacional (CONPES SOCIAL 113,102,091, LEY 1098 de noviembre 8 de 2006, lineamientos técnico administrativos para el Programa de Alimentación al Escolar y Adolescente # PAE del I.C.B... (...)**". Negrilla y subraya fuera de texto. Folio 18. Estudios previos.*

"El ciclo menú que se ofrece en el Programa de Alimentación Escolar, obedece a los lineamientos técnico - administrativos definidos por el Ministerio de Educación Nacional mediante Resolución 29452 de 2017. **Para la planeación del ciclo de menú, se cuenta con un comité conformado por profesionales en diferentes disciplinas (Nutrición, sociales, gastrónomos) el cual parte de la experiencia de la Administración Municipal en licitaciones anteriores, de la evaluación de las preparaciones del ciclo de menú por parte de la Interventoría o Supervisión del Programa, del análisis de gustos y rechazos de los escolares titulares de derecho, de la cultura alimentaria, de la disponibilidad de alimentos en la región y los aportes de las entidades involucradas en su ejecución. Para las modalidades de atención, se diseñó un (1) ciclo de menú, compuestos por 20 días, en los cuales se incluye variedad en las preparaciones**". *Negrilla y subraya fuera de texto* Folio 45-46. Cuaderno 1.

En conclusión, el contratista consideró que cumplir sólo con los parámetros del MEN o de la minuta patrón le era suficiente, no cumpliendo con el alcance del objeto del contrato que remite a las especificaciones técnicas definidas por la Unidad de Seguridad Alimentaria de la Secretaria de Inclusión Social y Familia, como lo es la planeación del ciclo de menú contemplado en el Anexo A, compuesto por días con variedad de preparaciones; además, las raciones o complemento alimentario se planearon conforme las situaciones particulares y necesidades alimentarias y nutricionales de la población escolar, Lineamientos Técnicos Administrativos Diferenciales. Decreto 1852 de 2015 en lo referente al Programa de Alimentación Escolar – PAE. Capítulo 2. Generalidades. Artículo 2.3.10.2.1. Definiciones. Numeral 5. Lineamientos Técnicos-Administrativos:[18]

El ciclo de menú y especificaciones técnicas diseñadas por la Unidad de Seguridad Alimentaria de la Secretaria de Inclusión Social y Familia no sólo cumple para el aporte nutricional, con los lineamientos, estándares y condiciones mínimas señaladas por el Ministerio de Educación Nacional sino también con la tabla de composición de alimentos Colombiana del ICBF versión 2015 la cual es el referente a nivel Nacional para los programas sociales del Estado, donde dice la nutricionista CLAUDIA RAMIREZ se encontraron diferencias con la información que reporta el Contratista y por lo tanto siempre se debe garantizar la dimensión alimentaria y de nutrición en cada ración.

Considera el Despacho que las especificaciones técnicas del Ciclo de menú Anexo A, están diseñadas para cumplir con un valor nutricional, estándares alimentarios y de nutrición; para cada día se indica un menú, que son conocidos previamente por el contratista y que debe cumplir cada semana y cada día, cada minuta lleva implícita un estudio previo del valor nutricional del menú para ese día, por ello los estudios previos y las especificaciones técnicas son vinculantes, en consecuencia, este despacho acoge el estudio realizado por la profesional CLAUDIA RAMIREZ, las pruebas evidencian que el aporte nutricional para el menú S1M2 Hamburguesa con carne de res previsto en el anexo A ciclo de menú difiere del aporte nutricional menú entregado el día 30 de julio conformado por pan, queso, leche saborizada y

---

[18] Definiciones. Numeral **5. Lineamientos Técnicos-Administrativos:** documento emitido por el Ministerio de Educación Nacional en el que se definen las condiciones, los elementos técnicos y administrativos mínimos que deben tener o cumplir todos los actores y operadores del programa para la prestación de un servicio de alimentación escolar con calidad, y poder ejecutar acciones dentro del mismo.

Las instituciones educativas ubicadas en comunidades, resguardos o territorios indígenas y grupos étnicos tendrán unos Lineamientos Técnicos Administrativos Diferenciales acorde con sus usos, costumbres e identidad cultural, debidamente concertados en los espacios conformados por la ley, siempre y cuando dichos usos y costumbres no sean contrarios a la Constitución y las leyes.

fruta entregado por el contratista el 30 de julio, lo cual verificado el porcentaje de aporte nutricional en el análisis presentado por el contratista y el de las especificaciones técnicas, es mucho menor el valor nutricional del menú entregado por el contratista al previsto en el ciclo de menú Anexo A, para el día 30 de julio de 2019. Folios 222 a la 224.

Se resalta que desde el mismo 26 de julio de 2019 el contratista hace la evaluación nutricional de lo que se iba a dar en remplazo tal y como queda registrado en declaración realizada en audiencia por la señora Leidy Tatiana Laverde Rico.

"PREGUNTA: ¿Infórmele al Despacho de manera concreta y sucinta, En qué momento (fecha, hora y lugar) como jefe de calidad de planta conoció usted el resultado preliminar del laboratorio Tecnimicro? Y que acciones se realizaron desde la operación cuando se conoció el resultado preliminar de laboratorio que daba cuenta del patógeno Listeria Monocytogenes CONTESTÓ: Fue el día viernes 26 de julio, entre las 11 o 12 del mediodía, cuando tecnimicro a través de correo electrónico los notifica, a la UT con copia a la interventoria, es simultanea la notificación. De inmediato se citó a una junta de calidad, donde se llevó todo el equipo de trabajo para evaluar los resultados y gravedad del patógeno, en la cual se evaluaron consecuencias, riesgos, y otras opciones para la atención de los usuarios y que no se vieran afectados, **y la evaluación nutricional de lo que se iba a dar en reemplazo** ante mi ética profesional, dentro de sus conocimientos microbiológicos, el patógeno listeria no se trataba de un microrganismo cualquiera por ende no estaba de acuerdo en la distribución de este producto contaminado". Folio 229. Audiencia pública 18 de octubre de 2019. Negrilla y subraya fuera de texto.

La interventoría el mismo 29 de julio, a través de la profesional Enlace Técnico Luz Magdalena Ríos Arbeláez, le recuerda realizar las acciones respectivas de acuerdo a las especificaciones técnicas, este correo electrónico lo recibió el contratista *el día 29/07/2019 a las 11:29 am.* a través de la profesional Enlace Técnico Luz Magdalena Ríos Arbeláez, haciendo referencia a la presencia del patógeno. **Folio 8. Cuaderno de Descargos.**

Se reitera a la parte citada no se le reprocha el no haber entregado la carne de res para el menú de Hamburguesa, este hecho se entiende superado por el contratista cuando por razones de Salud Pública procede a cambiar el menú como medida preventiva.

El cambio de menú y la entrega del mismo para el cumplimiento del alcance del objeto, nos colocan en otro escenario, en el cual no evidencia el Despacho PRUEBA que lo exonere de la obligación de prestar el servicio de atención alimentaria cumpliendo con el procedimiento y protocolo que desde el contrato se contempla y con las especificaciones técnicas para el cambio de menú modalidad RI, en consecuencia no está demostrada la existencia de una causal que exima al contratista de cumplir sus obligaciones.

Del expediente se concluye que, no obstante el contratista haber tramitado ante la interventoría19 una solicitud de autorización de cambio de menú, éste trámite se adelanta dentro de un límite contractual, ya que el CONSORCIO INTERVENTORA PAE no es parte contractual y no tiene la facultad de modificar el contrato, para el caso específico dicha solicitud de cambio de menú, implicaba modificar las condiciones contractuales respecto de las especificaciones esenciales y técnicas del aporte nutricional que debe cumplir el menú contratado conforme Anexo A – Ciclo de Menú, lo que se le exige al contratista prever y asegurar este aspecto alimentario y nutricional para el cumplimiento del contrato, de ahí que la solicitud de cambio de menú tardía por parte del contratista implica la falta de inmediatez y por ende afecta la oportunidad de cumplirse la comunicación entre la partes del contrato: contratante Municipio de Medellín – contratista UT PAE 2019 e interventoría CONSORCIO INTERVENTOR PAE y demás actores del programa, la cual era necesaria se cumpliera inmediatamente para definir con prontitud entre las partes la entrega del menú, por lo tanto no es aceptable por el Despacho que el contratista argumente que no hay incumplimiento de sus obligaciones.

---

19 Contrato N° 4600080702 de 2019 CLAUSULA. DECIMA NOVENA: SUPERVISION. SUPERVISION Y/O INTERVENTORIA. Para el presente contrato se define como supervisor quien realizara el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico al contrato. Las funciones de la supervisión se Llevarán a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo IV del Decreto 1920 de 2015 (manual de Contratación Municipio de Medellín) el equipo de supervisión será designado por el Secretario de Despacho de acuerdo con los lineamientos definidos en el Plan de Anual de Supervisión e interventoría (PAST) para el proceso de contratación que dio origen al presente contrato y constara en documento adjunto.

Desde la matriz de riesgos del proceso de selección, la cual es de pleno conocimiento de todos los interesados, el contratista asume el riesgo y la carga de entregar un producto a satisfacción, de igual o mejores características y especificaciones técnicas a las señaladas en el Ciclo de menú Anexo A., a nivel alimentario y nutricional; lo cual se le exige aún más, dada la importancia del programa, la capacidad logística y técnica del proveedor, su experticia, el recurso humano que debe tener a su disposición durante la ejecución del contrato profesional en el área de la nutrición, mediaba un poco más de tres días para la entrega del producto, los planes de contingencia no respondieron a los procedimiento de cambio de menú numeral 2.3 ciclos de menú A, conforme Especificaciones técnicas.

