

RESOLUCIÓN No. **306** de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

El Director General del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD IDIPRON, en nombre y representación del IDIPRON, en aplicación de lo dispuesto el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes,

CONSIDERANDO

ANTECEDENTES

Que mediante la Resolución No. 193 del 27 de marzo de 2019, el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD IDIPRON, declaró el **INCUMPLIMIENTO PARCIAL** al Contrato de Suministro No. 1576 de 2017, suscrito con ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA, identificado con el NIT 830.143.886-3, cuyo objeto fue: ***"SUMINISTRO DE DOTACIÓN EQUIPOS Y MENAJE DE COCINA PARA DOTAR LA (S) UNIDAD (ES) DE PROTECCIÓN INTEGRAL (UPI) Y COMEDORES COMUNITARIOS BAJO LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD CONTRIBUYENDO PARA LA ATENCIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DEL IDIPRON."***

Que a través de oficio radicado en audiencia el día 3 de abril de 2019, la Doctora **LAURA KATHERINE MIRANDA CONTRERAS**, actuando en calidad de apoderada especial de la empresa SEGUROS DEL ESTADO, presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 193 del 27 de marzo de 2019 y a través del oficio radicado No. 2019ER1311 el día 8 de abril de 2019, el contratista **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA**, confirió poder amplio y suficiente al Dr. **LUIS CARLOS LOPEZ COGUA**, para interponer y sustentar recurso de reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019, exponiendo en términos generales argumentos tales como: *"violación al debido proceso, violación al principio de legalidad, por vulneración del principio de congruencia de los actos administrativos, por quebrantamiento de los artículos 29 de la constitución política, por falta de aplicación de los artículos 77 de la ley 80 de 1993. 42 y 187 del código contencioso administrativo y 281 del código general del proceso, improcedencia de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento bajo el amparo de cumplimiento, violación al contrato de suministro respecto del contrato No. 1576-201, el IDIPRON con su acto administrativo objeto de reproche a todas luces sanciona dos veces por un mismo hecho, esto es que, afecta la cláusula penal por un posible incumplimiento y a su vez declara el siniestro bajo el mismo supuesto fáctico, lo cual configura un evidente enriquecimiento sin justa causa.*

Que el doctor **LUIS CARLOS LOPEZ COGUA** actuando en representación de **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA**, solicitó la práctica de varias pruebas.

I. PROCEDIMIENTO

El procedimiento, oportunidad y requisitos para la interposición del recurso de reposición se hallan reglados en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo en los artículos 74 al 82, que particularmente respecto del recurso de reposición al tenor literal expresan:

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

"ARTÍCULO 74. RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque..."

"...ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo..."

A su vez el artículo 77 del código enunciado señala en relación a los requisitos para la presentación de los recursos:

"ARTÍCULO 77. REQUISITOS. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

- 1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.*
- 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.*
- 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.*
- 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio."*

Para el presente caso, se tiene que el recurso interpuesto por la Doctora **LAURA KATHERINE MIRANDA CONTRERAS**, actuando en calidad de apoderada especial de **SEGUROS DEL ESTADO** y el Doctor **LUIS CARLOS LOPEZ COGUA** actuando en representación de **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA** reúnen las formalidades legales requeridas para el efecto como son: haberse presentado dentro del término legal, expresando los argumentos para el efecto y haber sido interpuesto por el representante legal o su apoderado.

Siguiendo con el procedimiento expresado en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo tenemos:

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: (...)

"2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos."

Para el IDIPRON es clara la competencia para conocer el recurso de reposición contra el acto administrativo interpuesto por la compañía de **SEGUROS DEL ESTADO** así como de **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA**, con el deber de analizar los diferentes factores dentro del cual la razonabilidad de la materia objeto de decisión debe primar y ser coherente con los principios que rigen las actuaciones administrativas.

