

167

FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA

RESOLUCIÓN N° **00253** DEL **06 JUL 2023**

**"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO
CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"**

La Directora General del Fondo Rotatorio de la Policía, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, legales y en especial las conferidas en los artículos 209 de la constitución política de Colombia, ley 80 de 1993, artículo 17 de la ley 1150 de 2007, artículo 86 de la ley 1474 de 2011, numeral 4.6 y siguientes del título IV de la resolución No. 00154 del 16 de abril de 2018:", bajo las siguientes.

I. CONSIDERANDOS

Que con fundamento en el informe de incumplimiento radicados Orfeo No. 20232600027763 del 30 de mayo 2023, suscritos por la supervisora de la Orden de Compa 92303-2022, la señora Liesel Jarieth Prada Castro, a través del cual reporta al Fondo Rotatorio de la Policía un posible incumplimiento, relacionado con la Orden de Compa 92303-2022 cuyo objeto se estableció en "Adquisición de Calzado de Dotación para el Personal Administrativo y Operativo de la Sede Administrativa, Fábrica de Confecciones y Complejo Funza del Fondo Rotatorio de la Policía".

Que mediante comunicación oficial 20231300028543 y No. 202313000223891 de fecha 01 de junio de 2023, se realiza citación a audiencia pública por presunto incumplimiento, para el 13 de junio de 2023 a las 3:00 PM y se efectuó re-agendamiento para el 27 de junio de 2023 a las 10:00 AM.

Que el día 27 de junio de 2023, se realiza audiencia en la cual el contratista y el garante fueron citados de manera oportuna a los correos electrónicos que reposan en el expediente, diligencia administrativa en la cual solo asiste el contratista.

Que el garante SEGUREXPO BANCOLDEX-CESCE, leyó la citación realizada a la diligencia, citación que fue remitida para la diligencia administrativa el 13 de junio de 2023.

Leído: Citación audiencia pública por presunto incumplimiento de la Orden de Compa 92303-2022-Garante.

○ correspondenciasector <correspondenciasector@bancoldex.com>

Enviado: martes, 13/06/2023 8:30 a. m.

Para

El mensaje

Para: correspondenciasector

Asunto: RV: Citación audiencia pública por presunto incumplimiento de la Orden de Compa 92303-2022-Garante.

Enviados: martes, 13 de junio de 2023 8:28:43 (UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito, Río Branco

fue leído el martes, 13 de junio de 2023 8:30:13 (UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito, Río Branco.



RESOLUCIÓN NÚMERO **00253** DEL **06 JUL 2023**

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

Que el 13 de junio de 2023, a las 9:06 am, la aseguradora mediante correo electrónico notificacionesjudiciales@cesce.co, con asunto "SOLICITUD APLAZAMIENTO Citación audiencia pública por presunto incumplimiento de la Orden de Compa 92303-2022-Garante", indico:

(...)

"Inculcando la necesidad de contar con un término prudencial a fin de que las partes encartadas puedan hacer uso de los mecanismos, herramientas y pruebas jurídicamente válidas, a fin de controvertir el pliego de cargos que en este caso nos ha sido elevado.

... Solicito a su Despacho aplazamiento de la audiencia programada para el día 13 de junio de 2023 a las 3:00 pm, que permita que SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. conozca en su integridad la citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, junto con las pruebas que fueron tenidas en cuenta por parte del FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA para iniciar el procedimiento referido, toda vez que dicha citación fue remitida a un correo diferente al de la compañía, por lo que solo hasta el viernes fuimos conocedores de esta citación, con lo cual no es posible garantizar el debido proceso y derecho de defensa que le asiste a esta aseguradora en calidad de garantes, para tal efecto remitimos un certificado de existencia y representación legal que da cuenta de nuestros correos de notificación"

(...)

Que de la solicitud de aplazamiento se resuelve mediante el presenta acto administrativo, resaltando que el solicitante nada indico en cuanto el termino prudencial que presuntamente requería el garante para organizar su defensa, destacando que la citación se remitió desde el viernes 02 de junio de 2023, donde se fijó fecha para la diligencia para el 13 de junio de 2023, diligencia que fue reprogramada para el 27 de junio de 2023. Es decir, el garante contó con más de 15 días hábiles para el análisis de los documentos que conforman el expediente y con ello ejercer el derecho de defensa y contradicción, así las cosas, no existió fundamento para reprogramación. De esta manera se continuo con la diligencia administrativa sancionatoria.

Que el 27 de junio de 2023, se remitió modificación la hora y fecha de la diligencia a los correos correspondenciasector@bancoldex.com, contratación@dotacionintegral.com, gerencia@dotacionintegral.com, cce@dotacionintegral.com; indicando :

"En atención a la citación mediante comunicación oficial 20231300023891 y 20231300028543, en el cual se les cito a audiencia pública el 13 de junio de 2023 y que por cuestiones del servicio se reprograma para el *día de hoy 27 de junio de 2023 a las 10 am*, se recuerda que la asistencia obligatoria, con el fin que realice los descargos y solicite las pruebas correspondientes.

