



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

EL JEFE DE LA OFICINA JURÍDICA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL

En uso de sus atribuciones legales y estatutarias y en especial las conferidas, entre otros, los numerales 1° y 2° del artículo 4 y el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, y en ejercicio de la delegación contenida en la Resolución No. 115 de fecha 21 de febrero de 2024 *“Por medio de la cual el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, modifica de manera transitoria la Resolución 575 del 12 de Julio de 2023”* y demás disposiciones concordantes,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

- a. Que mediante Resolución No. 115 de fecha 21 de febrero de 2024¹ *“Por medio de la cual el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, modifica de manera transitoria la Resolución 575 del 12 de Julio de 2023, para delegar funciones en materia sancionatoria contractual en el Jefe de la Oficina Jurídica”*.
- b. Que el acto administrativo de delegación fue publicado en el Registro Distrital 7991 de 22 de abril de 2024²

¹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=144041>

² <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=154193>



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

- c. Que el 11 de agosto de 2021, la UAERMV suscribió con la sociedad Tecnirepuestos Industriales Ltda el Contrato de Suministro No. 495 del 2021:

CONTRATO NO.	495 DEL 11 DE AGOSTO DE 2021 ³
Tipología Contractual	Suministros
PROCESO DE SELECCIÓN	Selección Abreviada por Subasta Inversa No. SASI-009-2021
CONTRATISTA	TECNI REPUESTOS INDUSTRIALES LTDA - TRILTDA -con NIT 830.065.552-4, Dirección de Notificación Judicial CR 24 No.4A-82 Email de Notificación Judicial; gerencia@tecnirepuestos.com , Representante legal: Nydia Helena Piraban Rincón - Gerente; Rafael Antonio Vega Rincón Suplente del Gerente.
OBJETO	<i>"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERIA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL".</i>
PLAZO DE EJECUCIÓN INICIAL	OCHO (8) MESES
PRÓRROGA	NOVENTA (90) DÍAS CALENDARIO
VALOR DEL CONTRATO	MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS

3

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2063896&isFromPublicArea=True&isModal=False>



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

	M/CTE. (\$1.347.895.463), INCLUIDO IVA.
FECHA DE INICIO	10 de septiembre de 2021
FECHA DE TERMINACIÓN	07 de agosto de 2022
ESTADO DEL CONTRATO	Pendiente liquidación
SUPERVISOR	LUIS FERNANDO RAMOS PARRA

Es la información precontractual y contractual que se encuentra en la plataforma SECOP II:

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2063896&isFromPublicArea=True&isModal=False>

- d. Que mediante los radicados Nos. 20231150011581 y 20231150011291 del 30 de enero de 2023, el Subdirector de Producción y Apoyo Logístico de la UAERMV citó al contratista TECNIREPUESTOS INDUSTRIALES LTDA y a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., para efectos de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual por el presunto incumplimiento del Contrato de Suministro No. 495 de 2021, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y con fundamento en el Informe No. 20221300155953 del 1 de diciembre de 2022 remitido por el supervisor del contrato.
- e. Que el procedimiento administrativo sancionatorio de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, inició el 8 de febrero de 2023. Las sesiones de continuación de la audiencia verbal concentrada se llevaron a cabo los días 15 de febrero, 21 de febrero, 19 de abril, 21 de abril, y 2 de mayo de 2023, la audiencia de 12 de octubre de 2023 fue reprogramada para el 20 de octubre y se finalizó el 7 de noviembre de 2023.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

- f. Que, en desarrollo de la sesión de la audiencia de 20 de octubre de 2023, el Subdirector de Producción y Apoyo Logístico de la UAERMV profirió y notificó en estrados la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023, en cuya parte resolutive se dispuso que:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el INCUMPLIMIENTO PARCIAL del Contrato de Suministro No. 495 del 11 de agosto 2021, suscrito entre LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL Y TECNIREPUESTOS INDUSTRIALES LTDA, identificada con Nit. 830.065.552-4, representada legalmente por Rafael Antonio Vega Rincón, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.402.068, por las razones, argumentos y pruebas expuestos en la parte motiva de la presente decisión administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, hacer efectiva de manera proporcional la cláusula penal pecuniaria pactada en la CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA del Contrato de Suministro No. 495 del 11 de agosto 2021, en la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTO NOVENTA Y CUATRO PESOS (36.959.294) M/CTE a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV, y a cargo del contratista TECNIREPUESTOS INDUSTRIALES LTDA – LTDA., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión administrativa. Dicho valor deberá consignarse en la cuenta corriente No. 0060 6999 8455 del Banco Davivienda a nombre de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial – UAERMV, identificada con NIT. 900.127.032-7.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar ocurrido el siniestro amparado en la Garantía de cumplimiento a favor de entidades Estatales No. CSC-



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

100014144, en el amparo de cumplimiento, expedida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860.037.013-6, en la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTO NOVENTA Y CUATRO PESOS (36.959.294) M/CTE, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión administrativa, en el evento en que el contratista TECNIREPUESTOS INDUSTRIALES LTDA, se abstenga de efectuar el pago de la sanción aquí impuesta dentro de los DIEZ (10) días hábiles siguientes a la firmeza del presente acto administrativo.

En caso de que el Garante no realice el pago dentro del término dispuesto, se procederá hacer el agotamiento del procedimiento persuasivo o en su defecto el coactivo desde las áreas competentes de la Unidad, con la efectividad de las respectivas garantías y de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por el parágrafo del Artículo 111 de la Ley 510 de 1999.

ARTÍCULO CUARTO: La presente resolución queda notificada en audiencia a las partes intervinientes de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, haciéndole saber tanto al CONTRATISTA como al apoderado del GARANTE, que contra la presente decisión administrativa procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse y sustentarse en la misma audiencia.

ARTÍCULO QUINTO: Una vez en firme la presente decisión, expídase constancia de ejecutoria de acuerdo con el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), ordenar la publicación de la parte resolutive de la misma en el SECOP, en los términos del Artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012 modificadorio del Artículo 31 de la Ley 80 de 1993; igualmente comunicar a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012. De igual forma, se realizará el correspondiente registro en la Cámara de



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Comercio en los términos señalados en el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto No. 1082 de 2015.

ARTÍCULO SEXTO: El presente acto administrativo presta merito ejecutivo para los efectos legales correspondientes.

ARTÍCULO SÉPTIMO: La presente resolución rige a partir de la fecha en que quede en firme.

ARTÍCULO OCTAVO: ARCHIVAR el expediente una vez en firme esta decisión”.

- g. Que en audiencia del 7 de noviembre de 2023 los abogados del contratista y de la aseguradora sustentaron el recurso de reposición interpuesto contra la decisión administrativa contenida en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 y solicitaron pruebas.
- h. Que en sesión del 28 de diciembre de 2023 el abogado Fabián Moscote Aroca, apoderado del contratista Tecnirepuestos Industriales LTDA, presentó recusación en contra del funcionario Giacomo Marcenaro Jiménez- Subdirector de Producción y Apoyo Logístico de la UAERMV, argumentado que se configuraba la causal 2 del artículo 11 del CPACA.
- i. Que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 la actuación administrativa se suspendió desde la presentación de la recusación, hasta cuando esta se decida, por lo que los términos para resolver el recurso quedaron suspendidos desde el 28 de diciembre de 2023 hasta la fecha en que se tome la decisión en estrados.
- j. Que, a su turno, el artículo 145 del C.G.P. prevé la suspensión del proceso por impedimento o recusación. El proceso se suspenderá desde que el funcionario



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

se declare impedido o se formule la recusación hasta cuando se resuelva, sin que por ello se afecte la validez de los actos surtidos con anterioridad.

- k. Que mediante acto administrativo contenido en la Resolución N° 033 del 16 de enero de 2024 se resolvió la recusación presentada por el abogado Fabián Moscote Aroca, apoderado del contratista Tecnirepuestos Industriales LTDA, presentó recusación en contra del funcionario Giacomo Marcenaro Jiménez-Subdirector de Producción y Apoyo Logístico de la UAERMV, argumentado que se configuraba la causal 2 del artículo 11 del CPACA. El Director de la Entidad en el referido acto administrativo decidió: ***“RECHAZAR la recusación formulada por el apoderado de la sociedad TECNIREPUESTOS INDUSTRIALES LTDA, en contra del funcionario GIACOMO MARCENARO JIMÉNEZ, designado mediante Resolución No. 575 de 12 de julio de 2023, modificada por la Resolución 802 de 14 de septiembre de 2023 para el conocimiento y decisión del procedimiento sancionatorio contractual adelantado por el presunto incumplimiento del Contrato No. 495 de 2021, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.”***
- l. Que la decisión tomada aún no ha sido notificada a las partes i) contratista, ii) aseguradora, por lo que esta se notificará en la audiencia en la cual se haga lectura de la presente resolución, decisión sobre la cual no procede recurso alguno.
- m. Que mediante Resolución No. 115 de fecha 21 de febrero de 2024 el Director de la Entidad decidió: ***“ARTÍCULO PRIMERO. Adicionar el artículo primero de la Resolución No. 575 de 2023 así: PARÁGRAFO NOVENO: Delegar en el jefe de la Oficina Asesora Jurídica, la competencia de Imposición de multas,***



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

sanciones y declaratorias de incumplimiento de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, para los casos que puntualmente le sean señalados”

- n. Que el Director de la Entidad mediante Memorando contenido en el radicado 20241150051533 de fecha 23 de febrero de 2024 le señaló al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica:

Con la invocación de la RESOLUCIÓN No. 115 de fecha 21/02/2024 “Por medio de la cual el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, modifica de manera transitoria la Resolución 575 del 12 de Julio de 2023, para delegar funciones en materia sancionatoria contractual en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica”, me permito trasladarle los procesos administrativos sancionarlos que actualmente se encuentran en curso a saber:

[...]

3- Incumplimiento contrato 495-2021 el cual tiene como objeto: “SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERIA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL”. Toda la actuación adelantada hasta la fecha le será remitida por la Gerente de Contratación, Dra. Mónica Hernández”

- o. Que en virtud del traslado la Gerente de Contratación, Dra. Mónica Hernández mediante radicado 20241150052373 del 26 de febrero de 2024 efectuó el traslado ordenado:



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

“3- Incumplimiento contrato 495-2021 el cual tiene como objeto:

*“SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERIA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL”. Los documentos que soportan el trámite realizado dentro del proceso administrativo sancionatorio se encuentran en el Orfeo en el expediente 202111011000100446E, actualmente el proceso se encuentra para fallo de segunda vista teniendo en cuenta los recursos presentados contra la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023, “Por medio de la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio, adelantado mediante el proceso establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato No. 495 de 2022”, los cuales fueron presentado mediante los radicados 20231120162132 y 20231120162782. Las grabaciones de las audiencias adelantadas dentro de los procesos administrativos sancionatorios pueden ser consultadas **internamente** en el link:*

https://uaermv-my.sharepoint.com/:f/g/personal/monica_hernandez_umv_gov_co/EgN3p2kaTx1LvWMRD7ovS5ABiA4Mjj5qk4cluPk9tWzgiA?e=B8vfdv

Para vista pública los archivos han sido colocados en el siguiente link:

https://uaermv-my.sharepoint.com/:f/g/personal/yezid_alvarado_umv_gov_co/EmUr2pShkWpIph8GtWVI1ZEB1mYX8Z33HWMKflp_t6U5sg?e=K1rY6T

- p. Que mediante el presente acto administrativo en virtud de la Delegación conferida mediante Resolución No. 115 de fecha 21 de febrero de 2024 se



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

avoca conocimiento de la actuación y, se procede a continuar con la actuación administrativa en el estado en que se encuentra, para lo cual se ha revisado el expediente contractual contenido en el SECOP II, el Expediente Orfeo 202111011000100446E, la documentación aportada por la Gerencia de Contratación y la información recopilada por la Oficina Jurídica en los radicados 20241400105911 de 17 de octubre de 2024; 20241400105311 de 16 de octubre de 2024; 20241400105241 de 16 de octubre de 2024 ; 20241400103391 de 9 de octubre de 2024; 20241400103271 de 9 de octubre de 2024 a efectos de verificar con detalle que durante la actuación se halla respetado en todo momento el derecho de defensa y el debido proceso del contratista y de su garante, conforme lo ordena el artículo 207 del C.P.A.C.A., lo cual, cumplido con minuciosidad, permite continuar con la actuación, toda vez que el apoderado del contratista recusó al ordenador del gasto sin que la administración haya encontrado mérito para ello como quedó notificado en esta audiencia de fallo.