Precisamente desde la planeación de la contratación para satisfacer la necesidad del servicio de alimentación escolar a través de acciones de complemento alimentario, se previó inconvenientes con el suministro, distribución de los alimentos y productos, situaciones que llevan a cambio de menú, situación que esta revestida de un procedimiento que es vinculante al contratista para garantizar la entrega del menú con el aporte nutricional previsto, anexo A definido para la modalidad de atención alimentaria RI y para la prestación del servicio a satisfacción el día 30 de julio de 2019, en consecuencia el contratista no cumplió con el aporte nutricional. A lo anterior, se le suma si el contratista no ha obrado con la diligencia y previsión que le incumben, según el caso, esta descalificado para alegar incumplimiento de terceros.

Por lo tanto, el CONTRATISTA no desvirtuó totalmente las situaciones o hechos de incumplimiento planteadas en el oficio de citación Radicado 2019303225957 del 25 de septiembre de 2019, mediante el cual se convocó la el presente proceso sancionatorio, en consecuencia, el CONTRATISTA incumplió el alcance del objeto una vez probado el incumplimiento del deber u obligaciones contractuales que llevaron a la entrega de un menú el día 30 de julio que no cumple con las especificaciones técnicas exigidas en el alcance del contrato y por ello, el Despacho acoge el análisis efectuado por la Coordinadora del programa de alimentación escolar PAE, al expresar en audiencia virtual del 17 de julio de 2020, lo siguiente:

> *"Por un lado si se analizó desde la Resolución 29452 no debió haber sido ese el análisis, porque el análisis debe ser frente a la obligación que se pactó al firmar un contrato con la administración municipal.*
>
> *CONCLUSION. Quería dar las aclaraciones del porque frente a la obligación como tal o al requerimiento específico de la alcaldía, el día de 30 de julio estaba estimado entregar el menú 2, semana 1, que así tuvieran la autorización de cambiar de día menú, no se dio cumplimiento finalmente al aporte nutricional que estaba estipulado para ese día".*

Descuentos.

Para concluir con el análisis de los hechos y pruebas aducidos en los descargos por el contratista, se hace alusión a comunicaciones cruzadas entre la Unión Temporal PAE 2019 y la interventoría, sobre el valor del descuento que se aplicara al contratista por el presunto incumplimiento generado por el cambio de menú realizado por este el día 30 de julio de 2019 y el no cobro por concepto de alimentos no entregados, son aspectos, que deberán ser definidos en la liquidación del contrato N° 4600080702 de 2019, con intervención de las partes y la interventoría; previamente se decida el recibir o no a satisfacción los bienes o servicios exigidos en el contrato citado; se reitera, que el proceso administrativo sancionatorio a que se refiere el artículo 86 de la ley 1437 de 2011 regula la Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

3. CONSECUENCIAS JURIDICAS

El Despacho para efecto de respetar el Debido Proceso del contratista a que se refieren los artículos 29 y 209[20] de la Constitución Política y a los principios orientadores de las

[20] La Corte Constitucional en Sentencia C-506 de 2002 estableció que: "la actividad sancionadora de la administración persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la

actuaciones administrativas de que tratan el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad procederá a verificar el cumplimiento de los presupuestos legales para aplicar las sanciones contractuales, aducidas por el Interventor en el informe mediante el cual solicita el inicio del proceso administrativo sancionatorio y señaladas en la citación conforme lo preceptuado en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual es una expresión del principio de legalidad y, especialmente, del Debido Proceso.

SANCIONES CONTRACTUALES.

- **INFORME DE INTERVENTORIA.**

"DÉCIMA PRIMERA: MULTAS. En el evento en que el contratista incumpla parcial o totalmente, algunas de las obligaciones contraídas con la suscripción del contrato, consideradas de alto riesgo para el desarrollo del PAE, las partes acuerdan a título de sanción la aplicación de multas sucesivas por un valor equivalente a 0,3% del valor total del contrato y al de los perjuicios que por ello se causen al Municipio de Medellín, lo anterior sin superar el 20% del valor del contrato.

Consecuentes con lo anterior, en los eventos en que se presenten hechos derivados en el incumplimiento de obligaciones, que afecten directamente la naturaleza del objeto contractual por su alto grado de criticidad, serán causa de imposición de esta sanción pecuniaria, entre otras, los casos que se enuncian a continuación:

1. La no entrega de la ración previamente establecida en el anexo A "ciclo de menú", en la fecha determinada a uno o más titulares de derecho o por la suspensión temporal del servicio sin causa justificada o atribuible al contratista.
2. En los eventos en que se presente un brote de enfermedad transmitida por los alimentos (ETA), entregados a los titulares de derecho en desarrollo del PAE y que se genere por falta de control, vigilancia y/o negligencia del contratista.

No obstante, la amplia discrecionalidad de la administración municipal, en la aplicación de multas de carácter consensual o unilateral, se garantizan los principios constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa y aplicación del procedimiento establecido por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

PARÁGRAFO 1: Para la imposición de las multas, EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, dará aplicación al debido proceso.

PARÁGRAFO 2: Una vez declarado el incumplimiento del contrato por parte del MUNICIPIO DE MEDELLIN, el valor de las multas se tomará directamente de cualquier suma que se le adeude al CONTRATISTA, si la hubiere, o hacer efectiva la cláusula penal o la garantía de cumplimiento del contrato, y si esto no fuere posible se procederá al cobro coactivo de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

PARÁGRAFO 3: La imposición de multas no libera al CONTRATISTA del cumplimiento de sus obligaciones contractuales so pena de que se inicie un nuevo procedimiento sancionatorio ante nuevos incumplimientos".

Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad)" https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-499-15.htm

Sobre las sanciones contractuales y cuantificación de la consecuencia **expresa la apoderada de la Aseguradora Confianza S.A.:**

- *"... teniendo en cuenta que la compañía es un tercero en la relación contractual y para ellos es muy importante este tipo de procedimiento que respeten las normas establecidas para este tipo de citación porque es su día a día contractual; respecto a la citación que nos convoca el día de hoy (03/10/2019) **no establece claramente si se está frente a un procedimiento de efectividad de cláusula penal o de multa**, teniendo en cuenta que la vigencia de la póliza de cumplimiento termina el 30 de abril de 2020, por lo tanto se presentarán los descargos como si se tratara de un apremio por multa, entonces deja el tema de la cláusula penal de lado, entendiendo que la alcaldía enuncia lo que podría pasar en uno u otro caso, **pero es importante que para la aseguradora esto sea claro desde el principio, pero que este procedimiento lo que quiere es apremiar al contratista por un presunto incumplimiento de algunas estipulaciones, por un reporte presentado por la interventoría del contrato, en segundo medida debe mencionar el tema procedimental artículo 86 en el que la Ley 1474 establece que se debe determinar la consecuencia, y para la aseguradora es muy importante cuantificar dicha consecuencia, y en la citación no se encuentra incorporada la consecuencia** y la compañía tiene un máximo de valor asegurado de MIL QUINIENTOS VEINTE MILLONES CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MLC ($1.520.043.235.oo) para el amparo de cumplimiento, que sería el que se vería afectado en esta circunstancia, motivo por el cual en próximas oportunidades agradecen la tasación de la multa respecto al presunto incumplimiento, ya que ellos están vigilados por la Superfinanciera y tienen la obligación legal de hacer una reserva de cada uno de los riesgos de los asegurados, estas compañías deben reservar una cantidad cuantificando los riesgos determinados, y que para este caso no tiene un valor a apropiar; y de fondo la situación no amerita una apropiación del valor total del amparo, por lo cual agradecen al municipio dicha tasación, esto en cuanto al tema formal". Audiencia pública del día 03 de octubre de 2019.*
- *"Llama la atención que estamos en julio de 2020, se pretenda dar continuidad a un proceso sancionatorio donde se pretenda imponer una multa por un hecho que fue presuntamente incumplido desde julio del año 2019, recordemos en ese sentido es que la naturaleza jurídica de una multa que es conminar a un contratista presuntamente incumplido para que cumpla con determinada actuación, cosa que en efecto como lo podemos observar en esta actuación, pues ha transcurrido un año estamos hablando de un hecho que si bien no se considera haya sido incumplido por parte de la Unión temporal y en efecto la naturaleza jurídica de la sanción que se le pretendería imponer, pues ya perdería todos los efectos porque no lo está conminando a que cumpla con determinada actividad, no hay lugar a que se le continuidad al presente proceso y se solicita cierre y terminación del mismo".* Audiencia virtual del día 17 de julio de 2020.

En relación al anterior soporte del debate probatorio, manifiesta el Despacho, que como quiera que el contrato N° 4600080702 de 2019, ya finalizó la imposición de la multa no procede toda vez, su finalidad es de naturaleza conminatoria que procura garantizar el cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales. Frente a este tema, se ha pronunciado el Consejo de Estado así:

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

Las multas tienen implícita una finalidad eminentemente conminatoria, es decir, que a través de estas se busca apremiar al contratista al cumplimiento de las obligaciones derivadas del objeto contratado ... (...)"[21].

En términos del Consejo de Estado: *"Las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuandoquiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos.*

Es por ello que no ostentan ni tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual. En virtud de su naturaleza, la imposición de multas solo será posible durante la vigencia del contrato.

---

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. E. 54001-23--000-311993-08742-01(17259), 2011). Sanciones contractuales administrativa. Como lo señala el Consejo de Estado, las multas son en esencia: "Una sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B, S. 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875), 2014.