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

Es por ello que este Despacho procederá dar solución al mismo en los siguientes términos:

II. RECURSO DE REPOSICIÓN

PETICIONES

1. *"... se REVOQUE la Resolución No. 193 del 27 de marzo de 2019 "Por la cual se declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato No. 1576 de 2017, suscrito con ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3, cuyo objeto fue "SUMINISTRO DE DOTACIÓN EQUIPOS Y MENAJE DE COCINA PARA DOTAR LA (S) UNIDAD (ES) DE PROTECCIÓN INTEGRAL (UPI) Y COMEDORES COMUNITARIOS BAJO LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD CONTRIBUYENDO PARA LA ATENCIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DEL IDIPRON" en atención a los argumentos principales expuestos en el acápite anterior."*

2. *"...se MODIFIQUE fa Resolución No. 193 del 27 de marzo de 2019 "Por la cual se declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato No. 1576 de 2017, suscrito con ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3, cuyo objeto fue "SUMINISTRO DE DOTACIÓN EQUIPOS Y MENAJE DE COCINA PARA DOTAR LA (S) UNIDAD (ES) DE PROTECCIÓN INTEGRAL (UPI) Y COMEDORES COMUNITARIOS BAJO LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD CONTRIBUYENDO PARA LA ATENCIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DEL IDIPRON"*

...REVOCAR EL ARTÍCULO SEGUNDO, dado que su confirmación configuraría una violación del principio del non bis in idem, debido a que se estaría sancionado al contratista dos veces por un mismo hecho en vista de la sanción impuesta a través del Art. CUARTO de la resolución 193 de 2017.

MODIFICAR el ARTÍCULO CUARTO, en el entendido de variar el monto de los perjuicios tasados con cargo al amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes Suministrados por la suma de \$5.355.029.5, correspondientes al 10% sobre el monto tasado por la supervisión a título de posible PERJUICIO con ocasión de los equipos devueltos al contratista.

REVOCAR El ARTÍCULO CUARTO, absteniéndose de declarar el siniestro, toda vez que se ordenó la declaratoria del incumplimiento con cargo a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria.

MODIFICAR el ARTÍCULO SEGUNDO, en el entendido de modificar el monto de los perjuicios tasados con cargo a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria por la suma de \$5.355.029.5, correspondientes al 10% sobre el monto tasado por la supervisión a título de posible PERJUICIO con ocasión de los equipos devueltos al contratista."

ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES



RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

1. *No obra prueba en el expediente contractual de las citaciones que convocaran a Seguros del Estado S.A. como garante del Contrato de Suministro 1576 de 2017, a las diligencias que se adelantaron los días 6 de noviembre de 2018 y 13 de noviembre de 2018; hecho que fuese advertido en los descargos que rendimos en la sesión adelantada el pasado 04 de febrero de 2019 a las 02:00 pm, argumentos que ni si quiera fueron objeto de análisis por parte del IDIPRON en el presente Acto Administrativo...*
2. *Con la convocatoria a la audiencia, no se adjuntó el informe de supervisión en que se sustentara el presunto incumplimiento que se le atribuye a ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA., situación que no solo se dejó de presente por parte de esta Aseguradora en la audiencia del 04 de febrero de 2019, sino que además es reiterativa de la entidad.*
3. *A pesar de la solicitud que fuese realizada en la audiencia del 04 de febrero de 2019, consistente en la cuantificación real de los perjuicios y la aclaración de las consecuencias jurídicas que se derivarían del presente Procedimiento, ya sea en la multa o en la cláusula penal pecuniaria según lo consignado en el oficio citatorio, atendiendo principalmente a la etapa en que se encuentra el Contrato, esto es, posterior al plazo de ejecución del Contrato; la respuesta a dicha solicitud se sustentó en que la tasación de los perjuicios serían demostrados en audiencia. De otro lado, la Entidad no consideró con su respuesta pretender afectar el amparo de Calidad y correcto funcionamiento de los bienes, como se realizó en la Resolución 193 de 2019, toda vez que esta consecuencia jurídica también debió haberse consignado en el oficio citatorio y no solo hasta el Acto Administrativo que resuelve la actuación.*
4. *De ello se concluye que, como quiera que únicamente se mencionó como posible consecuencia la imposición de la cláusula penal pecuniaria -objeto de cobertura del amparo de cumplimiento-, pero no se hizo referencia a hechos que presupongan la afectación del amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes, es evidente una incongruencia entre los hechos y las consecuencias jurídicas que dieron lugar al presente Procedimiento Administrativo y los hechos y consecuencias Jurídicas que hoy se resuelven mediante el Acto Administrativo, los cuales no guardan relación entre las actuaciones de esta Administración de cara a lo estipulado en la normatividad vigente.*
5. *De lo anterior, se entiende que si bien es cierto una póliza puede contener distintos amparos, los mismos no pueden ser reclamados de manera acumulativa, toda vez que son independientes respecto de sus riesgos y valores asegurados y pretender reclamarlos de manera acumulativa generaría una violación a la norma superior que regula la materia.*
6. *El artículo tercero de la Resolución atacada vulnera lo preceptuado en la ley, al indicar que el pago de la cláusula penal deberá consignarse "dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución", y no como señala el precitado artículo dentro del mes siguiente, razón por la cual la decisión objeto de este recurso debe ser modificada.*
7. *Así, las consecuencias por el presunto incumplimiento de las obligaciones del Contrato 1576 de 2017, poseen una imprecisión sustancial dado que la cláusula penal pecuniaria que se pretende imponer no atiende a la realidad del presente caso, debido a que al decretar un incumplimiento parcial del contrato, la sanción deberá ser en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada (...)*
8. *De ninguna manera le era dable al IDIPRON ordenar la efectividad de la Cláusula Penal Pecuniaria, toda vez que: a) los bienes fueron recibidos a satisfacción como se demuestra con*