Se les solicita a las partes adicionalmente los documentos que acrediten la representación legal o adjetiva de manera previa para actual en el proceso administrativo, para lo cual se solicita remitir copia de la Cámara de Comercio actualizada, con una expedición no mayor al 01 de mayo de 2023 y los poderes que deleguen representación para la diligencia, los cuales deben ser remitidos a los correos electrónicos jefatura.ajuri@forpo.gov.co y forpo@forpo.gov.co."

RESOLUCIÓN NÚMERO **00253** DEL **06 JUL 2023**

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

Que el día 27 de junio de 2023, se recibió por parte del garante al correo jefatura.ojuri@forpo.gov.co, desde el correo correspondenciasector@bancoldex.com, el siguiente mensaje de datos:

"Buen día,

Nos permitimos informarle que el horario para radicar las comunicaciones remitidas a Bancóldex a través del buzón correspondenciasector@bancoldex.com es de 8:30 am a 4:30 pm en días hábiles de lunes a viernes. Las comunicaciones que sean recibidas fuera del horario antes señalado, o en días sábado, domingo y/o festivo, serán radicadas para iniciar su atención el día hábil inmediatamente siguiente, conforme el orden de llegada al buzón de correo aquí descrito. Una vez radicada su comunicación, recibirá por correo electrónico el número y fecha de radicación asignados a su trámite.

Este es un mensaje automático, por favor no contestar.

Unidad de Correspondencia Bancoldex"

Que el 27 de junio de 2023, se realizó audiencia por presunto incumplimiento, donde el contratista presentó descargos de manera oral e indicó de manera adicional que el 09 de junio de 2023 se arrimó al expediente oficio de 09/06/2023 con referencia a nulidad de presunto incumplimiento a la orden de compra 92303 de 2023, en el cual fundamental la nulidad frente de los siguientes hechos:

Primero: el pronunciamiento de la acción administrativa o reclamación no procede, ya que fue realizada después de vencer las vigencias de la póliza.

Segundo: nosotros como proveedores cumplimos a cabalidad la entrega del 100% de la orden de compra y las especificaciones técnicas establecidas en la minuta del acuerdo marco de precio CCE 967-AMP-2019.

Tercero: Que el acuerdo marco de precios CCE 967-AMP-2019. 2019 ya culminó el pasado 19/12/2022 y a la fecha están presentando el acto administrativo sancionatorio después de 6 meses de entregado el calzado de dicha orden de compra, los cuales fueron recibidos por la entidad y el plazo de vigencia de la póliza."

Que el 27 de junio de 2023, dentro de la diligencia se resolvió la nulidad presentada, en el sentido que lo mismo no procede nulidad toda vez que los enunciados, no son irregularidades dentro del proceso, por lo cual la nulidad no es procedente y adicionalmente el escrito presentado, reposara como parte integral de los descargos, tal como se indicó en la citación a la diligencia, así:

(...)

"Podrá realizar pronunciamiento de manera escrita a la dirección electrónica jefatura.ojuri@forpo.gov.co y forpo@forpo.gov.co, documento que tendrá como efecto descargos dentro de la actuación administrativa sancionatoria contractual, dentro del cual podrá solicitar pruebas y debatir las aportadas dentro del informe de supervisión antes de finalizar la diligencia, o dentro de

168

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

la oportunidad procesal de manera oral dentro de la diligencia administrativa con la restricción de tiempo establecida en el artículo 182 de la ley 1437 de 2011."

(...)

Que el contratista Dotación integral SAS, mediante correo electrónico de fecha 27/06/2023 11:20 a. m, desde la dirección electrónica cce@dotacionintegral.com, remitió dos documentos en formato PDF, denominados i) Descargos Fondo Rotatorio y ii) Solicitud de Nulidad. Así las cosas observando por el despacho que el documento "Descargos Fondo Rotatorio" es similar a lo deprecado en audiencia, sin embargo será analizado de manera íntegra y resuelto en el presente acto administrativo, como también el documento denominado "Solicitud de Nulidad", que es el mismo resuelto en la audiencia.

Que el garante - SEGUREXPO DE COLOMBIA S A, mediante correo de 29/06/2023 con asunto "SOLICITUD NULIDAD Y DEBIDO PROCESO Citación audiencia pública por presunto incumplimiento de la Orden de Compa 92303-2022-Garante", indicó:

(...)

"El pasado 13 de junio de 2023, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. presento derecho de petición - solicitud de aplazamiento y autorización expresa para notificaciones, de la cual no se obtuvo respuesta.