Por su parte, la cláusula penal es una medida coercitiva mediante la cual lo que se busca, no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista"[22]

"DECIMA SEGUNDA: CLÁUSULA PENAL. Se estipula una cláusula penal a favor del MUNICIPIO DE MEDELLÍN equivalente al diez (10) por ciento del valor total del contrato, que se hará efectiva en caso de declaratoria de caducidad o del incumplimiento del contrato grave o definitivo. El valor de la cláusula penal se tomará directamente de cualquier suma que se le adeude al CONTRATISTA, si la hubiere, o de la Garantía de Cumplimiento constituida, y si esto no fuere posible se procederá al cobro coactivo de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Es deber de la administración al ejercitar las prerrogativas contractuales, garantizar el derecho que a efectos de imponer una sanción por incumplimiento se describa en la citación a audiencia (cargos), de forma clara y cierta las circunstancias de acaecimiento del mismo, así como las consecuencias económicas de aquel. Por el Debido Proceso y principios de legalidad la sanción contractual CLAUSULA PENAL no es posible imponer por el Despacho, toda vez que dentro del informe de solicitud de proceso sancionatorio, el interventor no relaciona en forma clara y detallada los siguientes requisitos esenciales para su aplicación:

- Los perjuicios o daños o lesión al patrimonio que pudieran haberse ocasionado a la administración con el presunto incumplimiento, con sus respectivas pruebas.

- Cuantificación de los perjuicios y el procedimiento agotado, con sus respectivas pruebas[23].

Articulo 86 LEY 1474/2011. Tenor literal expresa: 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...".

Evidencia el Despacho, que en los cargos contenidos en el informe de interventoría y citación, no se detalla con precisión, el alcance y efectos de cada uno de los daños o perjuicios, con sus respectivas pruebas, es decir hay una indeterminación del daño, que no garantiza el Derecho de contradicción al contratista citado, mediante un conocimiento previo y detallado de los daños aducidos por la interventoría y de esta forma garantizarle la oportunidad de pronunciarse, tal y como se pronunció el garante a través de su apoderada en audiencia pública del día 03 de octubre de 2019 . En este sentido es el interventor quien en aplicación del principio de proporcionalidad tiene a su cargo establecer qué porcentaje de las obligaciones a cargo del contratista no se cumplieron, pues debe haber un juicio de proporcionalidad y razonabilidad entre los perjuicios efectivamente sufridos y los previstos anticipadamente en la cláusula penal, así como las pruebas o documentos soportes de aquella estimación, lo cual no se tuvo en cuenta en el informe que da inicio al proceso sancionatorio.

Los anteriores elementos son presupuestos necesarios, para garantizar no sólo el derecho de contradicción que tiene el contratista y su garante, para presentar su defensa respecto

---

[22] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (25 de mayo de 2017). *Sentencia 35957A.* [MP Danilo Rojas Betancourth].

[23] "Le informamos que Colombia Compra Eficiente no ha expedido a manera de lineamiento un manual o guía para determinar la forma como las Entidades Estatales deben cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de sus contratistas, esto, debido a que es un ejercicio que de acuerdo con cada caso en particular, debe hacer la Entidad Estatal a través del supervisor y/o interventor, quienes con base en el conocimiento que tienen de los términos y condiciones del contrato, y el seguimiento que hacen a su ejecución, pueden determinar Si el presunto incumplimiento del contratista causó o no un perjuicio a la entidad, así como la cuantificación del mismo; para este ejercicio, es necesario tener en cuenta las condiciones propias del contrato y aquellas en las que se llevó a cabo el incumplimiento del contratista". file:///E:/SSS/CONCEPTOS%20PROC%20ADTIVO%20SANCIONATORIO/COLOMBIA%20COMPRA%20EFECIENTES/cce_6099_18%20CUANTIFICACION%20DE%20PERJUICIOS.%20REVISION%20DEL%20CONSEJO%20DE%20ESTADO%20VER%20RES%20415-18%20(11).pdf

de los daños y la cuantificación de perjuicios, además, de un escenario de certidumbre y claridad que debe tener la administración, para la toma de una eventual decisión. La indeterminación no sólo del daño, sino también de su estimación niega las posibilidades reales de defensa.

Al respecto, la aseguradora a través de su apoderada manifiesta: *"(...) para poder en algún momento hacer efectiva la póliza debe estar demostrada la existencia del hecho imputable al contratista (...) y que se le haya generado pues un perjuicio como tal a la entidad, como consecuencia del mismo". Audiencia virtual del día 15 de julio a las 10:00 a.m.*

Las consecuencias procesales de lo acotado frente a la incertidumbre en el daño; tienen mayor alcance, si se trata de aplicar el principio de congruencia, inherente al ejercicio del poder punitivo del Estado (derecho sancionatorio contractual) y la estructura del acto administrativo; exigen en el ejercicio del Debido Proceso Administrativo que se mantengan incólumes los supuestos fácticos y jurídicos con base en los cuales se formularon los cargos y se citó a audiencia. La incongruencia implica una conculcación al derecho de defensa y al debido proceso ambos derechos fundamentales, de raigambre constitucional, objetos de protección vía tutela, contencioso administrativa y disciplinaria. Sobre el Debido Proceso, la Corte Constitucional expresa:

> *"Nuestra constitución política en su artículo 29 consagra el derecho al debido proceso (derecho reconocido por la corte constitucional como fundamental a las personas jurídicas) debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El debido proceso puede entenderse como el respeto por parte de las autoridades judiciales y administrativas a las garantías constitucionales y legales; y a las formas y procedimientos propios de cada tipo de actuación procesal.*
>
> *En la práctica se da aplicación al debido proceso cuando la Administración ha dado estricta aplicación a lo contemplado en la norma, y se ha dado al particular, la oportunidad de ejercer su legítimo derecho de defensa.*
>
> *En lo que respecta a los procesos administrativos sancionatorios, los mismos al ser, por así decirlo, una manifestación del Ius Puniendi del Estado, o dicho de otra forma, a la facultad con la que cuentan las autoridades administrativas para imponer penas, en este caso concreto sanciones a los particulares que infrinjan la normatividad que regula el ejercicio de ciertas actividades u obligaciones a su cargo; deben estar revestidos de unas garantías mínimas, mismas contenidas en el Artículo 29 de la Constitución Nacional"*[24].

Ahora bien, la capacidad de normar la conducta externa de los individuos, así la como la de sancionar coercitivamente el incumplimiento de una norma preestablecida, origina lo que se conoce como responsabilidad jurídica, la cual implica la reparación del daño[25].

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la necesidad de determinar si es total o parcial el incumplimiento, los daños o perjuicios causados y su monto, siendo preciso señalar los siguientes pronunciamientos:

- *"Para citar al respectivo procedimiento, la Entidad Estatal debe en la citación poner de* ***presente todos los hechos que revisten el incumplimiento o la motivación de la multa o sanción con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa.*** *En la audiencia, el contratista tiene la oportunidad de realizar descargos, en el entendido en que puede manifestar su versión de los hechos y controvertir los que la Entidad plantea como sucedidos, solicitar pruebas e incluso proponer fórmulas para el cumplimiento del objeto contractual"*[26].

- *"(...) cuando lo cierto es que la declaración del incumplimiento no es automática, sino que resulta de un procedimiento administrativo en el cual pueden participar el contratista y el interventor, que pueden incluso aportar y controvertir pruebas.*

---

[24] Sentencia C-506 de 2002. Sentencia C-499 de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo: "El medio empleado para sancionar al contratista incumplido: facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de haberse surtido un proceso administrativo, de haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, no prohibido por la Constitución. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y, además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

25 Aquilino Vásquez García, "La responsabilidad por daños al medio ambiente". Gaceta Ecológica, núm. 73, octubre-diciembre, Instituto Nacional de Ecología, México, 2004, p. 46.

26 Recuperado de https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/procedimiento-sancionatorio

Esta declaración se hace por medio de un acto administrativo motivado, contra el cual procede el recurso de reposición en la vía gubernativa y puede proceder la acción contencioso administrativa" Sentencia C-499/15. Corte Constitucional.

- *"(...) téngase en cuenta que no se puede hablar de incumplimiento plenamente en virtud del principio constitucional de la presunción de inocencia y el cual a su vez crea la necesidad de crear procedimientos que permitan llegar a corroborar los incumplimientos, eso sí respetando el debido proceso y el derecho a la defensa. En este sentido es importante tener en cuenta lo dicho por la corte Constitucional en sentencia C-499 de 2015: "En un Estado Social y Democrático de Derecho la contratación estatal, en tanto modalidad de la gestión pública, está regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, previstos en el artículo 209 de la Constitución. En la contratación estatal está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares. La prevalencia del interés general, que es uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho de Colombia, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución, implica que la defensa de este interés es una finalidad primordial en materia de contratación estatal y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura[9]. Por ello, la entidad estatal debe cumplir con los antedichos principios y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal[27]".*

- *"En efecto, la Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino también con fundamento en el ius puniendi del Estado ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista y que se concretan en la adopción de medidas extintivas que comportan la terminación anormal y anticipada del contrato (como ocurre con el decreto de caducidad del mismo), o sin que impliquen su extinción, de medidas coercitivas y apremiantes (como sucede con la imposición de multas) (...)". Concepto 2157 del Consejo de Estado.*

- *"En primer lugar, se aclara que, ante un posible incumplimiento por parte del contratista, las Entidades Estatales tienen la facultad de declarar el incumplimiento aplicando el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo anterior con el fin de garantizar el derecho al debido proceso y de defensa. Una vez termine el plazo de ejecución del contrato, la Entidad Estatal tiene la posibilidad de declarar el incumplimiento hasta el término para realizar la liquidación. Si durante dicho término, la Entidad Estatal encuentra que existe el incumplimiento, deberá expedir un acto administrativo que lo declare, cuantificando los perjuicios del mismo, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato e imponiendo la cláusula penal, según corresponda. A su vez, la Entidad Estatal deberá señalar en el acto administrativo de declaratoria de incumplimiento el término en el cual hará efectiva las pólizas, si fueron pactadas y el cobro de los perjuicios que le imponga al contratista.*

  (...)