- q. Que el Ingeniero *GIACOMO MARCENARO JIMÉNEZ* una vez presentado el recurso de reposición que se procede a resolver, decidió abrir termino para su práctica y se ordenó: i) Mediante radicado **20231150297293** del 11 de diciembre de 2023 se profirió el Auto de Pruebas del 11 de diciembre de 2023, donde se ordenó:

[...] PRIMERO: DECRETAR PRUEBA DOCUMENTAL que deberá realizar la supervisión del contrato, consistente en un estudio del sector en los términos de la Guía General para la elaboración de estudios de mercado de Colombia Compra Eficiente, frente al valor promedio unitario (incluido IVA) de los siguientes ítems de ferretería establecidos en el anexo técnico del proceso de selección No. SASI-009-2021, que forma



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

parte del contrato 495 de 2021, durante el periodo comprendido entre el 01 de enero al 30 de agosto de 2022:

ITEM	DESCRIPCIÓN	UND
11	BARRA 14 LBS FEN-72	UN
19	BOQUILLERA ALUMINIO 6 X1-1/2 FEN-76	UN
31	CANECA PLASTICA CON TAPA 55 GL TIPO ARO CON TAPA FEN-92	UN
33	CEPILLO TEXTURIZADOR DE 60	UN
38	CURADOR PARA CONCRETO A BASE DE RESINAS BASE ACUOSA BLANCO X 20 KILOS FEN-46	UN
39	DEMOLEDOR SDS-MAX 25 JOULES 5 JOULES, POTENCIA 1540 W	UN
45	DURMIENTE DE 4,5X4,5 AMARILLO FEN-212	UN
52	ESTIBAS PLASTICAS ANTIDERRAME (125 x 125 x 14 CM)	UN
59	GEODREN VIAL TB 65 MM 1 MT FEN-284	UN
60	GEOTEXTIL NT 1800 FEN-287	m2
61	GEOTEXTIL NT 2500 FEN-288	m2
62	GEOTEXTIL NT 4000 FEN-289	m2
75	MARCO SUMIDERO NORMA NP 023(83,5X45,5X14) FEN-312	UN
86	PLACA DE CUBIERTAS TAPA POZO TIPO EAAB 1,7 E =0,25 M	UN
93	RETARDANTE DE EVAPORACION DE ACABADOS CONCRETOS 20KG FEN-53	UN
94	ROTOMARTILLO SDS MAX DE 1800 W 19 J MODELO D25773K-B3	UN
96	SELLADOR ELASTICO CON BASE EN POLIURETANO X 300cc	UN
99	TABLA BURRA DE 3M X 0,30 M ORDINARIO FEN-220	UN
107	TUBERÍA DRENAJE 100MM 5M CARRETERA CON UNION C/FILTRO	UN
109	TUBERIA PVC U.M. EXT CORRUGADO/INT LISO ALCANTA D=250 MM (10) X 6M FEN-260	UN



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

110	TUBERIA PVC U.M. EXT CORRUGADO/INT LISO ALCANTARILLADO D= 315 MM (12) X6M FEN-261	UN
111	TUBERIA PVC U.M. EXT CORRUGADO/INT LISO ALCANTARILLADO D=200 MM (8) X6M	UN
114	UNIVERSAL PARA ACOMETIDA DE $\frac{3}{4}$ X $\frac{3}{4}$ PVC FEN-271	UN
128	GEOTEXTIL NT 1600	M2

- r. Mediante radicado 20231150307413 de 19 de diciembre de 2023 se ordenó: *ii) **INCORPÓRESE** al expediente los documentos allegados por la Supervisora con el memorando No. 20231900305923 del 18 de diciembre de 2023 contenido en un (01) folio y sus anexos contenido en dieciocho (18) archivos.”*
- s. Mediante Radicado 20231120162132 de **26 de diciembre de 2023** el abogado de la aseguradora presentó escrito en el cual argumenta una supuesta violación del debido proceso por indebida integración y valoración probatoria y, además, presentó solicitud de revocatoria de lo actuado hasta antes de la Resolución 895 de 20 de octubre de 2023:

*“Atendiendo, en correcto término de traslado y conforme al principio constitucional del debido proceso que permea cualquier proceso desde su nacimiento y hasta su terminación, con respeto a los demás derechos fundamentales y garantías que le llegan a soportar, en defensa de mi representada, se solicita de manera muy respetuosa, **revocar lo actuado hasta antes de proferirse la resolución 895 del 20 de octubre de 2023**, toda vez que la entidad incorporó al proceso, antes de proferirse acto administrativo que resuelve los recursos de reposición interpuestos y de su firmeza, nueva prueba que la*



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

administración tenía dentro de su haber, que no incorporó y no tuvo en cuenta para la proferir decisión del 20 de octubre de 2023.

Lo anterior, se debe tener en cuenta, toda vez que el último informe de la supervisión incorporado, revela nuevos detalles sobre precios y cotizaciones de los insumos requeridos, que constan de nuestra defensa, si eran apreciables los argumentos de desequilibrio económico contractual. Prima facie, se pueden notar los cambios en los precios debido a la fluctuación y movimientos cambiarios, que no podía anticipar el contratista de ninguna manera y que la misma entidad, a través de informe de supervisión, lo indica: [...]”

Ahora bien, indicó la entidad en decisión del 20 de octubre de 2023 que tampoco podía comprometer un uso discrecional del erario, lo que no quiere decir que sea oportunidad prospera de no atender de manera asertiva las solicitudes del contratista en su oportunidad, llegando a un justo medio que le permitiera a la entidad no violar el ordenamiento jurídico que se le exige pero tampoco desentendiendo a su contraparte contractual.

- t. Mediante el mismo Radicado 20231120162132 de 26 de diciembre de 2023 el abogado de la aseguradora presentó escrito donde adicionalmente presenta y sustenta en forma extensa argumentos adicionales a su recurso de reposición, a pesar de haber sustentado su recurso el 7 de noviembre de 2023, el abogado de la aseguradora en escrito del 26 de diciembre de 2023 presenta argumentación adicional nueva y reiterativa para sustentar su recurso, donde resalta que hubo inobservancia del *non bis in idem* (argumento nuevo para la



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

aseguradora) y que es una “reiteración” al “desequilibrio económico del contrato” y a la restauración del “equilibrio económico” del contrato. Adicionalmente agrega y sustenta como solicitud nueva respecto del recurso de reposición se estudie la aplicación del principio de proporcionalidad respecto de la tasación de la cláusula penal. Los mismos, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental y el derecho de defensa, se tendrán en cuenta por este Despacho para resolver el recurso de reposición y se integraran como un todo para efectos de considerar con estos la sustentación completa del recurso que por la presente resolución se resuelve:

OBSERVANCIA DEL NON BIS IN IDEM (argumento nuevo)

Ahora bien, debe la entidad procurar con este nuevo material probatorio incorporado no vulnerar el principio non bis in idem, el cual es la prohibición del juzgador de tratar, sancionar o condenar dos veces sobre los mismos hechos, del cual la Corte Constitucional indicó que “El non bis in idem se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas).¹ En aquella oportunidad, de sentencia C 554 de 2001, también indicó el tribunal constitucional, que si bien no hace imposible juzgar dos veces en tanto se trate de autoridades diferentes, si es imposible para “autoridades del mismo orden y mediante procedimientos diversos sancionen repetidamente la misma conducta,



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

como quiera se produciría una inadmisble reiteración del ius puniendi del Estado, y de contera, un flagrante atentado contra la presunción de inocencia.”

Tenga en cuenta la entidad que, con suma estrictez, debe verificar la no violación de este principio constitucional, toda vez que, aun entendible la responsabilidad administrativa y legal que tiene la administración respecto del erario, no puede tampoco pasar por encima de los preceptos constitucionales, recordados en instrumentos internacionales pertenecientes al bloque de constitucionalidad, sobre las garantías básicas de un proceso, llámese judicial, administrativo sancionatorio o de otras indoles que deban guardar las garantías ya enunciadas. [...]”

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL – REITERACIÓN

Con ocasión de la pandemia y las medidas tomadas para superar la crisis, se ha generado el desequilibrio económico de algunos contratos. Así las cosas, la ecuación económica planteada al momento de la celebración del contrato puede verse alterada por eventos sobrevinientes, que pueden impactar el equilibrio económico contractual, los cuales pueden ser: b. Teoría de la imprevisión. Hechos imprevisibles para las partes, que afectarían la ecuación económica del contrato; ejemplo: la escasez de materia prima. Esta paralización, que podría darse por el desequilibrio económico del contrato, no es considerada un eximente de responsabilidad en sí mismo, pero no podría sostenerse que se está frente a un incumplimiento imputable al contratista. En todo caso, no podemos olvidar que el restablecimiento del equilibrio económico contractual es una responsabilidad de la entidad contratante, de manera que no resolverlo puede redundar en un incumplimiento obligacional, e incluso, podría derivar en que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido, que si bien no



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

lo faculta para incumplir, desembocaría en que no se encuentre en mora mientras su contraparte, la entidad contratante, no cumpla con el restablecimiento mencionado.

En este último evento, es decir, siendo alegable esa excepción, no va a tener lugar la responsabilidad del contratista, por ausencia de mora, y tampoco se afectará el seguro de cumplimiento, en concordancia con lo que se ha explicado. Cabe anotar que el contratista si tuvo en cuenta la variación de precios del mercado al realizar su propuesta, sin embargo, la crisis de los contenedores fue algo imprevisible y el aumento en algunos ítems tal como se menciona por el contratista y teniendo de presente los soportes de cotización, hubo un aumento de precios hasta del 1000% cosa que no se esperaba que sucediera a pesar de la crisis. Así quedó igualmente sustentado en el informe de supervisión incorporado, el cual, de tenerse en cuenta, debe entonces la autoridad realizar un análisis más profundo e integral de todo el material incorporado, con el fin de tomar una decisión acertada y congruente con lo presentado.

EQUILIBRIO ECONÓMICO - REITERACIÓN Si bien los eventos relacionados por TECNI REPUESTOS INDUSTRIALES LTDA. causaron que fuera más gravosa la ejecución del contrato, lo cual no es óbice para concebir que el objeto contractual sea imposible de cumplir, se trata de situaciones o alteraciones imprevistas para ambas partes como lo es la variación del dólar y el problema de los contenedores. En relación con el suministro pendiente también debe acogerse a la tesis de la imprevisión, puesto que es una situación que para ninguno de los extremos contractuales hubiera sido concesible, teniendo en cuenta la crisis de los contenedores que también permitió que el alza del dólar



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL "

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

afectara abruptamente al mercado. No obstante, hay que hacer referencia nuevamente que tal evento queda proscrito del marco de estudio de costo-beneficio del contratista TECNI REPUESTOS INDUSTRIALES LTDA

Finalmente, en el escrito de 26 de diciembre de 2023 solicita y argumenta adicionalmente a los argumentos presentados al momento de sustentar el recurso de reposición presentado los siguientes, que se tendrán en cuenta al momento de resolver la reposición:

“APLICACIÓN DE PROPORCIONALIDAD EN CASO DE EFECTIVIDAD DE IMPOSICIÓN DE CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – AJUSTAR DECISIÓN” (argumento nuevo)

En caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento del contrato la indemnización debe ser proporcional al porcentaje de la obligación incumplida y proporcional al valor asegurado. En otros términos, en caso de presentarse incumplimientos parciales del garantizado contratista, la indemnización de perjuicios a cargo de mi representada la aseguradora COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. será proporcional al porcentaje de la obligación incumplida, con respecto al valor asegurado. Teniendo en cuenta el último informe incorporado, con mayor motivo debe la entidad hacer un estudio más juicioso y contemplativo del material probatorio, en línea con la proporcionalidad, si persiste el ánimo condenatorio en su decisión. Ahora bien, si accede a la primera solicitud y revoca el acto administrativo resolutivo, para tomar una decisión distinta, también debe tenerse en cuenta el aplicar la proporcionalidad que surta en equidad.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

-
- u. Que, como se anotó, el 28 de diciembre de 2023 tanto contratista como aseguradora presentaron simultáneamente la recusación arriba citada, la cual fue resuelta por el Director General, quedando pendiente para esta Oficina Jurídica proceder a resolver las peticiones procesales presentadas y a continuación el recurso de reposición presentado y decidir las pruebas solicitadas en continuación de la audiencia oral concentrada.
- v. Que en tanto el recurso de reposición se sustentó inicialmente el 7 de noviembre de 2023 y fue adicionado argumentalmente para su resolución mediante escrito de 26 de diciembre de 2023, se tendrá esta última comunicación como parte de este en lo pertinente para resolver de fondo el recurso de reposición así sustentado.

II. DEL ACTO ADMINISTRATIVO RECURRIDO.

Se trata de la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023, la cual fue objeto de notificación tanto al contratista como a la aseguradora.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN SUSTENTADO EN AUDIENCIA CONCENTRADA PRESENTADO POR EL ABOGADO DE LA CONTRATISTA.

A los 7 días del mes de noviembre de 2023 siendo las 2:30 de la tarde, mediante enlace virtual debidamente remitido a los correos electrónicos de notificación autorizados por las partes con fundamento en lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 se dio continuación a la audiencia pública dentro del procedimiento administrativo sancionatorio



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

contractual para la imposición de la cláusula penal por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones del Contrato número 495 de 2021, cuyo objeto es suministro de elementos de ferretería para adelantar las labores que requiera la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial en el Distrito Capital., actuando como director de la audiencia el Ingeniero *GIACOMO MARCENARO JIMÉNEZ* en calidad de Subdirector Técnico de Producción y Apoyo Logístico y Ordenador del Gasto en atención a la delegación realizada mediante Resolución número 575 del 12 de julio de 2023.

En la sesión de la audiencia del 7 de noviembre de 2023 se recibió la sustentación de los recursos de reposición interpuestos en la sesión de audiencia del 20 de octubre de 2023 contra la Resolución No. 895 de 2023 y se efectuó solicitud de pruebas, presentados por el abogado de la contratista y por la abogada de la aseguradora.