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

el pago total del contrato, b) el recibo de los bienes nos ubica indefectiblemente en la etapa post-contractual del contrato, por lo que exclusivamente en el ejercicio de la prerrogativa sancionadora de la administración, al IDIPRON únicamente le era posible activar las GARANTÍAS POST-CONTRACTUALES que fueran constituidas luego de recibidos los bienes objeto del contrato, c) se equivoca el IDIPRON al pretender afectar una sanción que por excelencia aplica en la etapa contractual y a su vez, declarar el siniestro de una garantía POST-CONTRACTUAL: Prueba de ello es que, el AMPARO DE CUMPLIMIENTO, el cual tiene por objeto cubrir CONTRACTUAL, luego. "entonces, si lo que se cuestiona es la calidad y funcionamiento de los bienes suministrados, ello quiere decir que el juicio objeto de reproche se basa en posibles incumplimientos POST- OST-CONTRACTALES, de manera que resultaba improcedente la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, d) el IDIPRON con su acto administrativo objeto de reproche a todas luces sanciona dos veces por un mismo hecho, esto es que, afecta la cláusula penal por un posible incumplimiento y a su vez declara el siniestro bajo el mismo supuesto fáctico, lo cual configura un evidente enriquecimiento sin justa causa.

III. CONSIDERACIONES

El principio de la autonomía de la voluntad consagrado en la legislación civil y comercial, en concordancia con el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual "*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales*", las entidades públicas pueden pactar en los contratos estatales, estipulaciones cuyo único fundamento y oponibilidad sea el acuerdo de las partes materializado con la suscripción del contrato, con la finalidad de conminar al contratista a su cumplimiento, o de sancionarlo por el retraso o incumplimiento de las obligaciones, facultando a dichas entidades para imponerlas, previa observancia de un procedimiento que garantice el derecho a la defensa y a la controvertibilidad de la prueba.

Frente a este aspecto es menester recordar la disposición contenida en el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007: "*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 mínima 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. (...)"

El Consejo de Estado en sentencia proferida por la Sección Tercera de fecha 23/09/2009, No. de radicación 24639, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, hizo alusión a la finalidad que debe perseguir una entidad estatal al momento de imponer una multa:

"En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, otorgó competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas indicando el procedimiento a seguir para ello. De la norma

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

transcrita se destaca la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto que la cláusula de multas es facultativa, aspecto que la Ley 1150 de 2007 enfatiza de manera expresa a diferencia de los anteriores estatutos de contratación administrativa; en consecuencia, la entidad pública contratante tan solo estará facultada para imponer multas, de manera unilateral y obtener su pago, por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma ley, si estas se hubieren pactado en el respectivo contrato. La norma es enfática en determinar el carácter conminatorio de la multa cuyo ejercicio está supeditado a que tenga tal condición, es decir, que con la Ley 1150, de manera explícita, las multas encuentran su verdadera esencia y finalidad orientado a apremiar al contratista para que de cumplimiento a sus obligaciones en la oportunidad y términos pactados."