  El acto administrativo que declara el incumplimiento constituye el siniestro, es el título que presta mérito ejecutivo para reclamar a la aseguradora la efectividad de la póliza.

  Finalmente, si no se pactaron cláusulas y/o garantías que amparen el cumplimiento del contrato y existe un presunto incumplimiento por parte del contratista, la Entidad Estatal podrá acudir a la acción de controversias contractuales por incumplimiento, la cual tendrá un término de prescripción de dos años.

  (...)

  En ese orden, la declaratoria de incumplimiento busca la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista y la imposición de la cláusula penal; y no es necesario que el contrato esté vigente porque las obligaciones pueden haberse cumplido tardíamente y se puede declarar el incumplimiento hasta antes de la etapa de liquidación o dentro del acto de liquidación del contrato estatal[28]".

- *"Para para que la declaratoria de incumplimiento proceda, se requiere la observancia de unos supuestos mínimos que sirven de garantía tanto para el contratista como para la satisfacción del interés general concretado en el cumplimiento de los fines contractuales.*

  Así, esta declaratoria no es una sanción que se pueda imponer frente a un incumplimiento de cualquier grado o tipo. Está limitada por la ley a situaciones que revistan una determinada gravedad, se realiza con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal y cuantificar así los perjuicios ocasionados.

---

27 La aplicación del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 para las empresas industriales y comerciales del estado. Investigación. Autor: Juan Erasmo Patarroyo.
28 Colombia Compra eficiente. Respuesta a consulta # 4201813000001645.

Por ende, esta declaratoria supone la prueba de un incumplimiento de una entidad tal que pueda generarle daños a la entidad contratante[29]".

- *"A propósito de la prueba del perjuicio, es útil advertir que una cosa es la causación del daño y otra distinta el quantum del perjuicio irrogado. Sin embargo, lo cierto es que el daño antijurídico debe demostrarse en el proceso para que pueda abrirse paso su reconocimiento y la liquidación del perjuicio. Por otra parte, la tasación o liquidación del perjuicio depende en cada caso del daño demostrado.*

  En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado milita en el sentido de exigir la prueba de los dos hechos: i) la conducta constitutiva del incumplimiento. y ii) el daño antijurídico causado. Además de estos dos requisitos, en el supuesto del incumplimiento contractual, se ha advertido que debe probarse la relación de causalidad, entre la conducta y el daño antijurídico en orden a obtener la condena al reconocimiento del perjuicio invocado.

- *A juicio de la Sala, el asunto jurídico de fondo en este debate se ubica en el campo del principio de congruencia de la sentencia en relación con las pruebas aportadas al proceso, exigido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en este caso de acuerdo con los artículos 168 y 170 del Código Contencioso Administrativo (...)* ***Aclara que la administración goza de una serie de prerrogativas o potestades excepcionales en materia contractual, que están justificadas por los fines esenciales del Estado.***
  La cuantificación del perjuicio no resulta del capricho de la administración, sino de un procedimiento administrativo especial; y que la cuantificación del perjuicio no es automática ni obedece a una presunción, sino que resulta del referido procedimiento, establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
  Es inherente a la efectividad de la sanción que se sigue de haberse declarado el incumplimiento y que, debe hacerse en el marco de un procedimiento administrativo y se funda en referentes fácticos y jurídicos objetivos; derecho sustancial y en los medios de prueba existentes.

  PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

  (...) el debate en la alzada lo constituye la prueba del daño y su cuantificación. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. Desde el punto de vista de la congruencia de la sentencia, ello significa que se debe reconocer el monto de perjuicios probados, de conformidad con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo. Esta consideración, da la razón a uno de los argumentos, en relación con la invocación del artículo 172 del C.C:A. y el deber de fundar la liquidación de la condena en los supuestos probados en el proceso - cuantificación de perjuicios conforme las pruebas del contrato (...).

  Empero, probado el incumplimiento y el daño, además de la causalidad que se impone por el mismo contrato, sale avante el reconocimiento del perjuicio y la liquidación y que fueron probados en el proceso

  Es dentro de los límites de esta cláusula penal que se cuantifican los perjuicios, pues debe haber una proporcionalidad entre los perjuicios efectivamente sufridos y los previstos anticipadamente en la cláusula penal30".

- *"Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, atañe al procedimiento que allí se regula para que la entidad estatal pueda cuantificar los perjuicios derivados el incumplimiento del contrato.*

  En el primer inciso de este artículo se faculta a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[48], valga decir, a las entidades estatales, según aparecen definidas en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993[49], 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. (...)

  Para poder comprender el sentido del anterior inciso, es necesario hacer una interpretación sistemática de todo el contenido del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, para cuantificar los perjuicios, en el contexto de la responsabilidad contractual, como ocurre en este caso, es necesario considerar al menos dos circunstancias previas: la existencia o no del incumplimiento del contrato y, en caso de haber incumplimiento, si éste ha generado o no perjuicios. Por ello, no es casual que lo primero sea determinar lo que concierne al incumplimiento, que debe ser declarado por la entidad estatal por medio de resolución motivada, conforme al procedimiento previsto en los literales a), b), c) y d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

---

29 C. E., sent. Del 30 de agosto del 2007 (exp. 15542) y sent. Del 30 de abril del 2014 (exp. 27096).
30 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección a. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (e). Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015). Rad. No.: 50001-23-31-000-2008-00031-01(38600).

El procedimiento previsto en los literales aludidos inicia cuando la entidad estatal advierta, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento del contrato. Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en una audiencia, a la que también se convocará al garante. En la audiencia se volverá a dar cuenta de lo manifestado en la citación y se dará la oportunidad al contratista y al garante de presentar sus descargos, de aportar pruebas y de controvertir las pruebas presentadas por la entidad. La audiencia se puede suspender para practicar otras pruebas, sea de oficio o a petición de parte, cuando se estime que ellas son conducentes y pertinentes o necesarias. El procedimiento concluye con una resolución motivada en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la "cesación de la situación de incumplimiento", puede "dar por terminado el procedimiento".

El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011[51], garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por "cualquier otra razón debidamente sustentada". En estas circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la resolución motivada por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria.

Como se advirtió atrás, la presunción de buena fe en las gestiones del contratista ante la entidad estatal, es una presunción de hecho y, por lo tanto, admite prueba en contrario[52]. En el ejercicio probatorio que se hace en la audiencia, que incluye las pruebas recaudadas y practicadas por la entidad estatal y las solicitadas por el contratista y practicadas en ella, y que permite la contradicción de la prueba, no se parte de una presunción de mala fe del contratista, sino que con fundamento en medios de prueba aportados de manera regular, conforme a lo previsto en el procedimiento administrativo, se desvirtúa la presunción de buena fe que ampara a su gestión.

Al fundarse en lo que revelan los medios de prueba, en modo alguno la resolución motivada de la entidad estatal resulta de dar prevalencia a las formas sobre el derecho sustancial. Lo que ocurre es lo contrario, pues las formas que rigen el procedimiento brindan amplias oportunidades a las partes, para presentar y para controvertir pruebas y, sobre esta base, que no es formal, sino que es empírica, la entidad estatal da aplicación al derecho sustancial.

Por último, dado que la resolución motivada en comento debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y prejuicios de la entidad estatal, lo que significa que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada, en el escenario de la audiencia, la actuación administrativa en la que se soporta la cuantificación de perjuicios respetan el debido proceso.

Establecer, en el contexto de los contratos estatales, un trato especial en favor de las entidades estatales, para permitirles, en caso de declararse el incumplimiento del contrato por parte del contratista, cuantificar los perjuicios que de él se deriven, en el marco de un procedimiento administrativo reglado, que prevé su audiencia y participación, y con fundamento en las pruebas en él practicadas, para luchar contra la corrupción y para garantizar la protección efectiva del interés general, tiene justificación constitucional y, en consecuencia, no desconoce ni el preámbulo ni los artículos 13, 29, 83 y 228 de la Constitución. (…)

En el análisis de este cargo se estudió el derecho a un debido proceso, para destacar su aplicación en las actuaciones judiciales y administrativas, con las particularidades de cada una de ellas conforme a su finalidad; el principio de buena fe, para precisar su sentido y señalar que la presunción de buena fe admite prueba en contrario y que en algunos casos excepcionales es posible presumir la mala fe; y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, para poner de presente la función instrumental que tienen éstas respecto de aquél. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra; (ii) para indicar que ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe; (iii) para constatar que, al fundarse en pruebas, la cuantificación de los

prejuicios obedece a la realidad de la ejecución del contrato y, en modo alguno, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial; y (iv) para destacar que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso". Sentencia C-499/15. Corte Constitucional.

- *" (…) procedimiento administrativo sancionatorio del incumplimiento del contratista, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato, como la cláusula penal. Respecto a las funciones de la cláusula penal, el Consejo de Estado ha resaltado que "(…) cumplen variadas funciones, como la de ser una tasación anticipada de los perjuicios, o la de servir como una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.*

  De igual manera, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos resalta que: " pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena[31]".