La sesión de la audiencia puede ser consultada en el link de acceso público:

https://uaermv-my.sharepoint.com/:v/g/personal/yezid_alvarado_umv_gov_co/EWPqpJrhz-JGp23TyC5P3kUBPcT5MTCPIq4wT3Z_klu9Og?nav=eyJyZWZlcnJhbEluZm8iOncicmVmZXJyYWxBcHAiOiJTdHJIYW1XZWJBCHAiLCJyZWZlcnJhbFZpZXciOiJTdGFyZURpYWxvZy1MaW5rliwicmVmZXJyYWxBcHBQbGF0Zm9yYbSI6IldlYiIsInJlZmVycmFsTW9kZSI6InZpZXcifX0%3D&e=zQZVko

Los recursos presentados y su argumentación son los presentados en forma oral en audiencia concentrada por los abogados de la contratista y de la aseguradora, pero para efectos de resolver se ha transliterado la misma de la siguiente forma:

El abogado Fabián Ernesto Moscote Aroca apoderado del contratista presentó las siguientes razones de inconformidad, para lo cual, señaló que:

3.1. La primera razón de inconformidad frente a la Resolución 895 del 30 de octubre de 2023 es la violación del debido proceso por desconocimiento del principio del “non bis in idem”.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Precisó que al constatar el informe de supervisión radicado 20221000047413 de fecha 30 de marzo de 2022 por un posible incumplimiento de las obligaciones del contrato de suministro de elementos de ferretería para llevar a cabo las labores que requería la Unidad Administrativa Especial De Rehabilitación y Mantenimiento Vial en el Distrito Capital, con el fin de dar inicio al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 del 2019 y, que sirvió de sustento de la actuación que culminó con la expedición de la Resolución No. 425 del 01 de agosto de 2022 y Resolución No. 436 del 04 de agosto de 2022, así como, el contenido de las Resoluciones en comento con el contenido y alcance del comunicado de radicado 20231150011581 de fecha 30 de enero de 2023 cuyo asunto es; “citación para audiencia de conformidad con el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 por el posible incumplimiento de las obligaciones del Contrato No. 495 del 11 de agosto de 2021 que sirve de sustento a la actuación administrativa que nos convoca, con la finalidad de declarar nuevamente el incumplimiento parcial del contrato y, en esta ocasión, aplicar la cláusula penal.

Argumentó que existe identidad entre la imputación fáctica e imputación probatoria, desconociéndose los principios orientadores de las actuaciones administrativas consagrado en el artículo tercero del C.P.A.C.A, en especial, lo dispuesto en el inciso 2º del numeral 1º de la norma en mención, conforme al cual, en materia administrativa sancionatoria se observarán, adicionalmente, los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, la de presunción de inocencia y del ***non bis in idem***.

Afirmó el apoderado que, del simple cotejo de los hechos jurídicamente relevantes de ambas actuaciones, emana la vulneración del ***nom bis in idem***, en tanto en su vertiente material como en su vertiente procedimental, pues los hechos que ahora se juzgan ya habían sido juzgados y sancionados por la entidad con el procedimiento que culminó con la expedición de la Resolución 425 del 1 de agosto de 2022 y 436 del 04 de agosto de 2022.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Indicó, sin que aparezca en el expediente Orfeo, que incorpora un cuadro comparativo entre los supuestos fácticos que sirven de sustento a ambas actuaciones, para evidenciar como los reproches relativos al pedido número 2, al pedido número 3, al pedido número 4, 5 y 6 coinciden plenamente en ambas actuaciones administrativas.

Indicó que, como resulta evidente, existe identidad entre los supuestos fácticos sobre los cual se edifica el presunto incumplimiento parcial, lo cual es corroborado adicionalmente en el cuadro incorporado a la comunicación radicado 20231150011581 de fecha 30 de enero de 2023, que sirvió de sustento la actuación, en la página 15, observamos que, se relacionan los pedidos, el valor del pedido, el valor entregado y el valor por entregar.

Afirmó que, en este contexto, concurriendo identidades de sujetos, hechos y fundamentos, impedía iniciar la presente actuación y proseguirla, viciándose de nulidad la decisión contenida en la resolución impugnada, pues son nulos los actos que lesionen los derechos fundamentales de los asociados.

Explicó que el principio *non bis in idem*, en su vertiente material, puede ser definido como la prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces un mismo hecho, cuando las normas sancionatorias poseen un mismo fundamento o base racional, como en el caso concreto, obsérvese que la actuación anterior se estructuró sobre los mismos hechos que ahora pretenden sancionar a pesar de que para la fecha en que se adoptó la decisión 425 del primero de agosto y se resolvió el respectivo recurso mediante Resolución 436 del cuatro de agosto de 2022, la medida elegida por la entidad para sancionar al presunto incumplimiento en esa ocasión; “multa”, esta no cumplía con la finalidad, pues para la fecha sólo restaban tres días de ejecución, con lo cual la entidad, aplicando criterios de proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad, debió escoger la medida más adecuada para imponer, sin abusar del ejercicio de la potestad sancionatoria atribuida por la ley, pues resulta evidente que bajo el camino adoptado por la entidad se desconocen los principios de la actuación administrativa, contenidos en el artículo tercero



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

del C.P.A.C.A y 23 de la ley 80 de 1993, terminó incurriendo en la prohibición del ***non bis in idem***.

A su turno, refirió que, de vieja data la jurisprudencia del Consejo de Estado al estudiar las medidas sancionatorias reguladas en el artículo 17 de la ley 1150 del 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011, precisó: *“aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común, en lo sustancial, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato, se diferencia en que las multas, por regla general, es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones, en razón del acaecimiento de incumplimientos parciales. La cláusula penal constituye, en principio, la tasación anticipada de perjuicios a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones; con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza el contratista por el incumplimiento grave del contrato constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen perjuicios o por parte de ellos a favor de la parte que ha cumplido el negocio.”*

Afirmó que, la anterior diferencia es crucial a la hora de definir cuál será la medida que debe emplear la administración para sancionar el incumplimiento del contratista, pues si se trata de un incumplimiento parcial deberá imponer multas pero si el incumplimiento adquiere el carácter de grave o definitivo no habrá otro camino distinto que hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, pero resulta desproporcionado sobre los mismos supuestos aplicar ambas medidas, duplicándolo no solo la sanción sino el procedimiento.

Así mismo, resaltó que no se puede dejar del lado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 80 de 1993, las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, refirió que, se aplicarán las mismas las normas que regulan la



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Afirmó que, en este orden de ideas, el *non bis in idem* es, ante todo, un derecho fundamental a no ser sancionado dos (2) veces por lo mismo.

Ahora bien, precisó que, junto a este aspecto, conocido como vertiente “material” se puede también hablar de un aspecto “procesal”, que consiste no solo en el derecho de no ser sancionado dos (2) veces sino a no ser sometido a dos (2) o más procedimientos sancionatorios por los mismos hechos.

Es así como, indicó, la entidad desde el inicio de la actuación debe señalar la medida adecuada a imponer para evitar la duplicidad de sanciones y de procedimientos, al concurrir identidad de sujetos, identidad fáctica, identidad probatoria, identidades y circunstancias temporales, es decir, identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Argumentó que, este es un principio de trascendencia constitucional y abre paso al recurso de amparo, tutela en nuestro medio, que se manifiesta como un corolario del principio de legalidad y de la exigencia de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad, unido íntimamente con la necesidad de seguridad y confianza del administrado, que unos mismos hechos no van a ser valorados de nuevo. Y el principio de proporcionalidad, pues al volverse a juzgar esos mismos hechos, se generó una sobre-reacción de los poderes públicos y un ejercicio abusivo de la potestad sancionatoria.

3.2. Segunda razón de inconformidad; causa extraña - culpa exclusiva y determinante de la víctima - concurrencia y responsabilidad de las partes contratista - entidad de supervisión ante la materialización del riesgo e imposibilidad derivada de la mayor onerosidad de la prestación.

Por estar correlacionadas las diferentes eximentes de responsabilidad planteadas, anunció que se tratarán en un solo capítulo para su mejor comprensión.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Afirmó que, lo primero que se debe advertir, es la incidencia del supervisor en el estado final del contrato y su responsabilidad directa en la ejecución parcial de la prestación, pidiendo necesariamente valorar la conducta del agente del Estado en la materialización del riesgo y correlativamente la consiguiente responsabilidad del contratista generada a partir de la distribución de las cargas por parte de la entidad y su supervisor, conforme con la matriz de riesgos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la ley 14 de 34 del 2011, que señala que las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado, a través de un supervisor o interventor, según corresponda.

Precisó que, es así como la norma en cita prevé en clave de oportunidad el deber de vigilancia, seguimiento y control, por lo que, si nos remitimos a los antecedentes del informe de presunto incumplimiento que sirve de sustento la actuación, presentado por el señor Luis Fernando Ramos Parra, Asesor Grado 1, en su condición de supervisor en el contrato de suministro 495 de 2021 quien estuvo ejerciendo la supervisión hasta el 12 de octubre de 2022, cuando se designó al señor Yesid Homero Aguilera Martín, pues el contrato objeto de declaratoria de incumplimiento culminó el 07 de agosto de 2022 y, solo quien fue supervisor durante la ejecución del contrato pudo evidenciar con inmediatez la situación de presunto incumplimiento.

Afirmó que, contrario sensu, dicho funcionario estaría incurso en una falta gravísima descrita en el artículo 84 de la ley 1474 de 2011, parágrafo primero, conforme a la cual: *“no exigir el supervisor o el interventor la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias o certificados como recibo a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad”*, también será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato o, cuando se presente el incumplimiento. Bajo el anterior contexto, tenemos que, durante la ejecución del contrato el señor Luis Fernando Ramos Parra, si bien presentó un informe por un presunto



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

incumplimiento que condujo a la imposición de multas, culminado el plazo de ejecución contractual nada informó la entidad contratante.

Indicó que, infiere que el supervisor no lo hizo, porque no existe un incumplimiento diferente al que ya fue juzgado mediante Resolución 425 del 1 de agosto de 2022 y 436 del 04 de agosto de 2022 y que, actualmente, el que se adelanta surgió como un informe de supervisores designados con posterioridad a la culminación del plazo contractual, el primero de diciembre del 2022, pero lo que, la falta de intermediación de estos supervisores con la ejecución del contrato pudo haber engendrado la situación que generó que la entidad incurriera en la prohibición del *non bis in idem*, tratada en el acápite anterior.

Señaló que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 de la ley 1474 en 2011, la supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto contratado y ejercida por la entidad estatal, cuando no se requieren conocimientos especializados

Indicó que, para la supervisión, la entidad estatal podrá contratar personal de apoyo a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos, para lo cual llama la atención señalando que quien preside la audiencia, considerando que incurrió en falsa motivación cuando folio 27 de la Resolución No.895 el 22 de octubre de 2023, señaló: “según la matriz de riesgos, numeral 8, donde se encuentra descrito el riesgo de cambio de precios, el cual se encuentra en una prioridad media y su asignación es exclusiva al contratista y el control de tratamiento debería ser mantener un monitoreo constante del mercado y los factores que pueden afectar el valor, informando al supervisor del contrato las posibles alzas de producción que puedan afectar los valores de los ítems ofertados.

Precisó que la misma matriz incorporada en el acto impugnado, señala que, si se afecta el equilibrio económico del contrato indica que la persona que es responsable por implementar el tratamiento es el contratista y el supervisor, no es exclusivamente el contratista y no dice que tengan que informarle, a pesar de que el contratista en múltiples comunicaciones informó la situación que generaba la realización del riesgo aquí estimado.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Explicó que la fecha en que se inicia el tratamiento durante la ejecución del contrato, esto circunscribe a los señalamientos de que fue el supervisor de nombre Luis Fernando Parra Ramos quien debió, conforme con esta matriz, durante la ejecución del contrato aplicar el tratamiento en la fecha estimada del acta de recibo final, es decir, esto delimita el ámbito de acción espacio - temporal a la ejecución del contrato.

Se preguntó; *¿cómo se realiza el monitoreo, seguimiento permanente al mercado y producción de bienes? y cuándo la periodicidad?* Se contestó: cuándo: cada 15 días.

Refirió como conforme al artículo 83 de la ley 1474 del 2011 en la supervisión ejercida por la misma entidad cuando no requieren conocimientos especializados. En el caso concreto fue la entidad quien designó a Luis Fernando Ramos Parra, es decir a un funcionario público a la entidad contratante, por lo tanto, cuando la matriz asigna el riesgo, si bien lo adjudica al contratista. lo que en sí mismo es un problema en planeación por inadecuada asignación y distribución del riesgo, en su tratamiento y durante la ejecución del contrato dicho riesgo es compartido con la supervisión.

Así las cosas, precisó que, no se puede escindir la responsabilidad de este último, que es un agente del Estado, como erradamente se hizo en el resultado final, del que da noticia de la inejecución.

Afirmó que, la discusión sobre si se genera o no de ese desequilibrio es resuelta por la misma matriz, pues expresamente quedó aceptado que genere desequilibrio económico.

Sin embargo, indicó, debe analizarse la situación planteada a la luz de la teoría de la imposibilidad y de la causa extraña y, aún como la acepta la entidad, la concurrencia de la fuerza mayor cuando indica:” los argumentos presentados por el contratista y coadyuvado por el garante desconocen que es la fuerza mayor la que exime de responsabilidad al contratista incumplido y, no, la aplicación de la teoría de la imprevisión, frente a lo cual hay que hacer dos precisiones: i) pues en gracia de discusión, la entidad no realizó la valoración de la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad, siendo este un hecho



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

notorio comúnmente aceptado que los efectos de la pandemia, la crisis los contenedores, el paro de transportadores, el incremento desmesurado de precios, es constitutivo de fuerza mayor, siendo obligación analizar la conducta del presunto infractor, la concurrencia de factores externos que hayan impactado la adecuada y oportuna ejecución de la prestación debida, la proscripción de la responsabilidad objetiva y demás factores concurrentes, afectando indebidamente la presunción de inocencia del contratista.

Indicó que, al no considerarse el desequilibrio, al menos se debió analizar la imposibilidad de la prestación, dada su mayor onerosidad, informar a la entidad y a la cual debió aplicar el tratamiento y hacer el monitoreo en la forma prevista en la matriz de riesgos, toda vez que los incrementos reportados por el contratista que tienen correlación con las falencias denunciadas del estudio de mercado y/o estudio de sector, alegados.