Así mismo el Consejo de Estado ha expresado sobre el particular: *"Por regla general 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, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o este en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. ¿No 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"*

La validez de éstas estipulaciones se fundamenta en los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, pues si bien los contratos estatales son por lo general de adhesión, los contratistas tienen la posibilidad de discutir su clausulado durante la etapa precontractual, solicitando las modificaciones al mismo en las oportunidades previstas al efecto,¹ de manera que no pueden luego alegar la nulidad o la ineficacia de las estipulaciones penales para eludir el pago de las sanciones que voluntariamente convinieron.

La Corte Constitucional ha identificado algunas garantías mínimas asociadas al concepto de debido proceso administrativo, que, con independencia de las particularidades propias de la regulación específica de cada actuación, deben ser acatadas de forma general en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 Superior entre ellas se destacan el derecho a: **(I)** que el trámite se adelante por la autoridad competente; **(II)** que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; **(III)** ser oído durante toda la actuación; **(IV)** que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas; **(V)** ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; **(VI)** solicitar, aportar y controvertir pruebas; **(VII)** en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción, e **(VIII)** impugnar las decisiones que puedan afectarle; este mínimo de garantías resulta plenamente aplicable al caso concreto. Lo previsto por los artículos 14 y 35 CCA, entendido a la luz de lo previsto por el artículo 29 de la Constitución, fundamenta esta posición.

Con base en lo anterior, la entidad en primera instancia citó al contratista **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA** con el fin de requerirlo para que diera estricto cumplimiento al contrato de suministro, de conformidad con unas de las obligaciones específicas previstas en la cláusula TERCERA del contrato: **" 3. Reemplazar aquellos productos que no cumplan con las especificaciones técnicas requeridas previo requerimiento del Supervisor, lo cual deberá realizar en un término inferior o igual a tres (3) días calendario. Si el cambio no da espera por interferir con el cumplimiento del objeto contractual, el contratista se obliga a realizarlo en forma inmediata. 5. Otorgar garantía de los bienes objeto del contrato, por un tiempo mínimo de tres (3) meses, por**

¹ Ver artículos 1° y 2° del decreto 2170 de 2002, y el numeral 4° del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

deficiencia de los materiales, roturas, desgarró y cualquier defecto de fabricación, la que deberá presentar por escrito con su oferta, término que empezará a contar desde el momento en que el IDIPRON haga entrega efectiva de los bienes a su beneficiario final (niños, niñas, y adolescentes en condición de vulnerabilidad), el cual nunca fue cumplido a cabalidad por parte del contratista, toda vez que a pesar de consignar en actas diferentes compromisos asumidos por parte de ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA., para subsanar las diferentes garantías de los elementos, estos solamente fueron retirados de las instalaciones del IDIPRON pero nunca volvieron a la Entidad, pese a que la misma brindó en dos oportunidades la subsanación de las garantías el día 13 de noviembre de 2018, 11 de febrero de 2019, 11 de marzo de 2019 y 18 de marzo de 2019 y más aún que el contratista de manera expresa aceptó que habían elementos que estaban fallando.

Como consecuencia al no cumplimiento por parte del contratista **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA** de los compromisos asumidos el 13 de noviembre de 2018, la supervisora del contrato informó mediante correo electrónico del 27 de diciembre de 2018, que los elementos nunca fueron devueltos ni tampoco fueron cambiados; motivo por el cual la OAJ decidió continuar con el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con el fin que hiciera parte del proceso y asegurara el derecho a la defensa que les correspondía, y es cuando se le informó que todos los compromisos que el contratista había asumido desde noviembre del año pasado los había incumplido; toda vez que los hechos que dieron origen son los que se han debatido durante el presente proceso y el contrato ya había sido cancelado en su totalidad; no obstante lo anterior, en audiencia el día 11 de febrero de 2019 estando presentes el CONTRATISTA y la ASEGURADORA, el contratista asumió nuevamente el compromiso del cambio de los elementos lo cual nunca se realizó y nuevamente en audiencia del día 11 de marzo de 2019, la entidad con el fin de verificar los compromisos pactados, el contratista nuevamente se compromete a cambiar las licuadoras y las estufas enanas, pero solicita que sean modificadas las medidas de los hornos de 3 y 5 cámaras, aun cuando no había entregado ningún elemento y la entidad, teniendo en cuenta la voluntad del contratista de cambiar los elementos. le informó en primera instancia que a la fecha no era posible modificar ningún elemento del contrato, debido a que ya había culminado y que debía entregar los elementos de conformidad con las fichas técnicas, para ello le otorga el plazo hasta el día 18 de marzo de 2019, donde nuevamente se evidencia el incumplimiento a los compromisos pactados en las diferentes audiencias.