Hemos sido informados que se celebró audiencia pública el pasado 27 de junio de 2023, sin embargo no fue notificada debidamente la aseguradora, siendo remitido a un correo que NO hace parte de esta compañía y desconociendo la autorización expresa enviada y la Ley 1437 de 2011 artículo 56. Por lo que no pudo ejercer sus derechos legales y constitucionales, razón por la cual se presenta esta solicitud de nulidad de lo actuado, cite nuevamente con la debida antelación a todas las partes involucradas y se brinden todas las garantías de debido proceso, contradicción y defensa."

(...)

Que con el correo mencionado en el párrafo inmediatamente anterior, el garante remitió dos documentos en formato PDF, i) Correo de CESCE S.A.- Solicitud aplazamiento - Citación audiencia y ii) Cámara de Comercio Jun2023, sin lograr establecer la personería adjetiva para actuar dentro de la presente diligencia administrativa, toda vez que no fue posible identificar la representación del garante, dejando sin legitimación la solicitud por falta de individualización del sujeto en el extremo pasivo.

Que la Directora General y Representante Legal del Fondo Rotatorio de la Policía, procede a resolver la actuación administrativa sancionatoria, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Del respeto al debido proceso en el trámite de imposición de multas, declaratoria de incumplimiento o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en ejercicio de una típica función administrativa, por ser una expresión de la potestad sancionadora de la

169

RESOLUCIÓN NÚMERO **00263** DEL **06 JUL 2023**

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

Administración pública, debe garantizarse en extremo y con rigor el principio del debido proceso consagrado en el Art. 29 de la Constitución Política.

El desarrollo de dicho principio en actuaciones administrativas ha sido ya explicado con claridad y contundencia tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado.

La Corte Constitucional, en Sentencia SU-1010 de 2008, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil precisó:

"... Ahora bien, el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado - referida al conjunto de competencias que habilitan a diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica-, está subordinado a las reglas propias del debido proceso. De esta manera, cuando quiera que la Administración pretenda desplegar facultades de tipo sancionatorio dentro de la órbita de sus competencias, es necesario que el procedimiento a través del cual se encauce el ejercicio de dicha potestad respete las garantías constitucionales del debido proceso."

En efecto, esta Corporación ha establecido: "5.1.2. En la doctrina o se postula, así mismo, sin discusión que la Administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (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) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso - régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem."

Las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona en contra de quien se sigue el procedimiento tienen por objeto proteger los derechos constitucionales del individuo y, en efecto, esa Corporación ha establecido de manera reiterada que mientras en el derecho penal las garantías del debido proceso tienen su más estricta aplicación, ya que en éste no solamente se afecta el derecho fundamental a la libertad sino que, además, sus mandatos se dirigen a todas las personas, en otros ámbitos sancionatorios su aplicación es atenuada en razón de la naturaleza de la actuación, de los fines que se persiguen con ella y del hecho de que sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones para las que se han establecido determinados deberes especiales".

Así las cosas, la actuación requerida para la aplicación de sanciones de esta naturaleza está subordinada a las reglas del debido proceso administrativo, que tiene unas características especiales que le son propias a la Administración pública. Dentro

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

de los principios esenciales del debido proceso, merece destacarse para la presente causa el de legalidad.

El principio de legalidad, como pilar fundamental del ejercicio del poder, implica de manera general que "no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley", lo que resulta ser desarrollo del Art. 6 constitucional, según el cual, las autoridades son responsables, no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Por su parte, como principio rector del derecho sancionador, la legalidad significa específicamente que tanto la conducta como la sanción misma deben estar predeterminadas; en este sentido, es necesario que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y que ésta contenga una descripción precisa de la acción u omisión objeto de reproche y de la sanción que ha de imponerse. No obstante, debe recordarse que en materia administrativa esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la Administración pública".

Ahora bien, el principio de legalidad se manifiesta en dos principios fundamentales: el de reserva de ley y el de tipicidad. El principio de reserva de ley implica que solamente el legislador está constitucionalmente habilitado para establecer las acciones u omisiones que dan lugar al ejercicio del poder punitivo del Estado, determinar cuáles serán las correspondientes sanciones - de naturaleza penal o administrativa según el caso - y fijar los procedimientos que deben seguirse para imponerlas.

"Así, la reserva de ley como principio fundante del ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria implica que sólo el legislador puede otorgar dicha prerrogativa y establecer los elementos fundamentales que determinarán su ejercicio. Sin embargo, en el cumplimiento de dicha función el legislador no es absolutamente libre, como no puede serlo el ejercicio de ningún poder en un Estado Social de Derecho; en este sentido, también la definición de una conducta sancionable debe respetar los mandatos establecidos en el Texto Superior y las garantías reconocidas a través de los tratados internacionales, los cuales limitan el ejercicio de la potestad de configuración legislativa.