Resaltó que, se identifican los ítems, uno a uno y, se demuestra como el valor individual, conforme con la oferta presentada y su incremento en relación con las variaciones de mercado; tenemos a título de ejemplo que la Barra 14 LIBRAS FEN - 72 incremento en el 514%.

Resaltó que, existe el ítem, el 114 UNIVERSAL PARA ACOMETIDA DE $\frac{3}{4}$ X $\frac{3}{4}$ PVC FEN-271 que tuvo incremento del 1.296%, el resto oscilan en incrementos superiores al 200%, 300%, 400% y 500%.

Señaló que incorporó una tabla que es de conocimiento de la entidad y, que no fue valorada, que da noticia, más allá de cualquier duda razonable de ese incremento.

Afirmó que, además, está debidamente soportada con las respectivas cotizaciones frente a las cuales inclusive la entidad consiguió su propia cotización, que paradójicamente, supera en más de 230.000.000 de pesos la cotización presentada por Tecni-repuestos para acreditar esos mayores valores. Resaltó, que la cotización conseguida de manera directa por la Entidad da noticia de ese incremento y lo corrobora, de hecho, lo aumenta exponencialmente, lo cual no fue considerado por la Entidad.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Así mismo, indicó que esa cotización se guardó y fue recaudada en virtud de una mesa de trabajo, pero no fue ni siquiera tangencialmente tocada con ocasión del ítem que estamos reprochando.

Por ello, argumentó que se debe volver a la matriz de riesgo para poner en evidencia como la entidad era corresponsable y, conociendo la situación debió implementar el tratamiento y monitoreo.

Expresó que volvemos entonces a la matriz de riesgo para mostrar cómo los responsables de implementar el tratamiento era el contratista y el supervisor; en efecto el contratista le informó a la entidad, pero el supervisor, omitiendo sus cargas y sus deberes, no realizó el seguimiento permanente que le imponía la misma matriz de riesgo, consecuentemente no busco la forma de mitigarlo o superarlo y tampoco le hizo en la respectiva valoración.

Indicó que, el incumplimiento de la supervisión, en el tratamiento interior del riesgo, indiscutiblemente configura un riesgo encabeza la entidad contratante, pues éste contribuyó de manera efectiva en la ejecución del contrato conforme a lo pactado inicialmente y degeneró en la imposibilidad de ejecución dada la mayor onerosidad de la prestación, lo cual a su vez se deriva de una deficiente planeación de la entidad que está asociado con la falencia del estudio de sector que igualmente plantearemos más adelante.

A su turno, indicó, que el artículo 84 de la ley 1474 del 2011, prevé que la supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. Dicha disposición en clave de oportunidad debe leerse a la luz del artículo 83 del mismo estatuto que dispone: *las entidades públicas están obligados a vigilar permanentemente la correcta ejecución del contrato a través de un supervisor*; si el tratamiento estaba el cargo del contratista - supervisor y debía darse durante la ejecución del contrato informar la afectación sobreviviente y gravosa para el contratista, cómo se explica que no se haya



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

realizado el monitoreo cada 15 días como dispone la matriz de riesgo. Pero sí, se inicia, a sabiendas de la imposibilidad, dos (2) procesos por presunto incumplimiento, se pregunta: ¿dónde estaba el supervisor?

Solicitó en consecuencia que se tenga en cuenta que es falta disciplinaria, conforme con el artículo 84 del Ley 1474 en 2011, parágrafo primero, atribuirle al supervisor no exigir la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal o en su defecto los decididos por las normas técnicas obligatorias o certificadas como recibidas a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

Indicó que, también será falta gravísima, omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conducta punible o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando se presente el incumplimiento, pero que también conlleva la responsabilidad solidaria del supervisor conforme a lo plasmado en el parágrafo tercero de la norma en cuestión.

Por lo anterior, insistió en que no se puede escindir el comportamiento del supervisor en la ejecución, pero tampoco en el análisis necesario de la conducta del presunto infractor, pues estas conductas del supervisor son determinantes y conllevan necesariamente a eximir de responsabilidad al contratista.

Indicó que, de lo contrario, se está frente a un enriquecimiento sin causa y a una configuración de responsabilidad objetiva.

Recordó que la doctrina especializada, en relación con el conocimiento o ignorancia de la imposibilidad, y cita, el Tratado de las Obligaciones de Fernando Hinestrosa conforme al cual indica:” si el acreedor sabía de la imposibilidad mal podría reclamar indemnización alguna por una frustración a él imputable, sería un ejemplo de aplicación del discutido principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans o venire contra el propio factum*.⁴

⁴ Principio jurídico que significa que nadie puede alegar su propia torpeza para obtener un beneficio.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Indicó que, la anterior regla se materializa en el caso concreto, pues la Unidad no sólo sabía de la imposibilidad, sino que tenía concurrencia en su tratamiento y monitoreo, la cual omitió. Por lo tanto, no basta solo con demostrarle incumplimiento atribuible al contratista con las pruebas respectivas, sino que, debe existir una necesaria consideración y valoración del elemento subjetivo de culpabilidad.

Preciso que, obrar en otro sentido, comportaría una grave afectación constitucional violatoria del derecho fundamental al debido proceso administrativo, susceptible de protección mediante acción de tutela, pues estamos frente a derechos fundamentales.

Así mismo, indicó que, enseña la doctrina, por otro lado, que la ley exige acompañar el informe de interventoría o supervisor al contratista para imponer una eventual sanción, pero eso en forma alguna implica que ese solo documento informe sea la prueba reina para atribuir responsabilidad al contratista. Precizando que el informe del interventor se valorará junto con otras pruebas, pues no puede constituirse en el único medio legal para dar por demostrada la falta contractual.

Para el efecto, citó la providencia del Consejo de Estado en sentencia del 29 de agosto de 2012, Expediente 21430 donde señaló: *“además si la bitácora de obra o las comunicaciones que la interventoría firma, envió el contratista estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política, aun así, se abrirá omitido exhortarlo a defenderse en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no sabría si se realizó gestiones o trabajos para resolver el problema y, en caso positivo, si se cumplieron o no el efecto deseado, de allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo el incumplimiento de obligaciones contractuales”*. En la misma providencia señaló: *“una falta protuberante imponer sanción al contratista con base únicamente en los informes de interventoría y al respecto sostuvo, la sala encuentra como consecuencia del efecto analizado en la acápita anterior, que la falencia en materia probatoria son protuberantes porque la decisión inicial del municipio se soportó*



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

exclusivamente en una comunicación de la interventoría donde señaló que el contratista incumplió el plazo de entrega y la calidad del trabajo. Bajo el anterior panorama se impone realizar la valoración probatoria integral y considerar los hechos ajenos a la voluntad del contratista sobre los cuales se edifica la defensa, llámese causa extraña la imposibilidad por fuerza mayor, este exclusivo y determinante de un tercero, la culpa de la víctima, entre otros, evitando en todo caso incluir la aplicación de responsabilidad objetiva”.

De otro lado, afirmó que, sobre el particular la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que; la responsabilidad objetiva en nuestro país está proscrita por disposición directa del artículo 29 de la Carta Política.

Finalmente, indicó que, debe considerarse que, cuando la prestación debida resulta más que onerosa para el contratista y rompe cualquier equilibrio, tenemos que surge la imposibilidad precisamente por excesiva onerosidad de la prestación.

3.3. Tercera razón de inconformidad. Graves problemas de planeación, deficiencia de estudio de mercado y/o estudio de sector.

Sobre este aspecto argumentó que se tiene un grave problema de planeación derivado de las falencias del estudio de mercado realizado por la entidad y que, luego se reflejó en la ejecución del contrato y, a pesar, de haberse advertido durante la ejecución, no se adoptaron las medidas necesarias para superarlo y permitir la adecuada y oportuna ejecución de la prestación, omitiendo deliberadamente aplicar el tratamiento y realizar un monitoreo, conforme a la matriz de riesgos, lo cual acarreó la aprobación de presupuestos en la fase de estructuración del proyecto, sin estudios de mercado adecuado o con un estudio de mercado insuficiente o sin soportes. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la ley 1434 del 2011 literal b) donde se establece que se presumirá la culpabilidad de quien haya omitido justificadamente el deber de efectuar comparaciones de precio, ya que, mediante estudios o consultas de las condiciones de mercado o cotejo



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado, sin justificación objetiva ofertas que superen los precios de mercado:

Refirió que, esta presunción está relacionada con los sobrecostos que son los valores que se distancien de los precios a los de compra y venta en el mercado, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar y, conforme a las variables que, el objeto del contrato implique tales como cantidad, calidad, especialidad.

Precisó que, el objetivo de esta disposición y de todas aquellas que se relacionan con ella, como los principios de economía, planeación, eficiencia, transparencia, selección objetiva, tienen el propósito ineludible de que la administración no pague más, ni pague menos o lo que verdaderamente cuesta en el tráfico ordinario de dichos bienes o servicios.

Refirió que, por su parte, el Decreto 1082 del 2015, obligatorio para los sectores fiscales que tengan el carácter de entidad estatal y un referente para los gestores de recursos públicos, presenta una evolución del concepto de estudio de mercado, llevándolo al concepto de estudio del sector, enlazándolo entre otros aspectos con el análisis la tipificación y la asignación de los riesgos.

Así mismo indicó que, es así, con base en la norma del literal b) del artículo 118 del estatuto anticorrupción y las disposiciones del decreto 1082, en torno a garantizar el cumplimiento del mandato de pagar, lo que realmente cuestan los bienes y servicios necesarios para ejercer las funciones públicas, está en línea con la lucha contra la corrupción y en pro de la eficiencia y la institucionalidad.

Afirmó que, los estudios de sector son una expresión de lo que se ha denominado inteligencia de mercado, que hace parte de la estrategia de fortalecimiento de la gobernanza pública como único vehículo para la recuperación de la legitimidad del Estado.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Refirió que, en esta línea, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico ha adelantado estudios en los que se desarrolla el concepto de inteligencia de mercados según el cual, tan ineficiente es establecer precios que superen los del sector como imponer a los proveedores precios que estén por debajo de su dinámica.

Indicó que, las dos prácticas son expresiones de ausencia de gerencia y planeación y una negación arbitraria de la economía del mercado; la obligación de fijar precios con fundamento en el estudio y sector, por una manifestación del principio de planeación vulnerado por la entidad

Sobre esta razón de inconformidad, consideró pertinente traer a colación el pronunciamiento jurisprudencial que ilustra la problemática que aquí nos convoca para lo cual hizo lectura de apartes de la sentencia del Consejo de Estado de fecha 31 de agosto de 2006 con radicado 14.287 *“la actividad administrativa debe estar orientada, entre otros, por los principios de economía, eficiencia y eficacia, los cuales imponen a las autoridades la necesidad de adelantar las gestiones en forma organizada y racional al cumplimiento de los cometidos estatales, por ello antes de ordenar la apertura de la licitación o concurso o de celebrar el contrato según el procedimiento de selección que deba adoptarse, debe haber planificado todas las actividades que deben desarrollarse dentro de las diversas etapas del contrato, tanto precontractual como contractual; la falta de planeación tiene incidencia en la etapa de formación del contrato, pero ya se refleja con mayor importancia en su etapa de ejecución, momento en el cual, las omisiones de la administración generan graves consecuencias por falta de estudios y diseños definitivos, circunstancias que lleva modificar cantidades de obra las condiciones técnicas inicialmente pactadas y, en el peor de los casos, conducen a la paralización de las obras, o a su imposibilidad de realización. Así las cosas, resulta claro que la administración no podía exigirle y mucho menos endilgarle al contratista el incumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales, mientras ella no se aprestaba a cumplir las propias, las cuales además constituían presupuesto indispensable para que el contratista a su vez pudiera dar cumplimiento a las suyas.*



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

3.4. Cuarta razón de inconformidad; Falsa motivación. El acto recurrido señala que no se encuentra probado que existe una variación de precios extraordinaria, imprevisible, lo cual no corresponde a la realidad.

Indicó que; señala [en el acto administrativo recurrido] la entidad que no se encuentra probado que existe una variación de precios extraordinaria, imprevisible, lo cual no corresponde a la realidad. Basta con remitirnos a los anexos 1, 2 y 3 del presente recurso, que dan noticia de que la entidad fue informada de manera oportuna y contaba con soporte, que dan noticia, de la mayor onerosidad de los ítems afectados por la variación en los precios que, en algunos casos, superaba el 1000%.

Por tanto, consideró que la Entidad incurre en falsa motivación al desconocer la acreditación de las circunstancias y los soportes allegados por el contratista.

Así mismo, insistió en la tesis de que hubo omisión del supervisor, en el tratamiento y monitoreo del riesgo, pues si hubiese cumplido con sus obligaciones, tendría pruebas adicionales, incontrovertibles de la de la excesiva onerosidad de la prestación, pues él debía aplicar el tratamiento y hacerle un monitoreo.

Insistió en que se debe volver a traer a colación el incremento de precios, del cual se dio noticia previamente. E indicó que se incorporó un cuadro donde indica *ítem por ítem* el incremento porcentual del valor que hacía más onerosa la prestación, en consecuencia, la imposibilidad de cumplimiento, con los respectivos soportes de los requerimientos que se radicaron en la entidad, anunció que remite los anexos 1 y 2 del presente recurso.