Con base en el relato anterior, se logra evidenciar que la entidad durante toda la diligencia tuvo el interés en que el contratista subsanara y diera feliz término a la liquidación del contrato y siempre garantizó que las partes participaran en el proceso y siendo más que evidente el incumplimiento por parte del contratista al fallar en los compromisos celebrados en las audiencias de fecha 13 de noviembre de 2018, 11 de febrero de 2019, 11 de marzo de 2019 y 18 de marzo de 2019 la entidad no podía continuar sin tomar acciones legales en pro de los recursos públicos que maneja la administración, debido a que el contratista prometió cumplir lo pactado pero nunca logro materializarse.

Ahora bien, es cierto que Seguros del Estado hizo presencia hasta el día 4 de febrero de 2019 y fueron notificados de los hechos que dieron origen al mismo tal como constan en el oficio de citación, estos que reposan en el oficio de citación, toda vez que son copia textual de las circunstancias de tiempo modo y lugar que dieron origen al mismo y pertenecen al informe del supervisor fueron conocidos por el contratista desde noviembre del 2018 y donde la aseguradora no puede hablar que no conocía de los mismos cuando se le entregaron todos los informes presentados por la supervisora del contrato, tanto en la orden de citación como en audiencia donde se exponen los argumentos por los cuales se expone el trámite de incumplimiento al contrato en razón a que el contratista a pesar de comprometerse en muchas ocasiones nunca realizó la devolución de las garantías.

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

Aún más, como quiera que se encontraban la aseguradora y contratista el día 4 de febrero de 2019, nuevamente la OAJ y con el fin de proteger el derecho a la defensa y debido proceso que le asisten a las partes, corrió traslado nuevamente al contratista ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA., y a la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO, quienes intervinieron respecto de los hechos que fueron entregados desde el día 2 de octubre de 2018, otorgándoles la oportunidad de traslado de pruebas frente al proceso en cuestión, en esta ocasión el contratista conoce y acepta las falencias de los equipos e informa cambiarlos, promesa que nunca cumplió.

De esto se desprende que es absurdo pensar que en el acto administrativo que declara el incumplimiento al contrato de suministro No. 1576 de 2017, en el que se entiende incorporado el poder de la administración y que goza de los privilegios que le son propios, no pueda obligar al pago de la cláusula penal que por sí misma es exigible con el mero incumplimiento del contratista, cuando su finalidad sea la de compeler al incumplido a que ejecute cabalmente sus compromisos, o cuando haya una garantía a cargo de un tercero. Se insiste en que la cláusula penal allí pactada es exigible y en principio presta mérito ejecutivo, por lo que su pago es obligatorio, más aún cuando existe un perjuicio y la Entidad garantizó el derecho a la defensa y debido proceso que le asistían a las partes.

Por lo anterior, para la entidad no obra ningún tipo de violación al debido proceso o vulneración al derecho a la defensa, al contrario, lo que encuentra la entidad es que el contratista ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA., dilató este proceso durante mucho tiempo afirmando compromisos que no fueron cumplidos, ocasionando onerosos desgastes administrativos, toda vez que eran organizados diferentes cuerpos logísticos para la entrega de los elementos y no fueron entregados.

Ahora bien, respecto del informe del supervisor que sustentó el trámite de incumplimiento al contrato de suministro No. 1576 de 2017 fue entregado tanto a contratista como supervisor en el oficio de citación toda vez que fue transcrito para mayor conocimiento de los mismos; motivo por el cual no se puede alegar falta de conocimiento por parte del contratista ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA., y a la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO y además de ello fue incorporado en la audiencia el día 4 de febrero de 2019.