"No obstante, debe señalarse que en materia de derecho sancionador por ley no solamente debe entenderse la norma que expide el legislador ordinario sino también la que profiere el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias. Así, esta Corporación ha establecido que "corresponde entonces, al legislador ordinario, en ejercicio de la cláusula general de competencia (art. 150 C.N.), o al legislador extraordinario, debidamente facultado para ello, dictar regímenes de cualquier índole (disciplinaria, contravencional, administrativa, penal etc.) señalando el procedimiento para la aplicación de las sanciones que allí se contemplan."

"... Por su parte, en virtud del principio de tipicidad, el cual tiene también una aplicación más flexible en materia administrativa, el legislador debe establecer expresamente los elementos fundamentales del tipo, lo que implica que se efectúe: (i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, lo que implica la descripción de todos los aspectos relativos a ella, esto es, el tipo de sanción a imponer, el término o la cuantía de la

RESOLUCIÓN NÚMERO **00263** DEL **06 JUL 2023**

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

misma, la autoridad competente para aplicarla y (iii) el procedimiento que debe seguirse para proceder a su imposición.

"En este sentido, como quiera que las infracciones en materia sancionatoria administrativa son variadas y diversas, además de que en ocasiones responden a criterios de carácter técnico o especializado, no sería posible exigirle al legislador que determine con absoluta precisión y detalle todos los elementos del tipo. Por esta razón, la aplicación matizada de este principio implica que el legislador debe señalar los elementos básicos para delimitar la prohibición, sin que le sea exigible la definición de todos y cada uno de los aspectos de la falta".

"Sin embargo, la flexibilidad del principio de legalidad no significa que se permita la arbitrariedad de la Administración en la imposición de las sanciones, por lo que en todo caso la ley deberá establecer, **como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada**, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, así como la sanción que será impuesta o los criterios para determinarla con claridad"

Hechas las consideraciones del despacho, es necesario centrarse en las presuntas nulidades presentadas dentro del trámite administrativo sancionatorio contractual.

II. DE LAS NULIDADES.

Que de acuerdo a los considerandos del presente acto administrativo, es necesario retomar lo normado frente las causales de nulidad, las cuales se encuentran taxativas en el artículo 133 de ley 1564 de 2012, así las cosas, las alegadas por el contratista en oficio de 09/06/2023 con referencia a nulidad de presunto incumplimiento a la orden de compra 92303 de 2023 y la presentada por el garante mediante correo de 29/06/2023 con asunto "SOLICITUD NULIDAD Y DEBIDO PROCESO Citación audiencia pública por presunto incumplimiento de la Orden de Compa 92303-2022-Garante". No se encuentran enmarcadas en las descritas, a si las cosas, las solicitudes de nulidad son rechazadas a la luz del artículo 135 de ley 1564 de 2012, cuando indico:

(...)

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.

(...)

Recordándole al garante y al contratista, que el incidente de nulidad propuesto es rechazado de plano resolviéndose en la diligencia que adopta la decisión que pone fin el procedimiento administrativo sancionatorio a la luz del numeral 3 del Artículo 210 de la ley 1437 de 2011, cuando reza:

(...)

"3. Los incidentes no suspenderán el curso del proceso y serán resueltos en la audiencia siguiente a su formulación, salvo que propuestos en audiencia sea posible su decisión en la misma."

(...)

De acuerdo a lo anterior, la nulidad que se propuso por el contratista, Dotación integral SAS, se resolvió en la audiencia celebrada el 27 de junio de 2023 y la presentada por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A, que fue realizada el 29 de junio de 2023, se resolvió con el presente acto administrativo, indicando que el GARANTE fue notificado por conducta concluyente y no se aceptó la reprogramación por no indicar cual era el plazo razonable que requería para presentar descargos y ejercer el derecho de defensa y contradicción, más aún cuando tuvo más de 15 días hábiles para tal fin; de esta manera procediendo a analizar el incumplimiento contractual.

III. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Que de acuerdo a las reglas del derecho civil un contrato se entiende incumplido cuando llegada la fecha acordada para su cumplimiento y no se cumple o se cumple parcialmente, o de forma defectuosa. La valoración del cumplimiento sólo se puede determinar en la fecha en que se acordó el cumplimiento y no antes.

Como se evidencio en el plenario y en los mismos descargos del contratista, se evidencio que existió una mora en el cumplimiento de la obligación, es decir un incumplimiento al contrato, en cuanto a la fecha de entrega de los elementos, pues se dieron de manera posterior a la pactada en la orden de compra. Pues el plazo de fenecimiento de la orden de compra No. 92303-2022 se estableció para el día **30 de noviembre de 2022** y el contratista realizo entrega total de los elementos pactados, hasta el día **05 de diciembre de 2022**.