Sin embargo, me permito enlistarlo, pues ellos dan noticia, más allá de toda duda razonable que la entidad si contaba con pruebas sobre la variación contrario a lo manifestado en el acto impugnado:



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

- Comunicación de fecha 14 de febrero de 2022 cuyo asunto es correo de verificación oficio enviado el día 14 de febrero, radicado a través del correo de luis.ramos@umb.gov.com
- El 14 de febrero de 2022, oficio de respuesta de requerimiento 2022100000475
- El 13 de abril de 2022. Radicado 20221120041972 solicitudes respuesta a oficio de 14 de febrero con radicado 20221120041972
- El 13 de abril de 2022, solicitudes respuesta al oficio el 14 de febrero de 2022.
- El 05 de mayo de 2022 radicado 20221120049752, auto de pruebas
- El 5 de mayo de 2022. Sustento de pruebas contrato 495 del 2021.
- El 1 de julio de 2022 radicado 20221120081452, solicitud de desequilibrio económico del contrato.
- El 15 de Julio el 2022. Solicitudes equilibrio económico –
- Reiteración del 28 de julio de 2022 radicado 20221120087492. Solicitudes respuesta en radicado 20221120081452.
- El 28 de Julio del 2022. solicitudes respuesta radicado 20221120081452
- El 08 de agosto de 2022 tenemos el radicado 20221120092872
- El 07 de agosto de 2022 respuesta al desequilibrio económico prórroga al contrato del tiempo de ejecución.

Ahora bien, precisó que, igualmente la entidad realizó su propia cotización, la cual se incorporó al expediente como anexo 24 en el auto de pruebas y, conforme a ella, también se evidencia mayor onerosidad que hace imposible la prestación.

Indicó que se tiene una cotización de Inversiones Rodríguez Aponte aportada por la Unidad dentro de este procedimiento y, afirmó que tenemos como, el incremento de cada uno de los ítems se refleja, el primero de ellos en el 557%, el segundo 425%, 729%, 349% y así sucesivamente.

Resaltó que hay un ítem que se incrementó en 4.392%; indicando que esta es una prueba de la misma Entidad y el ponderando, el de los incrementos de los ítems que se echan de menos, tenemos un incremento ponderado del 354%, lo cual da noticia, más allá de toda



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

duda razonable, de que en efecto esa variación se dio, no solamente porque así lo solicitó el contratista, sino que lo soportó.

Afirmó que, la misma entidad al solicitar su propia cotización que conoce de antemano y que obra como prueba, anexo 24, encontró que, igualmente se ratificaba el dicho del contratista y que de hecho se incrementaba aún más el porcentaje.

Argumentó que, si cotejamos esta cotización con las presentadas por Tecni- repuestos, el incremento de los valores supera los 230.000.000 de pesos en un valor de 230.191.912 pesos con 43 centavos, entonces se pregunta: ¿cómo no se puede predicar que cómo se puede predicar que no existe prueba la variación de los precios alegados?.

Para el efecto, citó la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sentencia de fecha 06 de diciembre de 2022, radicados 67397. *Al respecto del equilibrio o la equivalencia entre derecho y obligaciones de los contratos de un Instituto que propende por asegurar que, durante la ejecución del contrato, se mantengan las mismas condiciones económicas y financieras que las partes tuvieron en cuenta en el momento de presentar la oferta y de celebrar el contrato, en tal sentido las condiciones económicas y financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar la oferta y de celebrar el contrato deben mantenerse durante el cumplimiento y ejecución del mismo, de tal suerte que, frente al principio pacta sunt servanda, como es sabido hace referencia a la firmeza y solidez del vínculo contractual, se dirige la denominada cláusula **rebus stantibus** instituto en virtud del cual las estipulaciones contractuales son acordadas por las partes sobre la base de las circunstancias presentes al momento en que son convenidas. Si bien los contratos son ley para las partes ante la alteración sustancial de la economía del contrato, por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e impredecibles, las partes tienen derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio económico.”*

Concluyó que, la anterior premisa viene a reforzar la tesis de la imposibilidad de la prestación, por lo tanto, corresponde reconocer la imposibilidad planteada como eximente



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

autónoma de responsabilidad, en el caso concreto y, consecuentemente debe revocarse en su integridad la resolución impugnada.

Petición: Sírvase revocar en su integridad la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 abstenerse de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal so pena de causar un daño antijurídico.

3.5. SOLICITUD PROBATORIA DEL CONTRATISTA EN ETAPA DE RECURSO.

Solicitar en el marco del recurso de reposición se decreten, practiquen, y tengan como tal las siguientes pruebas

3.5.1. Documentales aportados:

- a. Copia de los oficios enviados al supervisor del contrato 495 el 2021 ingeniero Luis Fernando Romero Parra dentro de la ejecución del contrato 495 del 2021 referente a las solicitudes de equilibrio económico,
- b. Cotizaciones, soporte del desequilibrio económico puede ser que contiene cualquier modificación y ajuste de las especificaciones técnicas por elementos de rotación continua en el mercado y solicitud de equilibrio económico del contrato 495 y justificación del desequilibrio.
- c. Cotización remitida por la Unidad, emitida por Inversiones Rodríguez Aponte S en C. que hace parte integral del expediente y que fue incorporada al proceso como anexo 24 en el auto de pruebas documentales.

3.5.2. Pruebas para incorporar:



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Los siguientes documentos:

- I. Estudio de mercado o de sector con sus respectivos soportes realizado con ocasión de la suscripción del contrato 495 del 2021.
- II. Copia del expediente disciplinario adelantado en contra del señor Luis Fernando Ramos Parra. En este punto adicionalmente solicita que se trasladen todas las pruebas practicadas entre el proceso disciplinario y sobre las mismas controversias pertinentes.
- III. Copia del informe de seguimiento permanente al mercado y producción de bienes elaborado por el supervisor cada 15 días, conforme a lo dispuesto en la matriz de riesgo e informe final del tratamiento del riesgo denominado cambio de precios.
- IV. Copia de los actos por medio de los cuales la supervisión realizó las precisiones y/o aclaraciones sobre las especificaciones técnicas en los casos en que el contratista lo requirió. Recordó que todo pronunciamiento de supervisión e interventoría deben presentarse por escrito.

3.5.3. Testimoniales

Solicita decretar el testimonio del señor Luis Fernando Ramos Parra, supervisor del contrato de suministro No. 495 de 2021, quien es o fue funcionario de la entidad, se cite en la dirección y correo incorporado en formato único de hoja de vida para que declare sobre las labores de seguimiento y control de la ejecución del contrato No.495 de 2021, en especial sobre las gestiones realizadas para el tratamiento de monitoreo del riesgo de cambio de precios aclaraciones y requerimientos de especificaciones y condiciones técnicas elevados por el contratista, entre otros aspectos propios de la labor de supervisión por el ejercida. Considera que la prueba solicitada es pertinente, conducente, necesaria y útil de cara a acreditar los supuestos fácticos sobre los cuales se edifica la razón de inconformidad planteada



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Anunció finalmente que allegar las pruebas documentales que se aportan, para lo cual con el escrito que remitiré incorporará un enlace en un drive que contiene los documentos enlistados.

IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN SUSTENTADO EN AUDIENCIA CONCENTRADA PRESENTADO POR EL ABOGADO DE LA ASEGURADORA

El apoderado de la compañía de seguros, Doctor John Edgar Aconcha Gutiérrez procedió a sustentar el recurso de reposición, bajo los siguientes términos:

Invocó como fundamento el derecho lo preceptuado en el artículo 74 ley 1474 de 2011 y el artículo 86 incisos c) de la ley 1474 en 2011.

Argumentó en primer lugar, insistiendo en la **aplicación de los mecanismos de solución de controversias contractuales** pues las partes en un contrato estatal deben buscar solucionar, en forma rápida y directa las diferencias y discrepancias conocidas de la actividad contractual.

Indicó que, para tal efecto, apenas surjan diferencias en cualquier asunto relativo al contrato que sea susceptible de transacción, es un poder de las partes de emplear un mecanismo de solución de controversias contractuales, tales como la conciliación, la amigable composición y la transacción. Para el efecto invocó la cláusula décima novena del contrato de suministro 495 del 11 de agosto de 2021 y el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que faculta a las entidades contratantes para hacer efectuar el cumplimiento del objeto contratado, con lo cual el numeral primero se hace referencia a que, con el



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los servicios.

Citó para el efecto, el concepto de Colombia Compra Eficiente en respuesta a la consulta número 4201713000003874 se indicó lo siguiente: *“las entidades estatales deben buscar arreglos directos con sus contratistas, cuando surge alguna controversia o discrepancia con ocasión al contrato. La ley 80 de 1993 establece que las entidades y los contratistas tienen deben buscar solucionar en forma directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, para tal efecto al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción, especialmente cuando existe o puede evidenciarse por parte de la entidad estatal un incumplimiento del contratista, el objetivo de este no debe ser verse a la sanción. El contrato estatal es el instrumento a través del cual se materializan las políticas públicas y se satisfacen necesidades de las entidades estatales, por esa razón, las partes deben encontrar soluciones que le permitan cumplir sus objetivos”*

Argumentó que el contratista, si bien es cierto que supuestamente no se logró cumplir con algunos compromisos adquiridos en las fechas establecidas, en varias ocasiones se intentó subsanar dicha situación solicitando prórroga del contrato y adicionalmente aclaración sobre las especificaciones técnicas de algunos ítems, que debía entregar el contratista puesto que se presentó una situación imprevisible y esta fue la crisis de los contenedores, lo que afectó en gran proporción los precios de dichos insumos en el mercado. Sin embargo, dicha propuesta no fue atendida oportunamente por parte de la entidad.

Consideró que, por tanto, con la presente declaratoria de incumplimiento, la entidad se vería forzada a replantear nuevamente un estudio en costos para una nueva contratación y adelantar un nuevo proceso licitatorio que podría durar mucho tiempo, haciendo más gravosa la paralización o afectación de los servicios públicos a su cargo y contraviniendo



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

los fines de la contratación estatal sino los de la entidad contratante, para eso, insistió con la solicitud de aplicación de solución de controversias contractuales, para llegar a una fórmula de arreglo equilibrada que permita al contratista cumplir con el objeto del contrato de suministro 495, pues se ha evidenciado la disposición del contratista para cumplir con el contrato ha estado presente a lo largo de la ejecución del mismo y, de este procedimiento, además la supervisión del contrato tuvo deficiencias, como bien lo manifestó el colega abogado de la parte contratista y según lo indicado desde los descargos presentados por el contratista.

De otro lado, argumentó, en defensa de su poderdante, **fuerza mayor y/o caso fortuito**, que es eximente de responsabilidad para las compañías de seguros de acuerdo con el numeral 2.2.1.2.3.2.3.⁵ del decreto 1082 de 2015, en el cual se haya expresa la causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito y definió doctrinariamente la fuerza mayor como el acontecimiento conocible, imprevisible, pero no deriva de la actividad en cuestión, sino que, en este sentido viene de fuera y cuyo efecto adverso podría evitarse por las medidas de precaución que personalmente eran de esperar.

Informó que en Colombia esta figura fue definida legalmente por el artículo primero de la ley 95 de 1890 que derogó el artículo 264 con Código Civil cuyo texto es: “*se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir*”; así las cosas la fuerza mayor de acuerdo con la ley colombiana se entiende como sinónimo del caso fortuito.

Explicó que la norma hace referencia a las situaciones imprevisibles e irresistibles. Por otro lado, señaló que, frente a la afectación de la ejecución del contrato por fuerza mayor, se debe tener en cuenta que se pueden presentar dos situaciones:

⁵ Exclusiones. La Entidad Estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones, en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas, no producirá efecto alguno:

[...] Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

i) La primera: imposibilidad permanente y absoluta de ejecutar el contrato. En este escenario cuando la imposibilidad permanente y absoluta de ejecutar el contrato se da como consecuencia del acaecimiento que un hecho de fuerza mayor se está ante un eximente de responsabilidad y, por ende, el incumplimiento no es imputable al contratista, por lo cual, tampoco le será atribuida responsabilidad alguna a la aseguradora.

ii) La segunda situación; imposibilidad transitoria o temporal para cumplir determinadas obligaciones contractuales. Para este evento, la Corte Suprema de Justicia, sobre el particular, ha indicado que no es darle la aplicación de ningún tipo de sanción moratoria al contratista, cuando el retardo no es imputable al mismo y, cuando, sobre la ejecución del contrato recaiga una imposibilidad transitoria para su cumplimiento, en este caso consecuentemente, tampoco sería viable declarar ningún tipo de responsabilidad de la aseguradora.

Argumentó, que según anteriormente expuesto, se puede decir que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, los hechos acaecidos e indicados en la situación por parte de la entidad contratante, fueron imprevistos e imposibles de resistir para la contratista, por lo que debe tener unos efectos exoneratorios totales, de acuerdo con el grado de participación a título de con casualidad de las partes en la acusación o agravamiento del daño que generó que se afectara el amparo garantía de cumplimiento o contenido en la póliza emitida por su representada.

Adicionalmente, argumentó el **desequilibrio económico contractual**, señalando que se ignora que las situaciones que se presentaron durante la ejecución del contrato, incluso antes y posterior a esto, que influyeron de manera eficiente en el cumplimiento del contrato.

Para ello, indicó que, con la ocasión de la pandemia, el valor del dólar que ha sido volátil, así como otras medidas que se han tomado para superar la crisis en la economía a nivel mundial, indicando que, todo ello ha generado el desequilibrio económico en algunos contratos, así las cosas, la ecuación económica planteada al momento de la celebración



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

del contrato, puede verse alterada por eventos sobrevinientes que pueden impactar en el equilibrio económico contractual, lo que puede ser:

i) **el hecho del príncipe**, decisiones de autoridades estatales, no de la entidad contratante, como puede ser el caso de las tomadas en el marco de la pandemia, políticas económicas y demás, que han afectado el equilibrio del contrato. Un ejemplo de ello, resaltó, es la implementación de las medidas de bioseguridad, control del aforo, la restricción de la locomoción, cuestiones que pueden generar impactos de consideración que llevarían a buscar restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

ii) **la teoría de la imprevisión**. Hechos imprevisibles para las partes que afectarían la ecuación económica del contrato; ejemplo: la escasez de la materia prima, el valor, la volatilidad del dólar.

iii) **ius variandi**, facultad que le asiste al contratante de modificar de manera unilateral el contrato, lo que puede llevar a un desequilibrio económico del mismo.