Respecto de la tasación de perjuicios, el contratista ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA., tenía toda la disponibilidad de hacer los cambios necesarios de los elementos defectuosos de acuerdo a los manifestado en las actas de audiencia celebradas el día 13 de noviembre de 2018, 11 de febrero de 2019, 11 de marzo de 2019 y 18 de marzo de 2019 y la buena voluntad de la entidad al permitir que el contratista subsanara todos los elementos sujetos a garantía, toda vez que podían ser subsanados durante el proceso de incumplimiento, por lo que no se podía hablar de un valor determinado de los perjuicios ocasionados por el contratista a la Entidad, y era susceptible de modificación cada vez que el contratista retiraba un elemento y pretendía subsanar la garantía, en virtud que los elementos hubieran podido ser entregados a entera satisfacción por parte del contratista durante el curso del trámite de incumplimiento al contrato de suministro 1576 de 2017 y no haber realizado la declaratoria de incumplimiento. Ahora bien, la tasación de perjuicios fue conocida por las partes en audiencia celebrada el día 18 de marzo de 2019, fecha en la cual se encontraban tanto contratista ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA., como la representante de SEGUROS DEL ESTADO, debido a que el contratista expresó reiteradamente que tenía la voluntad de subsanar los elementos sujetos a garantía, estos no fueron entregados a la entidad a pesar de haberlos retirado de las diferentes unidades de protección integral (UPI).

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

En lo concerniente al contrato de suministro 1576 de 2017, la entidad citó la póliza No. 12-44-101161930, independiente del tipo de amparo que fuera a afectar, toda vez que debía ser demostrado en el trámite de incumplimiento tal y como se evidenció en el mismo, siendo el aplicable al caso en concreto el amparo de cumplimiento, toda vez que como bien lo menciona SEGUROS DEL ESTADO en sus argumentos: "...como quiera que únicamente se mencionó como posible consecuencia la imposición de la cláusula penal pecuniaria -objeto de cobertura del amparo de cumplimiento-, pero no se hizo referencia a hechos que presupongan la afectación del amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes...", al ser declarado un incumplimiento al contrato mediante la resolución No. 193 de 2019, la póliza siniestra, imponiendo la obligación al asegurado o su garante de pagar la cláusula penal con la cual fue sancionado; es por ello que SEGUROS DEL ESTADO deberá responder por el amparo de cumplimiento, toda vez que en el articulado de la POLIZA UNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES establece lo siguiente: "1. AMPAROS, NUMERAL 1.4 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...d) el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria siempre que se hubieren pactado previamente en el contrato garantizado..." (subrayado fuera de texto); en consecuencia, se deberá a proceder a modificar el amparo a afectar por el presente incumplimiento al contrato de suministro No. 1576 de 2017 y no puede alegar hechos nuevos o situaciones jurídicas nuevas, cuando el contratista ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA., y la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO, conocieron los hechos por los cuales fue sancionado el contratista desde el inicio del proceso.

Tal y como lo puso en conocimiento la recurrente, se hace necesario modificar el plazo para pagar el valor de la multa, de conformidad con lo previsto en el artículo 1080 del código de comercio, en consecuencia, se hará la modificación en el presente acto administrativo.

Para efectos de la cuantificación de los perjuicios, tenemos que en audiencia celebrada el día 27 de marzo de 2019, la supervisora del contrato mediante correo electrónico, rinde informe de todos los elementos que fueron retirados por el contratista en las diferentes unidades de protección integral alegando que la suma asciende al valor de **CINCUENTA Y NUEVE MILLONES VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M7CTE (\$ 59.024.296)**, valor que fue cancelado al contratista en su totalidad por la compra de los elementos.