Así las cosas y por regla general, los contratos son bilaterales, donde existen dos partes que asumen compromisos mutuos, y cuando ocurre un incumplimiento, el asunto se debe mirar según la parte que incumple y la que no, pues es necesario traer a colación lo que significa cumplir y esto es satisfacer plenamente las obligaciones asumidas en el contrato, que para el caso en concreto es cumplimiento **se dio tan solo hasta el 05 de diciembre de 2022**, es decir fuera del plazo pactado.

De esta manera a la Entidad, da por sentado el incumplimiento contractual por la mora en el cumplimiento de la obligación, así las cosas, en el régimen general de las obligaciones previsto en el Código Civil y Código de Comercio, rige el surgimiento y extinción de las obligaciones, así como los remedios con los que cuenta el acreedor ante su incumplimiento. Estas normas, aplicables al contrato estatal por remisión directa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, generan una serie de interrogantes, algunos relacionados con el pago de las obligaciones que han sido ejecutadas extemporáneamente.

Uno de estos interrogantes indaga sobre la procedencia o improcedencia del pago del contrato por fuera del plazo previsto en el contrato de estatal.

RESOLUCIÓN NÚMERO **00263** DEL **06 JUL 2023**

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

En relación con esta cuestión, el Consejo de Estado resolvió de fondo la precisa de pago no o no sobre el pago de cumplimiento de obligaciones del plazo contractual, pues indico;

"...parece existir un equívoco entre las entidades públicas contratantes, en cuanto a las consecuencias de la culminación del plazo contractual, especialmente en los contratos de obra pública, y en particular, en cuanto a la procedencia del pago de dichas obras. Esta situación resulta sorprendente, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara al confirmar la procedencia del pago de las obras ejecutadas por fuera del plazo contractual.

Una muestra reciente es la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 18 de noviembre de 2021 (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata, Radicación: 47001-23-33-001-2013-00363-01 (61641)), mediante la cual resolvió un recurso de apelación interpuesto en el marco de una controversia contractual en la que un contratista solicitó el pago de algunas obras ejecutadas por fuera del plazo de ejecución.

En sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró improcedente el pago de las obras ejecutadas por fuera de plazo contractual. No obstante, el Consejo de Estado revocó parcialmente la decisión tomada y reconoció al contratista el derecho a recibir el pago de las obras ejecutadas fuera del plazo de ejecución acordado.

Empero, es preciso indicar que la procedencia de dicho pago **no opera en todos los casos y exige el cumplimiento de unos requisitos específicos**. A continuación, se exponen algunas consideraciones esenciales del Alto Tribunal sobre este asunto.

1. La llegada del plazo contractual tiene como consecuencia la constitución en mora del contratista.

El Consejo de Estado consideró que, en virtud del artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en mora "cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado". Esta conclusión implica un análisis de las consecuencias del incumplimiento del plazo contractual.

De conformidad con el artículo 1551 del Código Civil, "el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación". Esto significa que las obligaciones a plazo a las que se refiere el Título V de este compendio, son aquellas cuyo cumplimiento está supeditado a la llegada de la fecha que se ha establecido para ello. En el caso de un contrato de obra pública, es el término que se tiene para la construcción, reparación o conservación de la obra y para el pago de la correspondiente contraprestación.

En ese orden de ideas, ***el plazo tiene un carácter suspensivo y no extintivo***: solo en el momento que se cumple el plazo es que se hacen exigibles los compromisos asumidos, "pero en estricto sentido, no se extinguen todos los derechos que surgieron del contrato". Muestra de ello es que el vencimiento del plazo no está enlistado como una forma de extinción de las obligaciones en el artículo 1625 del Código Civil. Así las cosas, el vencimiento del plazo contractual no afecta la existencia de la obligación, sino que determina el momento en el cual se constituye en mora al deudor. Esta regla

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

general se exceptúa en aquellos eventos en los que las partes acuerdan un plazo extintivo, siendo esta la excepción en el contrato estatal por cuanto el Consejo de Estado ha reconocido que el plazo es, por regla general, de carácter suspensivo.

Es claro entonces que la llegada del plazo representa generalmente la constitución en mora del acreedor y no la extinción de todos los derechos y obligaciones que del contrato se derivan.

2. La constitución en mora del deudor no impide el cumplimiento extemporáneo de las obligaciones.

En segundo lugar, señaló el Consejo de Estado que la constitución en *mora* no es un impedimento para que el contratista incumplido pueda ejecutar extemporáneamente el objeto contractual. Lo anterior, considerando lo dispuesto en el artículo 1610 del Código Civil que establece los remedios legales que el acreedor puede ejercer frente al deudor en mora: I. ejecución forzosa de la obligación (ejecución in natura), II. ejecución por un tercero a expensas del deudor e III. indemnización de perjuicios.