Refirió que en cualquiera de las de los tres escenarios anteriormente enunciados no se está frente a una imposibilidad absoluta o temporal de cumplir el contrato, **pues ninguna de estas situaciones hace que el contrato sea inejecutable**. Sin embargo, estas circunstancias sí pueden generar que su ejecución sea bastante onerosa, lo que, llevaría a un desequilibrio económico cuyo impacto podría eventualmente hacer excesivamente difícil la ejecución del contrato y, en consecuencia, llevarlo a su paralización, que podría darse por el desequilibrio económico del contrato, que no es considerado una eximente responsabilidad, en sí mismo, pero no podría sostenerse que se está frente a un incumplimiento imputable al contratista.

En todo caso, afirmó que, no se puede olvidar que el restablecimiento del equilibrio económico contractual es una responsabilidad de la entidad contratante, de manera que, no resolverlo, puede redundar en un incumplimiento obligacional e incluso podría derivar en que el contratista alegue **la excepción del contrato no cumplido**, que si bien, lo



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

faculta para incumplir desembocaría en que no se encuentre en mora, mientras su contraparte, la entidad contratante no cumpla con el restablecimiento mencionado. En este último evento, es decir, siendo alegable esa excepción no va a tener lugar la responsabilidad del contratista por ausencia de mora y tampoco se afectará el seguro de cumplimiento, en concordancia con lo que se ha explicado.

De otro lado, argumentó el **equilibrio económico**, si bien, los eventos relacionados por el contratista causaron que fuera más gravosa la ejecución del contrato, **lo cual no es óbice para conseguir que el objeto contractual sea imposible de cumplir**, explicó que se trata de situaciones o alteraciones y previstas para ambas partes como lo es la variación del dólar y el problema de los contenedores.

Así mismo reclamó que debe acogerse la **tesis de la imprevisión** puesto que es una situación que para ninguno de los extremos contractuales hubiera sido concebible que teniendo en cuenta el alza del dólar que ha afectado totalmente al mercado, no obstante hay que hacer referencia que tal evento queda proscrito del marco de estudios de costo beneficio del contratista, en el que ante el evento aludido de tal magnitud, provoca necesariamente la ampliación de los tiempos estipulados de entrega a los insumos. Asimismo, provoca la ampliación de los contratos en los que tuvo que incurrir el contratista para cubrir la mano de obra.

Citó para el efecto, que la jurisprudencia del Consejo de Estado, órgano encargado de definir el concepto de equilibrio contractual aplicable para los sucesos controvertidos: *“el equilibrio económico del contrato corresponde la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico de conformidad con lo cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se verán como equivalentes a las de la otra, así el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretenden recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta ha efectuado un análisis de costo beneficio, fundado en los estudios de proyecciones que*



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

*realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y de la utilidad que pretende obtener a partir de la misma. Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados de acuerdo con el principio pacta sunt servanda, artículo 1602 del Código Civil, lo que no descarta que de situaciones extraordinarias posteriores a la celebración del contrato imprevistas e imprevisibles ajenas a las partes” (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal del contratante (en el caso del hecho del príncipe) pueden alterar la ejecución financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que, sin imposibilitar su ejecución la hagan mucho más onerosa para la parte afectada en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio **rebus sic stantibus** surge restablecerlos, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso de hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante o llevando al contratista un punto de no pérdida, artículo 5 de la Ley 80 de 1993, mediante el reconocimiento de la de los mayores costos de los que incurrió por hechos imprevistos imprevisibles para las partes” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt. Sentencia del 27 de marzo de 2014 bajo radicado 20912).*

Afirmó que, en consecuencia, los eventos provocan al contratista un detrimento patrimonial por causas no imputables a su actuar, ni al actuar de la entidad contratante, sino que son eventos que se caracterizan por ser imprevisibles, por ambas partes, dentro del contrato estatal, configurándose de tal forma la figura de la ruptura o desequilibrio contractual, de tal manera que, nuevamente insistió, la aprovechar estas diferencias para replantear una fórmula conciliatoria y llevar a un punto de no pérdida para el contratista.

De otro lado, solicitó la liquidación definitiva del contrato y determinar si procede o no la compensación de obligaciones de acuerdo con el artículo 11 de la ley 1150 de 2007. Cita para el efecto, la aplicación de dispuesto en la regla citada y la explica, en virtud del



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

interés general, en la sentencia del Consejo de Estado del 29 agosto de 2007, radicado 14854 lo mismo que la sentencia del 10 de abril de 1997.

Señaló que en virtud de la Resolución a través de la cual la entidad contratante declaró el incumplimiento de las obligaciones del contrato de suministro 495 de 2021 y con el fin de que la aseguradora pueda dar cumplimiento al respectivo pago de las obligaciones contenidas en la referida resolución, solicitó a la Entidad que se sirva suministrar la siguiente documentación:

1. Copia auténtica del acto administrativo correspondiente, debidamente ejecutoriado y del acta de liquidación del contrato o de la resolución ejecutoriada que acoja la liquidación unilateral y, consecuentemente, constancia de que la entidad estatal contratante de la no existencia de saldos a favor del contratista Tecni Repuestos Industriales respecto de los cuales se puede aplicar la compensación de que trate la cláusula séptima compensación del contrato.
2. Certificación bancaria de la cuenta bancaria de la entidad contratante con una antigüedad no mayor a 30 días calendario y una vez recibida la información requerida mi representada cuenta con un mes para el pago de la indemnización.

Finalmente, solicitó respetuosamente a la entidad contratante, se proceda a reponer el acto administrativo bajo el cual declaró el incumplimiento e impuso como sanción pecuniaria la suma de \$36.000.000

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Procede el Despacho a resolver en su orden, la solicitud de revocatoria presentada por escrito por parte del apoderado general de la aseguradora, la solicitud de pruebas y los argumentos presentados por los abogados del contratista y de la



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

aseguradora al momento de sustentar el recurso de reposición, tal y como quedó transcrito.

5.1. De la solicitud de revocatoria presentada por el abogado de la aseguradora mediante Radicado 20231120162132 de 26 de diciembre de 2023, de la supuesta violación del debido proceso y del principio del *non bis in idem* al ordenarse incorporar la prueba solicitada por el contratista y decretada.

Para el efecto, se debe recordar que, la revocatoria directa es una solicitud que puede interponer el administrado **una vez se haya agotado el procedimiento administrativo**, esto es, una vez se haya finalizado la etapa de decisión de los recursos procedentes contra el acto administrativo inicialmente proferido, pues interponerlo en forma previa a la decisión de los recursos hace inocua su presentación por **improcedencia** conforme las voces del artículo 94 de la Ley 1437 de 2011:

ARTÍCULO 94. Improcedencia. La revocación directa de los actos administrativos **a solicitud de parte no procederá** por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando **el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles**, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

En efecto el profesor Carlos Betancur Jaramillo⁶ en su texto derecho procesal administrativo señala al respecto del mismo que:

⁶ BETACUR JARAMILLO. Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora. Octava Edición. Segunda reimprisión. Medellín. 2015. Págs. 252 y ss.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

“[...] El recurso de revocatoria directa (para algunos extraordinario) contemplado en el nuevo código en sus artículos 93 y siguientes que si bien constituye una vía o posibilidad amplia que se le brinda al administrado para que busque el restablecimiento de su derecho vulnerado por un acto administrativo o insiste a la administración para que respete el ordenamiento jurídico, no es una opción que le permita acudir luego a la vía jurisdiccional y quien la utilice en lugar de los recursos ordinarios correrá con el riesgo de no poder hacerlo. Revocatoria que podría ejercerse en cualquier tiempo aún en casos en que se haya acudido a la vía jurisdiccional, siempre que en este último caso no se ha notificado el auto de admisión de la demanda. [...]”

Así las cosas, en cuanto a que la solicitud que presenta el apoderado busca demostrar una eventual violación al debido proceso porque supuestamente se incorporaron pruebas que tenía la administración en su poder en forma previa a la expedición del acto administrativo con el cual se sancionó al contratista, no se refiere a una causal de mérito de las establecidas en el artículo 93, sino a la misma legalidad de la prueba refería al numeral primero de la norma en cita, por lo que, no resulta esta la oportunidad procesal para presentar una solicitud de revocatoria directa de un acto administrativo que aún no está en firme ni mucho menos ejecutoriado, cuando aún no se han decidido los recursos procedentes contra el acto, el cual será examinado en esta providencia que resuelve el recurso de reposición interpuesto.

En todo caso, se tuvo en cuenta dicha solicitud al momento de revisar la legalidad del procedimiento llevado a cabo, sin encontrar que haya ilegalidad o violación al debido proceso cuando el informe de supervisión solicitado por el ordenador del gasto, es una prueba ordenada de oficio para resolver el recurso de reposición y, por cuanto, se constituye en un instrumento de actualización del informe que dio origen a la presente actuación administrativa, a efectos de que el ordenador del gasto tenga plena certeza de que las circunstancias inicialmente invocadas por el



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

supervisor, se hayan mantenido incólumes, por lo que, se consideró viable decretar dicha prueba para resolver el recurso presentado.

Se debe recordar al abogado del contratista que el acto administrativo es complejo por cuanto su contenido no es el de la primera decisión, que hoy está recurrida, sino de la reunión de la decisión inicial y la que en esta resolución se adopta, y que una vez en firme se constituye en el acto administrativo definitivo y completo, el cual es el susceptible de ser demandado y sobre el cual si procederá en su oportunidad la solicitud de revocatoria.

En referencia al informe en el cual el supervisor informa acerca de los valores de los ítems contratados efectuado mediante radicado 20231150307413 de 19 de diciembre de 2023 se ordenó de oficio: ii) INCORPÓRESE al expediente los documentos allegados por la Supervisora con el memorando No. 20231900305923 del 18 de diciembre de 2023 contenido en un (01) folio y sus anexos contenido en dieciocho (18) archivos.” se trata de una prueba de oficio que ordenó el entonces director de la presente audiencia, ante la duda razonable que le pudo generar el argumento del abogado de la contratista respecto de supuesto abrupto cambio de precios, en consideración a que no es abogado sino ingeniero, la decreto a pesar de su impertinencia, falta de conducencia y falta de necesidad de la referida prueba, en un procedimiento donde se busca solo probar el incumplimiento y no si hubo afectación a la ecuación contractual, pero de ninguna manera viola el debido proceso, ni constituye una causal de nulidad del procedimiento..

De otro lado, en relación a la acusación según la cual, se estaba violando el principio de *non bis in idem*, en razón a que el contratista fue sancionado con multa en la fase de ejecución del contrato, no sobra advertir que se establecieron y aceptaron contractualmente, bajo la libre autonomía de la voluntad, las cláusulas de multas y la cláusula penal “pecuniaria”, cuyo supuesto de hecho, desde el punto de vista normativo, resulta diferente, pues las primeras están previstas para efectos de



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

conminar al contratista a su cumplimiento, circunstancia que finalmente no acaeció pues permaneció en mora hasta el último día, y que, por tanto, una vez finalizado el contrato, el hecho del incumplimiento ya no se puede superar y, por tanto, da lugar a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, cuyo supuesto de hecho es el incumplimiento en la etapa de ejecución, como se explicará más adelante en capítulo especial en el cual, al resolver los recursos, se ahondará sobre el mismo, por ser uno de los alegatos de la reposición presentada, sin que se encuentre que, con la prueba incorporada en sede de reposición se esté violando en forma alguna el referido principio.

Razones anteriores suficientes para tomar la primera decisión y es, declarar del todo improcedente la revocatoria presentada contra la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023.

De esta forma, el Despacho encuentra saneado el debido proceso.

5.2. DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Que el artículo 47 del C.P.A:C.A. prescribe respecto de las pruebas en los procedimientos administrativos sancionatorios especiales que:

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.*



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

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.

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses.

Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber.”

En relación con los recursos de reposición y su trámite el artículo 79 del C.P.A.C:A:

ARTÍCULO 79. TRÁMITE DE LOS RECURSOS Y PRUEBAS. *Los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo.*

*Los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, **o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.***

Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días.

Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días. Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días.

En el acto que decreta la práctica de pruebas se indicará el día en que vence el término probatorio.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Conforme con lo anterior, los argumentos presentados por el apoderado de la aseguradora en el sentido de solicitar la nulidad de lo actuado desde antes de la expedición del acto recurrido, por el hecho de que se haya ordenado **“de oficio”**, conforme con el artículo 79 del C.P.A.C.A. arriba anotado, como prueba documental la ordenada mediante radicado 20231150128831 del 11 de diciembre de 2023 donde se profirió el Auto de Pruebas del 11 de diciembre de 2023, se encuentra que esta está revestida de legalidad y, por tanto, la prueba documental donde el Supervisor del Contrato No. 495 de 2021, presentó un estudio de mercado del sobre el valor de los ítems de ferretería del Contrato No. 495 de 2021 en los términos de la Guía General para la elaboración de estudios de mercado de Colombia Compra Eficiente, resultó oportuno al momento de iniciar el trámite para resolver la reposición, pues dicha prueba documental fue la única que de “oficio” en su oportunidad fue ordenada para proceder a estudiar los argumentos presentados contra la decisión administrativa, pues en su oportunidad quien la decretó la consideró conducente y pertinente para tomar su decisión.