- *"La suficiencia de la garantía de cumplimiento, así como el valor de la cláusula penal tienen el objetivo de tasar anticipadamente los perjuicios, por tal razón, las Entidades Estatales deben tasar los perjuicios de manera proporcional. Sin embargo, si una vez presentado el incumplimiento la Entidad cuantifica sus perjuicios en un valor superior a la cláusula penal, puede reclamar el excedente por vía judicial, caso en el cual ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. Ahora bien, en el procedimiento administrativo sancionatorio se debe vincular a la aseguradora, ya que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se hará efectiva la póliza que ampara el contrato. (…)[32]".*
- *"El daño.- Daño es el quebranto, la lesión, el menoscabo que una persona padece en sus intereses.*

  Así, cuando se habla de daño no se piensa en la lesión en sí, sino en su relevancia jurídica o, dicho en otras palabras, en la responsabilidad, que no es nada distinto de la obligación indemnizatoria. Sin que ello pueda implicar o, siquiera, invitar a confundir la responsabilidad con sus supuestos de hecho o elementos o factores que la integran.

  Lo que ocurre es que para que pueda hablarse de daño, con sus diversas consecuencias, en materia de incumplimiento de obligación, es menester que la prestación debida implique un cuidado, o, lo que es igual, que la lesión constituya de por sí un incumplimiento de la obligación respectiva por parte del deudor.

  Incumplimiento de una obligación -la denominada responsabilidad contractual, concurriendo los supuestos normativos correspondientes, hay lugar al resarcimiento.

  (…) que esa lesión se produzca no simplemente con ocasión sino a causa del incumplimiento, y, si se quiere, que no pueda pensarse en esa lesión como producida por actuación del deudor sino como un incumplimiento de su obligación (contractual o no)[33]".

La Corte Constitucional en Sentencia C-499 de 2015, precisa sobre el procedimiento sancionatorio contractual lo siguiente: *"El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por "cualquier otra razón debidamente sustentada". En estas circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la resolución motivada por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria".*

---

[31] Colombia Compra eficiente. Respuesta a consulta # 4201813000001645.

32 Colombia Compra eficiente. Respuesta a consulta # 4201813000001645.

33 Fernando Hinestrosa. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones.

En relación al principio de Proporcionalidad la jurisprudencia del Consejo de Estado sí indica que las Entidades Estatales deben observar dicho principio al momento de imponer multas por incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. En virtud de lo anterior, la Entidad Estatal en cumplimiento del deber de análisis debe calcular el impacto que podría tener el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, de modo que realice un ejercicio que le permita cuantificar el hecho que genera el incumplimiento y tasarlo de manera proporcional con respecto al valor del contrato.

- *"MEDIDAS TENDIENTES A LA REPARACION DE PERJUCIOS El decreto 222 de 1993 en su artículo 72 regulaba expresamente la figura jurídica de la cláusula penal, de acuerdo con esta disposición legal era una obligación estipularse la cláusula penal pecuniaria y su exigibilidad podía configurarse en los casos de declararse el incumplimiento del objeto contractual o en términos gravosos la declaratoria de caducidad. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia del 22 de octubre de 2012 preceptuó lo siguiente: De la norma trascrita se destacan tres aspectos: 1. La ley imponía de forma obligatoria a las entidades estatales el pactar la cláusula penal pecuniaria, salvo en el caso del contrato de empréstito; 2. Se reconoce a la autoridad la capacidad de hacerla efectiva directamente, y; 3. Su imposición no podía hacerse sin que se adelantara un procedimiento administrativo en el que se asegurara la aplicación del principio de proporcionalidad[34] Sentencia T-025/2004.".*

- *"En cuanto a la potestad sancionadora de la administración y teniendo en cuenta los aspectos procedimentales definidos en el artículo 86 de la ley 1474 resulta pertinente afirmar que el papel de doble instancia que ostenta la administración (juez administrativo-parte) es una figura que se encuentra sometida al principio de legalidad, tal y como se ha hecho mención.*

  El tramite sancionatorio cuenta con una regulación especial que define cada una de las etapas. Así mismo reconoce de manera expresa el derecho de defensa y contradicción de los interesados y en consecuencia este es un procedimiento que evidentemente resulta garantista. Si bien es cierto que la potestad sancionadora de la administración goza de ciertos atributos y facultades. Contrario a esto, esta situación no significa que las diversas entidades estatales tengan autorización expresa para imponer sanciones sin cumplir con los límites y condiciones que la Constitución y la Ley ha impuesto, y de este modo ejerzan de forma arbitraria dicha potestad.

  En sentido contrario, dicho poder del cual goza la Administración al momento de aplicar las sanciones, deberá estar enmarcado no sólo en las disposiciones ya establecidas, sino además, en los criterios de adecuación y graduación, respondiendo con ello a aquellos valores como la equidad, la justicia y la buena fe, que debe propender por una sanción proporcional a los hechos ocurridos. Como vemos, la Administración, en el ejercicio de su poder sancionatorio habrá de adoptar decisiones proporcionales, que se ajusten a los postulados del Estado Social de Derecho y conforme con los criterios de Justicia y Equidad.

  En esa medida, el Artículo 1596 del Código Civil, hace referencia al principio de proporcionalidad de la siguiente manera; ARTICULO 1596. REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal. (Ley 57, 1887).

  En consecuencia las sanciones impuestas por la declaratoria de incumplimiento del objeto contratado deben ser proporcionales a los hechos que soportan el presunto incumplimiento.

  Dado lo anterior, la inobservancia de la administración en la proporcionalidad de la sanción resulta una actuación evidentemente violatoria y contraria al ordenamiento jurídico[35]".

- *"al analizar las potestades excepcionales en el contrato estatal, a partir de la Sentencia C-539 de 1999, ha puesto de presente que "la existencia de los privilegios públicos no se pued[e] justificar en argumentos tales como la peculiar personalidad del Estado o el interés público, sino que era indispensable realizar un juicio de proporcionalidad (C.P. art. 5) en virtud del vínculo del Estado con la protección de los derechos constitucionales de los colombianos". Esta doctrina, reiterada en la Sentencia C-1514 de 2000, también prevé que en estos eventos se debe aplicar un test de igualdad leve o débil, dado el amplio margen de configuración que en esta materia tiene el legislador.*
  (...)

  Dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a parámetros constitucionales, el sentido de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal del contrato.

  Es dentro de los límites de esta cláusula penal que se cuantifican los perjuicios, pues debe haber una proporcionalidad entre los perjuicios efectivamente sufridos y los previstos anticipadamente en la cláusula penal". Sentencia C-499/15. Corte Constitucional.

- *"Como parte de ese debido proceso, la definición de un incumplimiento deberá responder a la valoración de las pruebas que se aporten y no solo soportarse en los informes del interventor o supervisor del contrato. Así mismo, el estudio que realice la entidad sobre el actuar del contratista debe verificar las circunstancias que rodearon la conducta del mismo, de manera que no se limite a una valoración objetiva del cumplimiento o no de una obligación, sino que tengan en consideración los supuestos fácticos o de otro orden que podrían haber incidido en la ejecución de las prestaciones. Lo anterior, de forma tal que no se esté frente a la proscrita responsabilidad objetiva*

  La garantía de esos presupuestos es lo que le permitirá a la entidad realizar una valoración de la actuación del contratista, contrastándola con las exigencias contractuales y legales, y determinar la procedencia de una multa o una declaratoria de incumplimiento, haciendo efectiva la cláusula penal pactada. La sanción debe responder a los

[34] La Potestad Sancionadora de la Administración Pública para la Imposición de Sanciones en el Ámbito Contractual Luis Carlos López Cogua Autor Código 3500928.

[35] Ibídem.

principios de proporcionalidad, equidad y razonabilidad y propiciar que se observen aquellos de la función pública[36]*".*

De acuerdo con lo que reposa en el expediente, soporte material del procedimiento administrativo, debe entenderse satisfecho el debido proceso administrativo, a la luz de la Constitución Política, Ley 1474 de 2011 articulo 86 y la Ley 1437 de 2011 y habrá de aclararse, que sobre el actual procedimiento no se advierte vicio que pueda impedir continuar con el trámite presente, puesto que los espacios y momentos procesales se han respetado y garantizado.

Que de conformidad con los anteriores argumentos, la Secretaria de Suministros y Servicios como autoridad competente para adelantar y decidir este proceso, el Despacho está frente a la imposibilidad de aplicar las sanciones contractuales solicitadas por el interventor en el informe de solicitud de proceso administrativo sancionatorio, porque, como ya se indicó respecto de la imposición de la multa no es procedente ya que finalizó el plazo de ejecución contractual y por otro lado, sobre la aplicación de la cláusula penal, se carece de elementos de convicción y probatorios sobre los perjuicios causados a la entidad, así como la cuantificación o tasación de la cláusula penal, si bien es cierto el informe contempla como una de las consecuencias jurídicas solicitadas la aplicación de la cláusula penal, esta debe seguir el procedimiento señalado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 referente a la cuantificación de perjuicios, siendo necesario desde el informe de solicitud de procedimiento administrativo sancionatorio que el interventor realice una labor juiciosa de establecer la existencia de perjuicios o daños, lo cual es presupuesto para la cuantificación o tasación de los mismos.

Es precisamente función del director del proceso, evidenciar el cumplimiento de los procedimientos, lo cual procede en ambas vías como una garantía en aplicación del Debido Proceso, al respecto citamos a López: *"(...) en materia de derecho administrativo la necesidad de procedimiento tiene como justificación el reconocimiento de derechos tanto para la Administración, como para el administrado, pues, mientras a través del desarrollo procedimental la Administración obtiene los elementos necesarios, para efectos de proferir una decisión que garantice el interés público, por parte del administrado a través de éste puede ejercer su derecho de defensa y todo lo que ello conlleva."*[37].