Aunado a lo anterior, solicitan para el presente recurso de reposición la práctica de pruebas las cuales fueron debatidas en audiencia donde se evidenciaron las fechas exactas del retiro de los elementos por parte del contratista y más específicamente una licuadora que fue retirada el día 16 de febrero de 2019, elemento que hizo que aumentara la suma de los perjuicios, toda vez que inicialmente se habían planteado que el valor de los perjuicios ascendía a la suma de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$ 57.001.259)**, tal y como fue evidenciado en la audiencia celebrada el día 23 de marzo de 2019, donde al hacer la lectura de la resolución No. 193 de 2019, la supervisora indica que la licuadora a pesar de haber sido retirada por el contratista no fue incluida en los perjuicios lo que incrementó el valor a la suma de **CINCUENTA Y NUEVE MILLONES VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$ 59.024.296)**.

De la solicitud de la rebaja de la pena por incumplimiento parcial, la Entidad determina que la misma se encuentra ajustada a derecho toda vez que las pérdidas ocasionadas de los elementos que fueron retirados de las instalaciones del IDIPRON y que nunca fueron devueltos para su óptimo funcionamiento ascienden a la suma de **CINCUENTA Y NUEVE MILLONES VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$ 59.024.296)**, valor que fue aclarado

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

por la supervisora del contrato el día 27 de marzo de 2019, fecha en la cual se dio lectura de la resolución No. 193 de 2019, al informar que son 10 hornos de 5 cámaras, 8 licuadoras, 3 estufas enanas y 4 hornos de 3 cámaras, elementos que son indispensables para la preparación de los alimentos de los Niños, Niñas, Adolescentes y Jóvenes vinculados al IDIPRON, los cuales al ser retirados por **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA** de las Unidades de Protección Integral tuvieron que ser reemplazados por otros con el fin de no suspender el servicio de alimentos en la Unidad, esto generó mayores costos para la entidad al buscar la sustitución de los mismos. Entonces no se puede hablar de algún tipo de enriquecimiento sin causa toda vez que los perjuicios ocasionados para la entidad son mucho mayores al valor de sanción impuesta y la entidad tendrá que asumir la diferencia e iniciar un nuevo proceso para la adquisición de los elementos con nuevos precios en el mercado a pesar de haberlos cancelados al contratista **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA** en el año 2017 en su totalidad. Es así que con el valor de **TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$ 34.500.000)**, suma que fue impuesta en virtud de la sanción, la Entidad no alcanza a compensar o reparar del detrimento al daño presentado con ocasión al incumplimiento del contratista, entonces no se puede hablar de falta de proporcionalidad y racionalidad de la sanción con base en los argumentos ya expuestos; para ello la entidad iniciara el trámite pertinente con el fin de buscar el remanente de los perjuicios por parte del contratista a través de las demás garantías previstas en la póliza de cumplimiento No. 12-44-101161930 a favor del IDIPRON, en virtud del parágrafo tercero cláusula decimo cuarta del contrato de suministro No. 1576 de 2017.

Para la declaratoria del siniestro el Código de Comercio asume el criterio que este es la ocurrencia del hecho², de manera que es la fecha de ocurrencia del siniestro³ la que determina el inicio del término de prescripción respecto de la víctima, pues respecto del asegurado, el término de la prescripción iniciará con la reclamación.⁴

Para ser más preciso el Consejo de Estado, mediante sentencia CE SC E 1748 DE 2006, expediente **11001-03-06-000-2006-00050-00(1748)** refiere:

"...3. ¿Cómo puede la entidad pública declarar, en forma expedita, el siniestro que faculta al cobro de las pólizas de cumplimiento que comprendan el pago de las multas? si es probable que para el momento en que la decisión judicial se encuentre en firme, la vigencia de la póliza haya expirado.

3º. a) El garante de las obligaciones del contratista en la contratación estatal, es por lo general una compañía aseguradora que ha expedido un seguro de cumplimiento. Este está obligado a pagar, en los términos de su contrato, cuando el contratista incumpla. Si la administración está autorizada a dictar actos administrativos como en el caso de las potestades del artículo 18 de la ley 80 de 1993, deberá pagar contra la ejecutoria de los mismos..."

Es por ello que el IDIPRON al declarar el incumplimiento del contrato al contratista **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA**, imponiendo la correspondiente multa por concepto de CLAUSULA PENAL, está generando la ocurrencia del hecho, esto es el siniestro a la póliza No. 12-44-101161930 amparo de cumplimiento a favor del IDIPRON en virtud del contrato de seguros celebrado con la compañía SEGUROS DEL ESTADO, como ya se había mencionado anteriormente.