Tal como lo expuso el Alto Tribunal, es lógico que, si el acreedor solicita la ejecución de la obligación convenida una vez cumplido el plazo contractual, el pago como contraprestación del servicio ejecutado por el deudor en mora es una consecuencia natural.

3. La procedencia del pago de las obras ejecutadas fuera del plazo contractual depende del interés de la entidad acreedora.

Ahora bien, esta última afirmación implica que el pago de las obras ejecutadas extemporáneamente está supeditado a la aceptación expresa o tácita por parte de la entidad acreedora. Esto ocurrió en el caso analizado en la sentencia, pues la entidad recibió a satisfacción las obras ejecutadas fuera del plazo contractual.

En todo caso, afirma el Consejo de Estado que las *entidades estatales no están obligadas a recibir las obras a satisfacción fuera del plazo*, puesto que los remedios que le otorga la ley a la entidad acreedora son optativos.

Bajo este panorama, resulta claro que si la entidad acreedora optó expresa o tácitamente por el cumplimiento de la obligación in natura, estará obligada a cumplir con el respectivo pago al representar este la contraprestación a la que se obligó la entidad contratante.

El análisis del Consejo de Estado es adecuado bajo los preceptos del régimen general de las obligaciones. Además, propende por la mitigación de la problemática de las obras inconclusas en la geografía nacional, por lo cual es esencial que las entidades públicas tengan la posibilidad de optar por la ejecución forzosa de las obligaciones, inclusive después del vencimiento del plazo contractual."

De esta manera y de acuerdo a la jurisprudencia citada, mediante el presente acto administrativo se procederá a ordenar que se continúe con todos los trámites administrativos para continuar con el recibo a satisfacción y pago de la obligación que se encontró en mora de la ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022, por Cinco (5) días calendario; así las cosas se procede a declarar el incumplimiento contractual por el

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

incumplimiento al plazo pactado, en cuanto a la mora en el cumplimiento de la obligación por Cinco (5) días calendario; como quedó demostrado en el plenario, no obstante el despacho realizara el análisis de la imposición de la sanción pecuniaria, haciendo exigible la cláusula penal establecida en el Acuerdo Marco CCE-967-AMP-2019.

considera no imponer sanción pecuniaria en contra del contratista, es decir no ordenar el pago de la cláusula penal pecuniaria, toda vez que no existió una afectación grave y sería que amerite hacer exigible dicha sanción pecuniaria.

IV. SANCIÓN PECUNIARIA.

Teniendo en cuenta lo establecido en Acuerdo Marco CCE-967-AMP-2019, las partes pactaron como cláusula penal la siguiente:

"Cláusula 22 Cláusula penal.

En caso de que el Proveedor incumpla parcial o totalmente las obligaciones establecidas en los numerales 13.1 a 13.34 de la Cláusula 13 del Acuerdo Marco, Colombia Compra Eficiente podrá hacer efectiva la cláusula penal por una suma equivalente hasta el 5% de la suficiencia del amparo de cumplimiento de la garantía de cumplimiento otorgada por el Proveedor.

La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de Colombia Compra Eficiente, cuando el Proveedor incurra en mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones. En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de Colombia Compra Eficiente.

En caso de que el **Proveedor incumpla parcial o totalmente** las obligaciones establecidas en los numerales 13.35 a 13.71 de la Cláusula 13 del Acuerdo Marco, la Entidad Compradora **podrá hacer efectiva la cláusula penal por una suma equivalente de hasta el 10% del valor total de la Orden de Compra que incumplió.** La cláusula penal también puede ser impuesta por **el mismo valor por parte de la Entidad Compradora, cuando el Proveedor incurra en una mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones.** En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de la Entidad Compradora.

En ninguno de los casos expuestos anteriormente, el pago o deducción de la cláusula penal significará la exoneración del cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco ni de las Órdenes de Compra.

Para el cobro de la cláusula penal, se podrá acudir a los mecanismos establecidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007."

De esta manera, en informe de supervisión tazo la mora en el cumplimiento por el 10% pactado, no obstante, la Entidad no pueden pasar por alto la proporcionalidad y razonabilidad de las penas, y en ese sentido, solo en gracia de discusión no puede de manera absoluta solicitar el pago al contratista de la cláusula penal por un valor que asciende a **SEIS**

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/CTE CON CEROS CENTAVOS (\$6.796.328,00)

Lo anterior, atendiendo a lo expresado por el Consejo de Estado, al resaltar la importancia de que la potestad de la Administración en la que se sustenta la imposición de las multas en la actividad contractual, la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad, pues el alto tribunal recordó que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad, así:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009.:

"(...)