Se procede entonces a resolver si se hace necesario decretar las pruebas solicitadas por los abogados de la aseguradora y del contratista:

Por considerar que son necesarias, conducentes y pertinentes, se decretan para resolver, por auto que no es objeto de recurso alguno, para ser incorporadas al expediente las siguientes:

Documentales aportados por el abogado de la contratista:

- ✓ Copia de los oficios enviados al supervisor del contrato 495 el 2021 ingeniero Luis Fernando Romero Parra dentro de la ejecución del contrato 495 del 2021 referente a las solicitudes de equilibrio económico,



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

-
- ✓ Cotizaciones, soporte del desequilibrio económico puede ser que contiene cualquier modificación y ajuste de las especificaciones técnicas por elementos de rotación continua en el mercado y solicitud de equilibrio económico del contrato 495 y justificación del desequilibrio.
 - ✓ Cotización remitida por la Unidad, emitida por Inversiones Rodríguez Aponte S en C. que hace parte integral del expediente y que fue incorporada al proceso como anexo 24 en el auto de pruebas documentales.

Pruebas solicitadas a incorporar:

Los siguientes documentos:

VI. Estudio de mercado o de sector con sus respectivos soportes realizado con ocasión de la suscripción del contrato 495 del 2021. El mismo es de público conocimiento en el link en la plataforma SECOP II: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2063896&isFromPublicArea=True&isModal=False> y se encuentra ya incorporada en el Expediente electrónico Orfeo 202111011000100446E con radicados:

- ✓ 20211300063753 del 28-05-2021 11:01 Estudio del sector ESTUDIO DEL SECTOR SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA.
- ✓ 20211300063743 del 28-05-2021 10:46 Estudios Previos Estudios Previos Suministro de Elementos de Ferretería.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

-
- ✓ 20211300019191 del 19-03-2021 10:21 Estudio del sector. Solicitud de Cotización Proceso: “SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERIA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL”.
 - ✓ 20211320044553 del 18-03-2021 06:44 Estudio del sector SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERIA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL

Se rechazan las siguientes solicitudes por ser inconducentes, impertinentes e innecesarias, como se anota:

- VII. Copia del expediente disciplinario adelantado en contra del señor Luis Fernando Ramos Parra. En este punto adicionalmente solicita que se trasladen todas las pruebas practicadas entre el proceso disciplinario y sobre las mismas controversias pertinentes.

Para el efecto, con el radicado 20241400105911 de Fecha: 17-10-2024, se contestó derecho de petición al abogado de la contratista donde se anexo el Memorando 20241800265753 de fecha: 17-10-2024 donde se envía link y DVD con las piezas procesales solicitadas y donde se informa que respecto al estado del proceso, este se adelantó en contra del ex servidor público JULIO FERNANDO RAMOS PARRA, a cuya investigación disciplinaria se profirió **auto de terminación y archivo de la misma mediante auto núm. 036 del 23 de abril de 2024, suscrito por Diana Carolina Torres Pinzón, Jefe Oficina Control Disciplinario Interno.**



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Al no existir certeza, ni prueba que indique que el investigado LUIS FERNANDO RAMOS PARRA, identificado con cédula de ciudadanía 79.846.969, en su calidad de Supervisor del Contrato de Suministro núm. 495 de 2021, suscrito entre la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial -UAERMV y el contratista TECNIREPUESTOS INDUSTRIALES LTDA, no dio respuesta a las peticiones efectuadas por el contratista mencionado, bajo los radicados núm. 20221120041972 y 20221120041982 del 13 de abril de 2022, este despacho encuentra que llevado a cabo el análisis probatorio no es posible tener la convicción racional respecto de los elementos que estructuran la responsabilidad, por lo tanto, nos encontramos en el escenario de la **DUDA RAZONABLE** que debe resolverse a favor del disciplinado al tenor de lo señalado en el artículo 14 de la ley 1952 de 2019[3] y ordenar la terminación y archivo definitivo de la actuación disciplinaria ante la ausencia de certeza y prueba que permita continuar con la presente actuación disciplinaria.

En este sentido, no se considera pertinente la prueba solicitada para incorporar, toda vez que es inútil en tanto que no aporta elemento probatorio alguno que sustente los cargos presentados por el apoderado de la contratista en su recurso, además de que, es inconducente, si lo que se trata de probar era si funcionalmente le correspondía cada 15 días elaborar un estudio del mercado conforme con la matriz de riesgo, dicha función, como se explicará no le correspondía en forma activa al Supervisor. Es impertinente, adicionalmente, por cuanto el funcionario juzgador disciplinario no encontró mérito alguno para adelantar un proceso disciplinario contra el referido funcionario.

- VIII. Copia del informe de seguimiento permanente al mercado y producción de bienes elaborado por el supervisor cada 15 días, conforme a lo dispuesto en la matriz de riesgo e informe final del tratamiento del riesgo denominado cambio de precios.

Sobre el particular, la Entidad respondió derecho de petición al abogado de la contratista mediante radicado 20241400105311 de fecha 16 de octubre de-2024, donde se indicó:



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL "

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

La Subdirección Técnica de Producción e Intervención, en atención a sus peticiones, donde solicita: • “Copia de los informes de seguimiento permanente al mercado y producción de bienes elaborado por el Supervisor cada 15 días conforme a lo dispuesto en la matriz de riesgos e informe final del tratamiento del riesgo denominado “cambio de precios...”.”

*Se informa que una vez revisado el expediente del contrato en la plataforma de Orfeo No. 202111011000100446E, **no se encontró información que contenga lo solicitado.** •*

En este sentido, ordenar incorporar un documento que se certifica no existe resulta del todo innecesario, inconducente y aún impertinente, razón por la cual no se accederá a la referida solicitud probatoria por sustracción de materia.

En igual sentido, se rechazará de plano decretar el testimonio del señor Luis Fernando Ramos Parra, supervisor del contrato de suministro No. 495 de 2021, por cuanto, encontrándonos revisando los argumentos de los recursos de reposición presentados contra el el acto administrativo mediante el cual se declaró pertinente hacer el cobro al contratista de la estimación anticipada de perjuicios que prevé la cláusula penal del contrato, como indemnización de perjuicios relacionada con ocasión del incumplimiento, revisados los argumentos expuestos por el abogado de la contratista como exculpatorios, se hace inocuo e innecesario e inconducente citar al otrora supervisor del contrato para que rinda testimonio, pues no aportaría elementos a favor o en línea de los argumentos presentados por al abogado de la contratista en su recurso, y como ya se anotó, si lo que se trata de probar que tenía el supervisor tenía “supuestamente” el deber de seguimiento permanente al mercado y producción de bienes cada 15 días, conforme a lo dispuesto en la matriz de riesgo e informe final del tratamiento del riesgo denominado cambio de precios, el despacho se atiene y considera suficiente elemento probatorio lo consignado



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

documentalmente en la referida matriz de riesgo, la cual se encuentra disponible para consulta pública en el link;

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2063896&isFromPublicArea=True&isModal=False>

Las demás solicitudes no son pruebas, sino materialmente peticiones y tampoco son necesarias, conducentes o pertinentes que deban atenderse antes de resolver el recurso de reposición, de manera que, se trataran como peticiones ordinarias que se ordenará se surtan una vez quede notificada y en firme la presente decisión, en caso, de que como lo previene la aseguradora sea necesario efectuar compensación y/o cobro del siniestro respecto del valor de los amparos de la póliza única de cumplimiento como consecuencia de una eventual declaratoria de la ocurrencia del siniestro.

Que el artículo 40 del C.P.A.C.A. previene respecto de las pruebas:

*“ARTÍCULO 40. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. **Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos.** El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.*

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, contra el presente auto no cabe recurso alguno.

5.3. RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN

El despacho encuentra que, para resolver los argumentos presentados en su reposición por los contratistas, se unificarán aquellos aspectos que comúnmente fueron presentados para efectos de analizar y concluir respecto de estos, y en forma individual aquellos que fueron expuestos únicamente por el contratista o por la aseguradora.

Del otro lado, aspectos que no se refieran al acto administrativo recurrido, referidos a aspectos posteriores, se tendrán como solicitudes o derechos de petición para ser surtidos luego de tomar la decisión que en derecho corresponda, respecto al recurso de reposición.

Así las cosas, encuentra el despacho que los argumentos presentados por el abogado de la contratista están referidos a los siguientes aspectos de inconformidad frente a la Resolución 895 del 30 de octubre de 2023: i) Violación del debido proceso por desconocimiento del principio del “non bis in idem”; ii) causa extraña - culpa exclusiva y determinante de la víctima - concurrencia y responsabilidad de las partes contratista - entidad de supervisión ante la materialización del riesgo e imposibilidad derivada de la mayor onerosidad de la prestación. iii) Graves problemas de planeación, deficiencia de estudio de mercado y/o estudio de sector. iv) Falsa motivación. no se encuentra probado que existe una variación de precios extraordinaria, imprevisible, lo cual no corresponde a la realidad.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

A su turno, los argumentos presentados por el abogado de la aseguradora en contra del acto recurrido, son los siguientes: i) aplicación de los mecanismos de solución de controversias contractuales; ii) fuerza mayor y/o caso fortuito iii) desequilibrio económico contractual, iv) el hecho del príncipe, decisiones de autoridades estatales, no de la entidad contratante, como puede ser el caso de las tomadas en el marco de la pandemia, políticas económicas y demás, que han afectado el equilibrio del contrato. *Un ejemplo de ello, resaltó, es la implementación de las medidas de bioseguridad, control del aforo, la restricción de la locomoción, cuestiones que pueden generar impactos de consideración que llevarían a buscar restablecimiento de la ecuación económica del contrato.* v) la teoría de la imprevisión. Los hechos imprevisibles para las partes que afectarían la ecuación económica del contrato; ejemplo: la escasez de la materia prima, el valor, la volatilidad del dólar. vi) ius variandi, facultad que le asiste al contratante de modificar de manera unilateral el contrato, lo que puede llevar a un desequilibrio económico del mismo. Vii) la excepción del contrato no cumplido, equilibrio económico, argumentando que si bien, los eventos relacionados por el contratista causaron que fuera más gravosa la ejecución del contrato, lo cual no es óbice para conseguir que el objeto contractual sea imposible de cumplir, explicó que se trata de situaciones o alteraciones y previstas para ambas partes como lo es la variación del dólar y el problema de los contenedores. vii) Así mismo reclamó que debe acogerse la tesis de la imprevisión puesto que es una situación que para ninguno de los extremos contractuales hubiera sido concebible que teniendo en cuenta el alza del dólar que ha afectado totalmente al mercado.

5.3.1. Consideraciones respecto de los cargos del abogado de la contratista.

- i) Respecto de la supuesta violación del debido proceso por desconocimiento del principio del “non bis in idem”**



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

En efecto como la Contratante señala en efecto mediante la Resolución No. 425 del 01 de agosto de 2022 y la Resolución No. 436 del 04 de agosto de 2022, se sancionó a Tecnirepuestos Ltda. con multa conminatoria, luego que desde el informe de supervisión contenido en el memorando No. 20221000047413 del 30 de marzo de 2022, donde se solicitó el inicio del procedimiento estipulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a fin de declarar el incumplimiento parcial y hacer exigible la CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA- MULTAS, cuya citación al contratista se efectuó mediante Radicado No. 200221150030931 del 11 de abril de 2022, por los hechos y circunstancias hasta dicha fecha endilgados como cargos por mora en el cumplimiento de las obligaciones, esto es que fue un procedimiento que luego de cuatro meses concluyó antes de la fecha de terminación del término de ejecución del Contrato 495 de 2021, sin que el contratista buscará ponerse al día en sus obligaciones en mora, antes del 7 de agosto de 2022.

Circunstancia diferente resulta, que una vez finalizado el término de ejecución y durante el termino de vigencia del contrato, que vence en la fecha en que la Entidad tiene competencia para liquidar el contrato, el supervisor haya encontrado que el incumplimiento ya no era posible superarlo y el supuesto de hecho de la cláusula décima cuarta se configuró y como efecto se produjo la consecuencia de la norma:

*“[...]. CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: En **caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del presente contrato**, el CONTRATISTA pagará a la UAERMV a título de **estimación anticipada de perjuicios** una suma equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor total del contrato. No obstante, la entidad podrá acudir al Juez competente para solicitar la indemnización*



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

integral de perjuicios causados si estos superan el valor de la cláusula penal. El valor de esta cláusula se descontará de los pagos pendientes a favor del CONTRATISTA o en su defecto se hará efectivo el amparo de cumplimiento de la garantía única.[:::]”

Se trata de dos circunstancias de hecho diferentes dentro de la ejecución del contrato y durante la vigencia del contrato, por cuanto la cláusula penal pecuniaria tiene por objeto en caso de probarse el incumplimiento total o parcial de permitir a la administración cobrar el valor estimado como estimación anticipada de perjuicios.

En este sentido, no le cabe razón al abogado de la contratista, por cuanto el principio del *non bis in idem* no tiene aplicación cuando se trata de la aplicación de 2 normas contractuales diferentes y cuyos efectos normativos también resultan diferentes por cuanto a las multas lo que pretenden es combinar al contratista al cumplimiento pudiendo incluso en el evento de que la mora sea superada que la administración tome la decisión de dar por terminado el procedimiento, mientras que tratándose de la cláusula penal es su deber procurar resarcir de esta manera los efectos que el daño por el incumplimiento le hayan causado como una manera de obtener una indemnización anticipada sin necesidad de acudir a la vía judicial para la estimación completa de los perjuicios.