² Artículos 1072 y 1.131 código de comercio, reformados por la ley 45 de 1990.

³ Entendido como el acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado.

⁴ La ley 389 de 1997, al introducir nuevas modalidades de cobertura, hace énfasis en la reclamación, pero sin modificar la estructura original del Código de Comercio ni la reforma de la ley 45 de 1990.

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: Ratificar el artículo primero de la RESOLUCIÓN No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019, que declara el **INCUMPLIMIENTO PARCIAL** al Contrato de Suministro No. 1576 de 2017, suscrito con ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA, identificado con el NIT 830.143.886-3, cuyo objeto fue: ***"SUMINISTRO DE DOTACIÓN EQUIPOS Y MENAJE DE COCINA PARA DOTAR LA (S) UNIDAD (ES) DE PROTECCIÓN INTEGRAL (UPI) Y COMEDORES COMUNITARIOS BAJO LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD CONTRIBUYENDO PARA LA ATENCIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DEL IDIPRON*** por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: Ratificar el artículo segundo de la resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019, por medio de la cual hace efectiva la **CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA** e imponer a título de pena la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$ 34.500.000)**, por el incumplimiento parcial del Contrato No. 1576 de 2017, suscrito con ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA, identificado con el NIT 830.143.886-3, cuyo objeto fue: ***"SUMINISTRO DE DOTACIÓN EQUIPOS Y MENAJE DE COCINA PARA DOTAR LA (S) UNIDAD (ES) DE PROTECCIÓN INTEGRAL (UPI) Y COMEDORES COMUNITARIOS BAJO LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD CONTRIBUYENDO PARA LA ATENCIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DEL IDIPRON."***, la suma que corresponde al 10% del valor en el Contrato de Suministro No. 1576 de 2017, lo cual se ajusta a la CLÁUSULA DECIMO CUARTA del mismo, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

TERCERO: Aclarar el numeral tercero de la siguiente manera: **ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA**, identificado con el NIT 830.143.886-3, deberá pagar el valor señalado en el artículo anterior, en la cuenta que para tal efecto señale el Área de Presupuesto del Instituto Distrital para la Protección de la Niñez y la Juventud – IDIPRON y si no procede en tal sentido, se exigirá su pago a **SEGUROS DEL ESTADO S. A.** en virtud de la póliza de cumplimiento No. 12-44-101161930 amparo de cumplimiento a favor del IDIPRON, dentro de los términos previstos en el artículo 1080 del código de comercio.

CUARTO: Aclarar el numeral CUARTO de la siguiente manera: Siniestrar la Póliza de cumplimiento a favor del IDIPRON No. 12-44-101161930., expedida por la compañía aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S. A.**, por la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$ 34.500.000)**.

QUINTO: Ordenar el trámite a que haya a lugar, con el fin obtener de manera completa el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con ocasión al incumplimiento del contrato de suministro y las garantías de los elementos no entregados por el contratista.

RESOLUCIÓN No. 306 de 2019

"Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 193 de 2019 del 27 de marzo de 2019 que declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria al contrato No. 1576 de 2017, suscrito entre el IDIPRON y ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA. NIT. 830.143.886-3 y se cierra la actuación administrativa"

SEXTO: Notificar la presente resolución en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al Representante Legal de ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA, identificado con el NIT 830.143.886-3 y notificar el presente acto administrativo al representante legal de la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO, de conformidad con lo establecido en los artículos 67 al 69 y 71 de la ley 1437 del 18 de enero de 2011 *"por la que se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo."*


SEPTIMO: Publicar el presente acto administrativo en la página web del IDIPRON.

OCTAVO: Contra el presente acto administrativo, no procede recurso alguno y se da por agotada la actuación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Notifíquese, publíquese y cúmplase,

29 MAY 2019

Dada en Bogotá a los


WILFREDO GRAJALES ROSAS
Director General

Proyectó: Adriana Botía Rodríguez - Abogada Oficina Asesora Jurídica
Aprobó: Jesús Leandro Tarazona Moncada - Jefe Oficina Asesora Jurídica 