Por ello, la potestad sancionadora de la administración pública se caracteriza fundamentalmente por encontrase sometida al principio de legalidad y el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha señalado: *"La potestad sancionadora es sólo 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. Se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción El sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca en la actualidad que a la Administración se le confía parte del ius puniendi del Estado, la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa, pues como ya tuvo oportunidad de decirse, en este ámbito se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad y por ende al Debido Proceso.* (C de E. Sent. 22 de Noviembre de 2012. Exp.20738)

En esa medida el legislador no solo estableció una serie de garantías constitucionales a la hora de adoptar decisiones para ciertas actuaciones, como ya se mencionó antes judiciales o administrativas. En materia sancionatoria de las actuaciones contractuales el debido proceso es principio rector en dichos procedimientos. La ley 1150 de 2007 en su artículo 17 incorporo este principio en aquellos procedimientos que tienen como finalidad la imposición de multas y la cláusula penal. En igual sentido, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sus posiciones sobre el Debido proceso administrativo y ha señalado lo siguiente:

- *"Por otra parte tenemos el concepto de debido proceso administrativo el cual mediante sentencia T-957 del 2011 La Corte Constitucional expuso: "Conjunto complejo de*

---

[36] Consejo de Estado., Sent. del 22 de julio de 2009. Exp. 17552; C. Const., sents. C-612/02 y C-545/07; C. Const., Sent. C-125/03.

[37] López, V. (2005). Breve estudio en torno al procedimiento administrativo sancionador y sus garantías. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, (22), 181-224. Recuperado de http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142309439060&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142309333811&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU

condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (T-2.897.231)[38]".

- ***"El debido proceso administrativo y la facultad de aportar y controvertir las pruebas.** El debido proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. Así lo ha explicado la Corte:*

  "(...) el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.

  En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo. Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.

  Esas garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que -a modo de ejemplo- el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis[39].

  Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas. Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías". Sentencia C-034 de 2014.

- *En la exposición de motivos del proyecto de ley que finalmente llevó a la expedición de la ley 1474 de 2011, se hizo alusión expresa al mencionado objetivo de este procedimiento, en los siguientes términos: "[N]o 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 el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento...". (Subraya la Sala). Concepto 2157 del Consejo de Estado.*

- En la sentencia C-980 de 2010, señaló la Sala Plena: *"Así entendido, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al*

[38] Ibidem.

[39] Folio 55. Recurso de reposición del 08 de junio de 2020. Expediente proceso administrativo sancionatorio.

comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a "actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción" "5.5. En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso".

- En la sentencia C-089 de 2011, la Corporación profundizó en algunas características del derecho fundamental al debido proceso administrativo, distinguiendo su proyección y alcance en los momentos previos y posteriores de toda actuación:

"Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

7. La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.

***En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política**. Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209, ibídem. Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública".*

- Estas consideraciones fueron inicialmente planteadas en la sentencia C-610 de 2012 y reiteradas en la sentencia C-640 de 2002, a la que se hizo referencia al momento de estudiar la eventual existencia de cosa juzgada constitucional. Por su importancia, se trascriben los apartes centrales de esas decisiones, a pesar de su extensión:

"(...) podría interpretarse la demanda en el sentido que lo que el demandante quiso exponer en su censura fue que resultaba contrario al artículo 29 de la Carta que consagra el debido proceso también para las actuaciones administrativas, el que no se previeran recursos para controvertir el acto proferido por una autoridad administrativa en relación con solicitudes probatorias en el marco de una actuación de esta índole. (...) Un planteamiento de esta naturaleza debe partir de la identificación del tipo de procedimiento administrativo de que se trata (general), y tomar en cuenta las específicas exigencias que plantea el debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) en conjunción con los principios que rigen la función pública (Art. 209 C.P.)., aspectos que claramente no se mencionan en la demanda. (...) Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías

mínimas propias del derecho fundamental al debido proceso, son aplicables al procedimiento administrativo (…), también ha advertido sobre las importantes diferencias que existen entre uno y otro procedimiento, derivadas de las distintas finalidades que persiguen.

En este sentido ha indicado que 'Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso.

La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que este último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso (art. 29) y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública (Art. 209). Al respecto la jurisprudencia de esta Corte señaló: 'a partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende como un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad'".

*De lo expuesto, es posible concluir que (i) el debido proceso se desarrolla a partir del conjunto de exigencias y condiciones previstas por la ley para adelantar un procedimiento administrativo y judicial; (ii) está provisto de garantías mínima definidas en la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, las cuales deben ser observadas por el Legislador al regular cada procedimiento; (iii) **la extensión del debido proceso al ámbito de la administración es una característica de especial relevancia en el diseño constitucional del año 1991, de manera que en todas las actuaciones de las autoridades públicas debe asegurarse la participación del interesado, y sus derechos de defensa y contradicción**; pero (iv), a pesar de ello no es posible trasladar irreflexivamente el alcance de las garantías judiciales a las administrativas porque en el segundo ámbito existe una vinculación a dos mandatos constitucionales, que deben ser armónicamente satisfechos. De una parte, las del artículo 29 Constitucional y de otra parte, las del debido proceso administrativo, definidas en el artículo 209 de la Carta Política (y actualmente desarrolladas por el Legislador en el artículo 3° del CPACA). Por ello, el segundo es más ágil rápido y flexible.*

El derecho a aportar y controvertir las pruebas, como componente del derecho fundamental al debido proceso.

- Derecho a presentar pruebas, el cual ha sido considerado como un derecho fundamental autónomo, a la vez que una de las garantías del más amplio derecho al debido proceso Sentencia C-598 de 2011.

***La importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial**. En la sentencia C-1270 de 2000, la Corporación se refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas, en el escenario de los conflictos propios del derecho laboral:*

*"3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. **En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos:** i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) **el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra**; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.*

3.3. Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas".

En la sentencia C-537 de 2006 la Corte Constitucional hizo una amplia referencia al alcance del derecho a probar. Aunque la providencia se ocupaba del ámbito penal, donde las garantías judiciales irradian su mayor fuerza normativa, con el propósito de prevenir restricciones injustificadas de la libertad personal, sus consideraciones son relevantes como marco ilustrativo del alcance de este derecho:

*"El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes **y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales**. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado; **(ii) se trata de una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer;** (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando "se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso"; **por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba, "por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador" y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas.***

*En ese sentido, es posible concluir que la pluralidad de principios del debido proceso administrativo involucra los derechos de defensa y contradicción, ambos con naturaleza y estructura autónoma de derecho fundamental. En tal sentido, en sentencia T-1341 de 2001, la Corte sentenció: "i.) **La efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final** que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, **así como controvertir las que se alleguen en su contra (CP, art. 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que <ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público>***

Y, en lo atinente a la estructura probatoria de los procesos judiciales, ha puntualizado:

"2.1. Parte esencial de dichos procedimientos lo constituye todo lo relativo a la estructura probatoria del proceso, conformada por los medios de prueba admisibles, las oportunidades que tienen los sujetos procesales para pedir pruebas, las atribuciones del juez para decretarlas y practicarlas, la facultad oficiosa para producir pruebas, y las reglas atinentes a su valoración. || 2.2. Aun cuando el art. 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. ***En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos:*** *i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii)* ***el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra****; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv)* ***el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste****; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso".*

"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;"

Lo anterior refleja la necesidad de aplicar lo dispuesto en los artículos precedentes, respecto a la supervisión del contratista y la correcta actividad de este de cara a la presentación de informes de ejecución de su supervisado. Aquí también se fija el inicio del proceso de la forma más clara y rápida para el contratista y aquellos quienes garantizan el cumplimiento del mismo.

"b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;"

Este segundo literal es la manifestación clara del Debido Proceso y de la posibilidad del contratista de ejercer su derecho de contradicción y defensa.

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

Con lo anterior se observa la celeridad que debe tener la administración para el nacimiento del acto administrativo que decide al respecto de lo debatido en el proceso.

"d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y

pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia." Esto hace referencia a las prerrogativas que tiene el contratista para demostrar su cumplimiento frente a lo que se le endilga y así subsanar los incumplimientos o aclarar las situaciones que sean del caso. "(...)La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento."

Con esto último se ratifica lo dispuesto en el literal anterior respecto de la posibilidad de subsanar los estados de incumplimiento y le da fuerza a la consideración especial del artículo en cuanto a que se busca que el contratista cumpla con lo pactado en el contrato. Y con esto se da el procedimiento que a la luz del mismo, puede ser aplicado por toda entidad de carácter público (...)[40]".

- *"Como parte de ese debido proceso, la definición de un incumplimiento deberá responder a la valoración de las pruebas que se aporten y no solo soportarse en los informes del interventor o supervisor del contrato. Así mismo, el estudio que realice la entidad sobre el actuar del contratista debe verificar las circunstancias que rodearon la conducta del mismo, de manera que no se limite a una valoración objetiva del cumplimiento o no de una obligación, sino que tengan en consideración los supuestos fácticos o de otro orden que podrían haber incidido en la ejecución de las prestaciones. Lo anterior, de forma tal que no se esté frente a la proscrita responsabilidad objetiva*

  La garantía de esos presupuestos es lo que le permitirá a la entidad realizar una valoración de la actuación del contratista, contrastándola con las exigencias contractuales y legales, y determinar la procedencia de una multa o una declaratoria de incumplimiento, haciendo efectiva la cláusula penal pactada. La sanción debe responder a los principios de proporcionalidad, equidad y razonabilidad y propiciar que se observen aquellos de la función pública[41]".