Para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la **cláusula penal pecuniaria en los contratos**, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley **y en el contrato mismo**, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad... En materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: **el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción**, y el segundo permite que sean las partes -no la ley, pero autorizadas por ella quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad. (...) Como respuesta a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la competencia de la administración para la imponer las sanciones pecuniarias, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007(...) esta norma, en el artículo 17, contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas. (...) Esta nueva disposición realiza el principio de legalidad, pues queda claro que las entidades pueden ejercitar -de conformidad con la ley y el contrato (...)"

Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección B, Sentencia del 19 de febrero de 2018, Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radiacado:25000-23-42-000- 2013-01223-02(4578-16):

"(...)

La jurisprudencia ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) **la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa**. (...) Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, **debe ser "adecuada"** a los fines de la norma que la autoriza, y **"proporcional"** a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la "razonabilidad"(...)"

Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003. Expediente D-4059. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra:

"(...)

RESOLUCIÓN NÚMERO **00263** - DEL **06 JUL 2023**

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. **Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta**, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"

Concepto C – 203 de 2021, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE:

"(...)

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre el reconocimiento de la discrecionalidad administrativa como modelo de asignación de potestades en la contratación estatal.

Por ejemplo, en el Concepto C-120 del 3 de marzo de 2020 recordó que si bien la discrecionalidad implica un espacio de libertad para las entidades estatales, en todo caso, al hacer uso de ella, deben observar el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, según el cual la decisión debe ser adecuada y proporcional al trámite y a los hechos que lo motivaron. Este también ha sido el entendimiento de la doctrina, que ha considerado que el ejercicio de **la discrecionalidad administrativa debe respetar el principio de proporcionalidad (...)**."

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, Concepto del 13 de noviembre de 2019, Número de Radicado: 220191300008423.

"(...)

El legislador dio a las entidades estatales la facultad sancionatoria para imponer medidas apremiantes o coercitivas al contratista incumplido, como es el caso de la multa, la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal o la caducidad. Sin embargo, esa potestad no es absoluta, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional está sometida a unos principios que a su vez fijan sus límites: (...) (ii) **El principio de tipicidad que, si bien no es igual de riguroso al penal, sí obliga al legislador a hacer una descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción y a determinar expresamente la sanción.** (iii) El debido proceso que exige entre otros, la definición de un procedimiento así sea sumario, que garantice el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, lo que incluye la designación expresa de la autoridad competente para imponer la sanción. (iv) **El principio de proporcionalidad que se traduce en que la sanción debe ser proporcional a la falta o infracción administrativa que se busca sancionar (...)**"

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, Concepto C – 219 del 29 de abril de 2020, Número de Radicado: 220201300003258

"(...)

En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar pormenorizadamente las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, deberá atender los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad (...)"

Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20.916, con ponencia de Olga Mérida Valle de De La Hoz:

"(...)

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la **cláusula penal, mantienen la libertad de pacto**, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente.

Igualmente, en relación con la dosificación, atenuantes y agravantes en los procesos procedimientos sancionatorios contractuales, también resulta procedente la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos «cuando resultaren aplicables», lo cual, a nuestro juicio, significa que primero se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales que resultaren aplicables, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Por ejemplo, el artículo 1596 del Código Civil reconoce la posibilidad de rebajar la pena cuando «el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte». Igualmente, el artículo 1601 ibidem establece un criterio de proporcionalidad de la cláusula penal. En ambos casos, se resalta, se trata de normas a las que se puede acudir de forma «subsidiaria» ante el silencio de las partes del contrato, previo a la aplicación del antes mencionado artículo 50. La regla general, entonces, es que las partes estipulen lo relacionado con la tipificación de las sanciones contractuales la multa y la cláusula penal pecuniaria, incluido lo referente a la dosificación, atenuantes y agravantes, claro está, sin exceder los límites legales y sin incurrir en abuso del derecho (...)"

Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, Expediente: T-1220297.

"(...)"

Es claro que **una arista del principio de la buena fe es la proporcionalidad en la sanción o prestación impuesta**. Es decir, que el de proporcionalidad es también un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer (...)"

De acuerdo a lo anterior y considerando que en la Cláusula 22 del Acuerdo Marco CCE-967-AMP-2019, no existe una dosificación clara para la imposición de una pena pecuniaria por la mora en el cumplimiento de las obligaciones y obedeciendo al principio de legalidad de las falta y proporcionalidad de las sanciones, se encuentra éste despacho con la imposibilidad de tazar la sanción por la mora de (5) Cinco días calendario, toda vez que no se estableció en el clausulado dosificación para tal fin, absteniéndose así, este despacho en hacer exigible la cláusula penal pecuniaria.