Previo señalamiento de la regulación Constitucional del Debido proceso administrativo, se procede por parte del Despacho a disponer el archivo del presente proceso sancionatorio, pues si bien está demostrado que pudo existir un incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato N° 4600080702 de 2019, con el actuar negligente del contratista **UNION TEMPORAL UT PAE 2019**, ello no es óbice para la aplicación de las sanciones contractuales a aplicar, en tanto hacerlo sería actuar en contravía del principio del Debido proceso e imponer una sanción en el estado del proceso, se estaría generando una vía de hecho[42] por violación a las garantías constitucionales en cuanto a la legalidad de la consecuencia jurídica y el Derecho de Contradicción, de la parte citada o de quien es llamado a responder, al permitírsele conocer y defenderse de un posible resultado del proceso sancionatorio, entendiéndose que la sanción no es un fin sino un instrumento adicional de la potestad sancionatoria del Estado para garantizar el interés público y por ello el procedimiento sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 está revestido de garantías del Debido proceso, entre ellas la legalidad de la imputación, imposición de la sanción y lo reglado del procedimiento.

---

[40] La aplicación del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 para las empresas industriales y comerciales del estado. Investigación. Autor: Juan Erasmo Patarroyo.

[41] Consejo de Estado., Sent. del 22 de julio de 2009. Exp. 17552; C. Const., sents. C-612/02 y C-545/07; C. Const., Sent. C-125/03.

[42] La Corte Constitucional en Sentencia T-152 de 2013: "Así, la incongruencia que es capaz de tomar en vía de hecho la acción del juez (reflejada en una providencia), es solo aquella que "subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra, irremediablemente el principio de contradicción y del derecho de defensa. De esta forma, cuando se realice un juicio sobre la actividad del juez, para establecer si la violación del principio de congruencia constituye o no una vía de hecho, se deberá tener en cuenta (1.) la naturaleza de las pretensiones hechas -lo pedido- y el campo de aplicación de los derechos en juego; (2.) si la sentencia o providencia judicial recae sobre materias no demandadas, debatidas o probadas en el proceso; y, (3.) si el proceso conserva, desde su apertura hasta su culminación, un espacio abierto y participativo para las partes en contienda, de modo que se asegure la existencia del debate y de la contradicción -que le son consustanciales y que son el presupuesto de una sentencia justa- sobre una base de lealtad y de pleno conocimiento de sus extremos fundamentales. Estos criterios de análisis deben llevar a la conclusión de que la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado es protuberante, i.e., carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso. De lo contrario, el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, será insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso".

En este orden, se hace claridad que la situación procesal -falta de suficiencia del informe de interventoría- que impide se decida de fondo el proceso, no fue generada por quien profiere esta Resolución, ya que esta funcionaria interviene a partir de esta decisión y no durante las etapas del proceso sancionatorio que la anteceden. Igualmente se precisa, que en esta oportunidad procesal no procede la corrección del informe que dio lugar a la citación en el presente proceso sancionatorio y el traslado del mismo, toda vez que se alteraría la cuerda procesal (ALEJO APOYA LA REDACCIÓN DE ESE TEMA) o el marco de la imputación y consecuencia jurídica, sobre la cual se dio el debate probatorio, es decir, no hay una alternativa procesal adicional que nos permita ajustar el proceso conforme el Debido proceso, respecto al principio de legalidad y congruencia que debe revestir el fallo sancionatorio. Lo anterior, se sustenta en lo siguiente:

El procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, transcrito anteriormente, en una expresión del principio de legalidad y, especialmente, del debido proceso. Previa expedición de la Ley 80 de 1993 y aún con su vigencia, se consideraba que los principios aplicables en materia contractual serían los establecidos para el procedimiento administrativo general, hasta el año 2007, que con la Ley 1150 el legislador afirmó:

> *"ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*
>
> *En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*
>
> *(...)".*

En efecto, el procedimiento administrativo sancionatorio en materia contractual supone la observancia del debido proceso, de forma que el Estado debe garantizar que ninguna de las actuaciones de la autoridad dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sometida a los procedimientos establecidos en la Ley[43].

Frente al contenido del debido proceso, el artículo 29 superior establece:

> *"ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*
>
> *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*
>
> *En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".*

La Corte Constitucional en sentencia C-499 de 2015 estudió la constitucionalidad del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y, haciendo alusión a la sentencia C-314 de 2014, consideró que hacían parte del derecho fundamental al debido proceso garantías como el derecho a la jurisdicción, el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia del juez y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, garantías que de no ser observadas con total rigurosidad por parte de la Administración pueden dar lugar a la nulidad de los actos administrativos sancionatorios44.

"La Corte Constitucional ha definido por una parte el aspecto estrictamente constitucional del debido proceso y por otra ha hecho mención de la noción de debido proceso administrativo. En consecuencia podríamos preguntarnos si al respecto, ¿existen diferencias entre ellos? o si por el contrario ¿son dos conceptos que comparten elementos integradores? Responder a estas dos cuestionamientos necesariamente nos conlleva a

---

[43] Colombia Compra Eficiente. Concepto: 4201813000006884. 15 de enero de 2020. Recuperado de https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/23377

[44] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (25 de mayo de 2017). Sentencia 35957A. [MP Danilo Rojas Betancourth].

referirnos a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los siguientes términos: en primer lugar, el debido proceso constitucional, Corte Constitucional ha señalado que; La jurisprudencia constitucional lo ha definido como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo en curso en una actuación judicial o administrativa. (T2.897.231) Es decir, que la jurisprudencia parte de lo dispuesto en la constitución política y amplia el concepto refiriéndose a un conjunto de garantías en particular a través de las cuales se busca la debida y correcta aplicación de la justicia. Estas garantías definen los aspectos procedimentales de las actuaciones administrativas de naturaleza contractual. La inaplicabilidad de una de estas acarrea de forma inmediata un vicio de fondo en la actuación y como consecuencia de esta declaratoria el procedimiento es nulo en su forma lo que consecuentemente desencadena que la actuación administrativa no produzca efecto alguno a las partes intervinientes.

En ese sentido, la autoridad administrativa se encuentra sometida al imperio de la ley y que de su cumplimiento dependerá la validez de sus propias actuaciones recociendo así, expresamente el derecho la seguridad jurídica y la integridad expresa de la norma[45]".

Ahora bien, lo dicho hasta ahora es fundamental para el caso si se tiene en cuenta que la previsión por parte del legislador de un procedimiento específico para la citación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es expresión del debido proceso, especialmente de la garantía de observancia de formas propias de cada juicio, en virtud de la cual,

> *"(...) las formas propias del procedimiento deberán estar previamente establecidas por el legislador, evitando que a su arbitrio, sean los operadores administrativos o judiciales quienes las determinen. Con ello, se forja un límite para los mismos, pues, si se desconoce los mandatos procesales, se configuraría la denominada <<vía de hecho>>"*46.

Desde el marco de la imputación -informe de interventoría y citación-, evidencia el Despacho, que el devenir procesal carece del tema fáctico y probatorio sobre el grado de incumplimiento del contratista, para poder determinar con certidumbre si el incumplimiento es total o parcial, lo mismo se establece respecto del daño y la cuantificación de perjuicios para efectos de la aplicación de la sanción pecuniaria cláusula penal. En materia de aplicación de sanciones contractuales, lo que la jurisprudencia ha reclamado es que la medida sancionatoria no resulte sorpresiva o intempestiva, y que, en todo caso, se otorgue al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que se esgrimen en su contra, antes de que se adopte la decisión, procedimiento en la formación de la voluntad de la Administración. Sobre el tema, el Consejo de estado, en relación a la preservación del Debido proceso se ha pronunciado:

> "En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse –de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan.
>
> Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista... un procedimiento previo, que es indisponible por la administración (...)47".

---

[45] Ibidem.

[46] Corte Constitucional. (16 de abril de 1999). T-199. [MP Martha Victoria Sáchica De Moncaleano].

[47] López, V. (2005). Breve estudio en torno al procedimiento administrativo sancionador y sus garantías. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, (22), 181-224. Recuperado de http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142309439060&esArticulo=true&idRev

Esta es precisamente la relevancia de la suficiencia del informe de supervisión o interventoría y el cumplimiento de las formas del acto administrativo mediante el cual se cita a audiencia de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento: siempre que estos dos documentos no cumplan con los requerimientos mínimos establecidos para el efecto, se considera que la Administración está vulnerando el debido proceso y, por tanto, su actuación puede ser declarada nula.

Frente a la citación, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que esta debe consagrar (i) los hechos que la soportan, (ii) el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, (iii) las normas o cláusulas posiblemente violadas y (iv) las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.

Al respecto, Colombia Compra Eficiente, concluyó:

> *"Para citar al respectivo procedimiento, la Entidad Estatal debe en la citación poner de presente todos los hechos que revisten el incumplimiento o la motivación de la multa o sanción con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa. En la audiencia, el contratista tiene la oportunidad de realizar descargos, en el entendido en que puede manifestar su versión de los hechos y controvertir los que la Entidad plantea como sucedidos, solicitar pruebas e incluso proponer fórmulas para el cumplimiento del objeto contractual"*[48].

En efecto, además de las formas propias que debe tener la citación, es fundamental que el informe de supervisión que fundamenta la citación refleje el ejercicio de una verdadera labor de vigilancia sobre el contrato y un análisis detallado de las obligaciones cumplidas e incumplidas a cargo del contratista, así como el nivel de incumplimiento y el tratamiento otorgado.

En virtud de lo anterior, es recomendable (a título enunciativo) que este informe haga mención de:

(i) las partes del contrato,

(ii) el listado de obligaciones a cargo del contratista, sobre las que recae el posible incumplimiento

(iii) el análisis detallado sobre el grado de incumplimiento (parcial o total) de cada una de estas, dentro del cual es fundamental que la Administración, si es el caso, contemple el concurso de una causa extraña capaz de eximir del incumplimiento al contratista,

(iv) el análisis de los riesgos descritos en el contrato, su mitigación y tratamiento, siendo que esto último debe incluir si las medidas (de tratamiento) fueron implementadas o no,

(v) las labores adelantadas por la supervisión y su equipo de apoyo para procurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales (ej. comunicaciones con el contratista),

(vi) la relación causal, esto es, la conclusión sobre las consecuencias del incumplimiento del contratista y, aunado a esto,

(vii) la recomendación bien fundada sobre la procedencia de la declaración de incumplimiento, la imposición de una multa, y/o la efectividad de la cláusula penal.