V. CONCLUSIONES.

Expuesta la parte motiva del presente acto administrativo, la Entidad concluye en que existe acervo probatorio en el plenario que da por probada la mora en el cumplimiento de la obligación principal emanada de la Orden de Compra No. 92303-2022 cuyo objeto se estableció en "Adquisición de Calzado de Dotación para el Personal Administrativo y Operativo de la Sede Administrativa, Fábrica de Confecciones y Complejo Funza del Fondo Rotatorio de la Policía". Puesto que lo pactado en el mentado contrato, debía cumplirse el 30 de noviembre de 2022 y el contratista realizó entrega total de los elementos, solo hasta el día 05 de diciembre de 2022, lo anterior materializando un incumplimiento relacionado estrictamente en el plazo de inicialmente pactado.

RESOLUCIÓN NÚMERO **00263 -** DEL **06 JUL 2023**

"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

Ahora bien, en cuanto a la imposición de sanción pecuniaria de la que trata la Cláusula 22 del Acuerdo Marco CCE-967-AMP-2019, es imposible de hacer exigible, pues Colombia Compra Eficiente y el Contratista Dotación Integral a pesar de haber pactado una sanción pecuniaria por mora o retardo; nada se especificó en el clausulado contractual frente a la dosificación de la sanción por la mora o retardo, lo que quiere decir, que al no estar pactado y no estar autorizado por el contratista, resulta inadecuado hacer exigible la cláusula penal pues violaría el principio de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y voluntad contractual.

Pues, como se pactó en el Acuerdo Marco CCE-967-AMP-2019, el mero hecho de incurrir en mora de la obligación, permitiría a la Entidad Compradora "Fondo Rotatorio de la Policía", hacer exigible hasta el 10% del valor total de la orden de compra; sin embargo la imposición de dicho aparte de la cláusula penal, violaría los principios antes mencionados; puesto que no resulta lógico aplicar la sanción de igual manera si existe una mora en el cumplimiento de la obligación por 5 (cinco), 10 (diez), 15 (quince) o incluso más días de retardo o mora.

Puesto que hacer exigible la cláusula penal obviando el principio de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y voluntad contractual, contrariaría a la jurisprudencia y doctrina de Colombia Compra Eficiente.

Mérito de lo anterior y con las razones expuestas.

VI. RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento del plazo contractual por la mora de 05 días calendario presentada por el contratista - **DOTACIÓN INTEGRAL S.A.S.**, de acuerdo a la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: No declarar probada la nulidad presentada por el contratista **DOTACIÓN INTEGRAL**, como se indicó en la audiencia celebrada el 27 de junio de 2023 y la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTICULO TERCERO: No declarar probada la nulidad presentada por el **Garante-SEGUREXPO DE COLOMBIA S A**, como se indico en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: No imponer sanción pecuniaria y de esta manera no hacer exigible la cláusula penal contemplada en EL Acuerdo Marco CCE-967-AMP-2019 por el cual se rige la Orden de Compra 92303-2022.

ARTICULO QUINTO: El contratista y el supervisor se comprometen a realizar el trámite de facturación a más tardar en un mes posterior a la notificación del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEXTO: La entidad, realizara el trámite del pago una vez cumplidos todos los trámites administrativos que indique el supervisor de la Orden Compra 92303-2022 al contratista **DOTACIÓN INTEGRAL S.A.S.**

ARTÍCULO SÉPTIMO: Una vez en firme el presente acto administrativo, comunicar la presente resolución a la Subdirección Administrativa y Financiera y la Subdirección Operativa para los trámites administrativos pertinentes.

ARTÍCULO OCTAVO: A través de la Oficina Asesora Jurídica de la Entidad remitir los antecedentes originales incluyendo las actas y audios de las respectivas

RESOLUCIÓN NÚMERO **00263** DEL **06 JUL 2023**

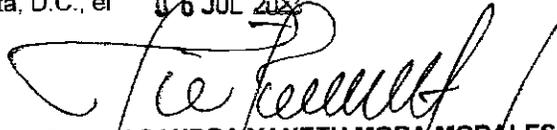
"POR LA CUAL SE RESUELVE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 92303-2022"

diligencias que integraron el presente procedimiento sancionatorio administrativo al Grupo de Adquisiciones y Contratos para que reposen en la carpeta de la Orden Compra 92303-2022 con el fin que obre como antecedente.

ARTÍCULO NOVENA: Contra la presente decisión procede recurso de REPOSICIÓN de acuerdo con lo dispuesto en el literal C, Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., el **06 JUL 2023**



Coronel **SANDRA YANETH MORA MORALES**
Directora General Fondo Rotatorio de la Policía

Elaboró: Jhonnathan Reinaldo Riveros Lopez - Abogado Oficina Asesora Jurídica
Aprobó: Lina Fabiola Mejía Ávila - Jefe Oficina Asesora Jurídica (EJENCO)