Es así que en aplicación del debido proceso jurídico integral, la oportunidad procesal que tenía la administración para garantizar el contradictorio a la parte citada y al garante es en el informe de interventoría y citación, marco de la imputación, el no haberlo cumplido genera

---

istaElegida=114230933811&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU.

[48] Recuperado de https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/procedimiento-sancionatorio

una irregularidad insanable. Conforme lo estipulado en la Constitución Política. Arts. 29; Ley 1150 de 2007, art. 17 y Ley 1474 de 2011, art. 86, se indica:

"De otra parte, la declaratoria en comento debe estar precedida -por mandato constitucional y legal- de un proceso sancionatorio que garantice los derechos de defensa y contradicción y el debido proceso del contratista y de su garante. Ello implica que, si se inicia un proceso sancionatorio por el incumplimiento de una obligación específica, sustentado en unos hechos y en unas pruebas, no se pueda luego determinar la responsabilidad del contratista por supuestos diferentes de los consignados en el documento de citación a la audiencia.

Esta citación constituye el pliego de cargos y, como tal, fija el marco de la actuación administrativa y establece unos derroteros para el ejercicio del poder sancionatorio en cabeza de la administración. Al ser esta la imputación, solo en la medida en que el proceso verse sobre los hechos y presuntos incumplimientos allí consignados, se garantizará el debido proceso[49]*".*

"Como parte de ese debido proceso, la definición de un incumplimiento deberá responder a la valoración de las pruebas que se aporten y no solo soportarse en los informes del interventor o supervisor del contrato. Así mismo, el estudio que realice la entidad sobre el actuar del contratista debe verificar las circunstancias que rodearon la conducta del mismo, de manera que no se limite a una valoración objetiva del cumplimiento o no de una obligación, sino que tengan en consideración los supuestos fácticos o de otro orden que podrían haber incidido en la ejecución de las prestaciones. Lo anterior, de forma tal que no se esté frente a la proscrita responsabilidad objetiva[50]*".*

El debido proceso administrativo, las garantías contractuales, el principio de legalidad, son temas que evidentemente son determinantes a la hora de declarar un incumplimiento contractual. Esto último, se debe a que el desconocimiento de uno de estos elementos dentro del trámite sancionatorio, daría lugar a la violación de a lo dispuesto en el artículo 29 de la C.P. de qué trata el debido proceso; la falta de observancia del procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento debe de ceñirse a cada una de las etapas procedimentales descritas anteriormente, atendiendo al debido proceso de las partes para el correcto desarrollo de la actuación[51].

De forma general, deberán dictarse medidas de saneamiento cuando las irregularidades del proceso no afecten sustancialmente el debido proceso, en virtud del ***"ARTÍCULO 41. CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.*** *La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla."*

Por el contrario, si las irregularidades recae sobre el carácter sustancial del proceso, como es el caso en que el informe de supervisión y la citación que no contienen los mínimos necesarios, es recomendable que el funcionario termine el mismo con decisión de archivo.

En este orden de ideas, la simple ausencia de determinación sobre el grado de incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, la determinación del daño, la cuantificación de perjuicios y el nexo de causalidad en el informe de interventoría del caso expuesto, implica una afectación del debido proceso, por cuanto esto, por un lado, disminuye el rango de acción del contratista en el marco del derecho de contradicción y, por otro lado, deja sin sustento la efectividad de la cláusula penal que, al parecer (ausencia de tasación de perjuicios enunciada), se pretende hacer valer.

En el caso concreto se refieren a omisiones procedimentales que impactan negativamente en los principios y garantías constitucionales del derecho defensa y debido proceso que le asisten a los implicados, decisión que no obsta para que sea iniciado un nuevo proceso con observancia de todas las formalidades legales. Así las cosas es innegable que se ha advertido y evidenciado la existencia de vicios de procedimiento que se encuadran dentro de aquellos expuestos como génesis de nulidad constitucional en el artículo 29 de la Carta Política.

[49] Consejo de Estado., Sent. del 27 de enero de 2016. Exp. 38449.
[50] Consejo de Estado., Sent. del 22 de julio de 2009. Exp. 17552; C. Const., sents. C-612/02 y C-545/07.
[51] Ibídem.

Aclarado lo anterior, se continua con el análisis, señalando que las irregularidades o vicios sustanciales, en el proceso generan un impedimento constitucional y legal para que a través de este proceso regulado por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, se resuelva de fondo el presunto incumplimiento y la imposición de sanción, en consecuencia, se reitera no hay una alternativa procesal adicional que nos permita ajustar el proceso conforme el Debido proceso, en relación principio de legalidad y congruencia que debe revestir el fallo sancionatorio, así como a las garantías del derecho de contradicción.

En consecuencia, las prerrogativas contractuales, definidas por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa como la *última ratio* de la contratación estatal, sólo es posible a través de un proceso administrativo sancionatorio garantista y desarrollado conforme las normas procesales, que no adolece de irregularidades sustanciales que afectan el Debido Proceso, la administración puede **determinar a ciencia cierta la existencia o no de un incumplimiento de cualquiera de las partes (contratante-contratista) y tener la capacidad de determinar las condiciones fácticas, técnicas, jurídicas y económicas del mismo.**

Al respecto, en concepto de Colombia compra eficiente se señaló: "La Ley 1474 de 2011 establece que las Entidades Estatales pueden declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo, previa citación del contratista y respetando en estricto sentido el debido proceso.

En este sentido, el proceso sancionatorio inicia con una citación, donde se expresan los hechos y se fija la fecha, hora y lugar donde se desarrollará la audiencia en la cual el contratista tendrá la oportunidad de realizar sus descargos.

Además, el principio de tipicidad se manifiesta en la "exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras."

En ese orden de ideas, si en el transcurso de la actuación administrativa se observa una posible irregularidad o vicio en el procedimiento administrativo sancionatorio deberá adoptar las medidas de saneamiento necesarias para evitar la violación del principio de legalidad y del debido proceso.

Ahora bien, en el evento que se evidencie un vicio en el procedimiento para la declaratoria de incumplimiento y siempre que no se haya proferido la resolución de incumplimiento, la Entidad Estatal deberá buscar las medidas de saneamiento oportunas y pertinentes, no obstante, si los vicios configuran nulidades que afectan sustancialmente el procedimiento administrativo y violan el debido proceso, deberá terminarlo e iniciar otro con el debido proceso correspondiente, todo ello, con el fin de respetar las reglas propias que rigen de manera general la potestad sancionatoria de las Entidades Estatales y garantizar el derecho de defensa".

"Así pues, en aras de lograr la ejecución del contrato de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas, el contratista se encuentra sujeto al poder sancionatorio o coercitivo de la Administración, cuyo ejercicio en todo caso no puede alterar el equilibrio contractual ni las garantías constitucionales que le asisten a aquel (legalidad, tipicidad de la conducta, proporcionalidad, igualdad, etc.)".

En estos términos, el Despacho considera pertinente notificar a la unidad de control interno disciplinario – Secretaria de Gestión Humana del Municipio de Medellín y Personeria de Medellín, adjuntando como sustento el expediente del Procedimiento administrativo sancionatorio, para los fines pertinentes a su competencia, respecto a una posible conducta o falta disciplinaria, que podrían encontrarse en el presente proceso sancionatorio, ante conductas por parte de funcionario (s) que por su inactividad o negligencia dentro de este proceso pueden ocasionar perjuicios a la entidad.

Lo anterior, en consideración a lo indicado por Colombia Compra Eficiente, en la guía de gestión contractual, particularmente con relación a la responsabilidad establece: *"en los términos de la Ley 80 de 1993 y el Estatuto Anticorrupción, las Entidades Estatales, **los servidores públicos, contratistas e interventores** que intervienen en la celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal son responsables por sus actuaciones y omisiones y en consecuencia responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente por las faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones".*

En consecuencia, y de acuerdo con la Ley 1952 de 2019, es deber de los funcionarios notificar, denunciar e informar los hechos constitutivos de una posible falta disciplinable.

Por lo anterior,

RESUELVE.

PRIMERO: Ordenar el archivo del proceso sancionatorio contractual instaurado en contra del contratista Unión Temporal "UT PAE 2019", identificado con NIT 901.272.025-9, en virtud del contrato N° 4600080702 de 2019, con fundamento en lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: La presente Resolución se entiende notificada en estrados.

TERCERO: Contra la decisión de la presente Resolución, procede únicamente el recurso de reposición, el cual deberá ser presentado, sustentado y decidido en la misma audiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente Resolución, se procederá con su publicación en el SECOP, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto compilatorio 1082 de 2015.

QUINTO: Se ordena dar traslado y compulsar copias a la unidad de control interno disciplinario – Secretaria de Gestión Humana del Municipio de Medellín y Personería de Medellín, para lo de su competencia, en atención a la decisión contenida en el presente acto administrativo.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en la ciudad de Medellín, el 7 de septiembre de 2020.

KAREN BIBIANA DELGADO MANJARRES
Secretaria de Suministros y Servicios
Alcaldía de Medellín

Elaboró.	Revisó.
Liliana Alvarez Castrillón Abogada	Alejandro Toro Prieto Asesor Despacho