En efecto el Consejo de Estado⁷ ha dejado en claro la naturaleza indemnizatoria de la Clausula Penal, al advertir que su génesis obedece a la aplicación de la normativa contractual en materia de derecho civil:

“6.1. El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 reguló el debido proceso, para declarar el incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer multas y

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Sentencia del 14 de octubre de 2021. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00362-01(50623) Actor: INTEGRANTES DEL CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS)



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL "

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

hacer efectiva la cláusula penal. Pero, ni dicha norma ni la Ley 80 de 1993 regularon expresamente la figura de la cláusula penal pecuniaria. Por tal razón, no cabe afirmar —como el ente recurrente⁸— que esta hubiera sido regulada en el Decreto 4828 de 2008, que reglamentó el artículo 17 de la Ley 1150 de 2017. En consecuencia, debe acudirse a las disposiciones que sobre su génesis y aplicación se encuentran en el Código Civil (“CC”) y el Código de Comercio, de acuerdo con los artículos 13 y 40, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993.

6.2. La Corte Suprema de Justicia ha considerado que la cláusula penal pecuniaria, como regla general, es “simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma”⁹. En esa medida, “se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad”¹⁰. En ese orden de ideas, la cláusula penal pecuniaria habilita a las partes para convenir la consecuencia que se desprende de la indebida conducta contractual, como mecanismo de valoración anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento, liberando a la parte afectada de la carga de acreditar su ocurrencia y su cuantía¹¹.

⁸ Aptado. 2.10.2.b.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Sentencia del 27 de septiembre de 1974.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996, Exp. 4607.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 1 de febrero de 2018, Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549).



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Tal potestad que concede el ordenamiento jurídico a las partes del contrato no es absoluta, toda vez que los artículos 1596 del CC¹² y 867 del CCo¹³ prevén la reducción de la cláusula penal pecuniaria, cuando el incumplimiento de la obligación principal haya sido parcial y el acreedor hubiera recibido parte del objeto debido, con fundamento en el principio de proporcionalidad.

Esta Subsección ha considerado¹⁴, a su vez, que la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la administración pública, debe tomarse en consideración en la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, cuando haya sido pactada en un contrato estatal. Por lo tanto, se impone su uso razonable, conforme a los principios de equidad y de la buena fe contractual, que prohíben la imposición de medidas abusivas y arbitrarias por una de las partes, generando desequilibrio¹⁵, y orientada a satisfacer el interés general.

En consecuencia, la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal pecuniaria, por parte de la entidad pública contratante, implica necesariamente que esta última cumpla con el deber jurídico de motivación, justificando, a partir de referentes objetivos y claros, los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del

¹² “Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

¹³ “Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. || Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. || Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 53877.

¹⁵ NEME VILLARREAL, M. L., (2010), *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 353



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

contratista. Con ello, no se desconfigura la finalidad y la naturaleza indemnizatoria de la citada cláusula —como lo aduce el ente apelante¹⁶— sino que, por el contrario, ello atiende justamente a la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad en el ordenamiento colombiano, por la que esta no puede constituirse como fuente de enriquecimiento de quien sufra un daño.”

A su turno, en reciente Sentencia el referido tribunal advirtió respecto de la Clausula Penal:

“La cláusula penal, según el artículo 1592 del Código Civil, “[...] es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. Según la jurisprudencia de esta Subsección, la cláusula penal constituye, por regla general, una tasación anticipada de perjuicios, la cual, por vía de excepción -en tanto medie un pacto entre las partes-, puede perder ese carácter y convertirse en una sanción convencional, por el simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones²⁸.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, al abordar el sentido de esta institución, ha aseverado:

*Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con **la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación**, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen*

¹⁶ Aptado. 25.2.a.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato²⁹.

“Ahora bien, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado:

Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen.

No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales prescriben, en su orden: [...]

Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad. [...]

Esta Corporación ha estudiado la problemática de la disminución de la cláusula penal en los contratos del Estado, sosteniendo -en todas esas ocasiones- que de conformidad con los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el juez tiene la posibilidad de reducir la suma impuesta por tal concepto, evaluando -para ello- el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante³⁰.

Como se observa, por mandato legal y a partir de la jurisprudencia de la Sala, es válido que, ante el cumplimiento parcial de las obligaciones, el juez gradúe la cláusula penal, rebajándola proporcionalmente (en los términos del artículo 1596 del Código Civil) o reduciéndola equitativamente (bajo el criterio del artículo 867 del Código de Comercio). [...]¹⁷

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Sentencia de 8 de abril de 2024. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN. Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00449-01



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL "

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

Así las cosas, el principio del *non bis in idem* ha sido reconocido como que *“nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho”*, no aplica en la forma en que lo presenta el abogado del contratista, pues las partes en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden pactar cláusulas de diversa naturaleza y efectos punitivos y resarcitorios, como lo son: la caducidad del contrato, los descuentos por Acuerdo de Niveles de Servicios, las multas de la naturaleza de las cláusulas penales punitivas del ordenamiento Civil (multas) y las Cláusulas Penales Pecuniarias del carácter indemnizatorio como la que nos ocupa y cuya naturaleza quedó descrita conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En efecto, el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 está precisamente diseñado como un mecanismo para garantizar el debido proceso al contratista, pudiéndose adelantar por medio de él, el cobro de las diferentes cláusulas previstas en el contrato: *“i) imponer las multas y ii) sanciones pactadas en el contrato, y iii) hacer efectiva la cláusula penal”*..

Así lo ha reconocido el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia:

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

Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reproachable se establezca

(54.133). Actor: SEGUROS COLPATRIA S.A. (HOY, AXA COLPATRIA S.A.). Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS-



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

de manera previa a su realización -lex previa-, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder¹⁸.

Con estos matices rige en materia contractual el primer principio que integra el debido proceso. [...]

[...] Esta garantía, sin embargo, tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso.

El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que “Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.” Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula

¹⁸ Criticando esta postura, que declina la legalidad fuerte por una débil, afirma Alejandro Nieto García: “En este proceso el primer paso hacia atrás está constituido materialmente por la sustitución del principio de legalidad por el principio de la antijuridicidad, es decir, por la previsión de los ilícitos y sus sanciones en una norma de cualquier rango y no necesariamente en una ley formal. Este proceso no ha sido, desde luego, una concesión ideológica al pasado, sino, pura y simplemente, una imposición de la realidad, dado que es físicamente imposible realizar una tipificación exhaustiva por medio de leyes. Ante esta situación inevitable y constatable, el dogma ha tenido que ceder y relajarse en formulaciones teóricas más o menos ingeniosas -como la de la ‘colaboración’ reglamentaria-, pero que no puede disimular el hecho descarnado de que el principio de legalidad no supone la regulación exclusiva y excluyente del derecho administrativo sancionador a través de la ley. Forzoso es reconocer, con todo, que este retroceso, que esta aproximación del dogma a la realidad, ha tenido lugar con una resistencia poco menos que heroica y guardando en lo posible las garantías de la legalidad... pero a nadie se le escapa que, una vez abierto el portillo, resulta prácticamente imposible evitar que por él se cuele lo tolerable lo intolerable...” (Derecho Administrativo Sancionador. Ed. Tecnos. Madrid. Segunda edición. 1994. Pág. 203)



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

“SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía in bonam partem- y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.[...]

[...] i) El derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” es otra garantía que rige en la contratación estatal, tal como se formula en los más consolidados procedimientos sancionatorios.

Se sabe que una misma conducta de alguna de las partes del contrato no puede generar dos o más multas, o dos o más cláusulas penales, o dos o más declaraciones de caducidad del contrato, o una combinación de ellas.

No obstante, este derecho protege algo más que la posibilidad de imponer dos sanciones. Garantiza que no se iniciarán dos o más procesos, al margen de los resultados que produzcan. Así, la sola iniciación de un segundo procedimiento administrativo quebranta este derecho constitucional.

No empecé[sic] a lo anterior, no se vulnera la garantía cuando una conducta incorrecta se reitera, y la administración, con arreglo a la ley y al contrato, impone una sanción por un hecho o por un período de incumplimiento, y luego impone otra pero por un hecho posterior –así sea idéntico al anterior- o por un lapso diferente. En estos casos no se trata del mismo hecho, y por eso procede la sanción por cada uno.”¹⁹

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Sentencia de 29 de agosto de 2012. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá DC., veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00248-01(21430).Actor: TECNIPLEX LTDA. Demandado: MUNICIPIO



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

En efecto, en el procedimiento adelantado se buscó respetar el debido proceso pero yo con el fin de compeler al contratista a cumplir lo pactado, sino con una causa diferente, que no es otra que obtener la indemnización que se le da al estado por el hecho dañoso que es necesario resarcir, pues si el contratista con la multa conminatoria hubiera entregado a los elementos que se le solicitaron, simplemente hubiera dado lugar a la aplicación del inciso final del literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que prescribe: *“La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento” (subraya y negrilla propia)*

Circunstancia diferente acontece, cuando el hecho por el cual se inicia la segunda actuación se refiere a determinar si hubo o no incumplimiento del contrato, y reportado este por el supervisor y probado durante la actuación administrativa adelantada, que en efecto el hecho dañoso se produjo y en consecuencia el siniestro, la consecuencia jurídica de la norma contractual no puede ser otra, ya no la de la imposición de una multa, sino la declaración de la administración del incumplimiento final que tuvo el contratista en la etapa de ejecución y el cobro correspondiente de la indemnización de perjuicios.

Ahora bien, respecto a la aplicación del principio de *non bis in idem* y de la cosa juzgada ha señalado el Consejo de Estado²⁰ lo siguiente:

“[...] 3. Violación de Cosa Juzgada y violación del principio non bis in ídem.

Esta Corporación ha expresado²¹ que el objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser

DE MEDELLÍN. Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Sentencia de 18 de abril de 2016. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 25000-23-36-000-2014-00423-01(56843). Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA. Demandado: GRANDICON S.A. - ESTRUCTURAS ESPECIALES S.A. - CONSORCIO PANTANO DE ARCE II.

²¹ Sentencia del 1° de febrero de 2010, Exp. 2009-00025-02, C.P. Susana Buitrago Valencia.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable.

El elemento formal de la cosa juzgada tiene que ver con la imposibilidad de que el juez pueda volver a pronunciarse dentro del mismo proceso sobre un asunto que se decidió en una providencia ejecutoriada o, que otro juez, en un proceso diferente resuelva sobre una materia debatida con identidad de pretensiones y fundamentos jurídicos.

Así mismo se ha sostenido que el elemento material de la cosa juzgada tiene relación con la intangibilidad de la sentencia, en el entendido que se tiene por cierto que el juez de conocimiento se ocupó de la relación objeto de la contienda y que la decisión la adoptó respetando las formas propias del juicio.

Sobre el particular, esta Corporación manifestó:

“A la cosa juzgada o "res judicata" se le ha asimilado al principio del "non bis in idem"²² y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica.

Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 332 del C. de P.C. y 175 del C.C.A., en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración.

²² Consejo de Estado. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. Exp. 2000-00803.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico.

Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.”.

*De acuerdo con lo anterior, según lo prevé el artículo 303 del Código General del Proceso, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: **(i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa y, (iii) identidad jurídica de partes**²³.*

Ahora bien, este Despacho tiene probado que no existe cosa juzgada, pues la resolución de 7 de abril de 2011²⁴ la cual declara el incumplimiento del contrato, y el acto administrativo de 21 de febrero de 2012²⁵, el cual tasa el monto que debía de pagar el contratista a la entidad pública, no tienen identidad con el objeto de la reforma de demanda²⁶, pues esta busca unos perjuicios diferentes fundamentados en una prueba pericial de 20 de julio de

²³ Consejo de Estado, Radicación número: 17001-23-33-000-2014-00219-01(ACU) fecha 26 de febrero de 2015, C.P.: Susana Buitrago.

²⁴ Resolución No 69 de 2011, fechada 7 de abril de 2011 “por medio de la cual se declara el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro de indebido manejo a inversión del anticipo de contrato de obra No. SOP-A-248-2007”- Se hace efectiva la cláusula penal por (\$566.000.000); y se declara el indebido manejo del anticipo, amparado por la póliza No 80001013620 por la compañía Colpatria por \$1.641.204.061.- Ff 96 a 108, C anexos 2

²⁵ Resolución No 015 de fecha 21 de febrero de 2012 “por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra pública No. SOP- A- 248-2007”, y en esta que el contratista deberá pagar \$3.514.540.172 a la entidad pública, Fs 73 a 77, C de anexos No.2

²⁶ FI 168 a 217, C1.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

2014, razón por la que este Despacho confirmará que no se prueba la no excepción previa de cosa juzgada.”

Del anterior providencia se deduce que, para efectos determinar si existe cosa juzgada asimilada en derecho público al principio *non bis in idem*, se debe analizar si existe identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de las partes, que para el caso en concreto resulta que son las mismas partes, pero la causa de los procedimientos adelantados son diferentes como se ha anotado, pues la causa de la multa es el incumplimiento o retardo injustificado del contratista en la fase de ejecución, mientras que en la cláusula penal es la verificación de la ocurrencia del incumplimiento una vez finalizado el contrato y que este incumplimiento le haya causado un daño a la administración y como consecuencia un perjuicio que eventualmente deba ser indemnizado, mientras que el objeto de la multa era compeler al contratista a su cumplimiento antes de terminar el término ejecución, el objeto de la cláusula penal resulta de la necesidad que tiene el estado deber ser resarcido por el daño que le causó al servicio público la ineficiente prestación del servicio por el contratista o el no suministro de los elementos que prometió entregar, como ocurre en el caso en concreto, daños que podrán también ser reclamados en vía judicial o envía fiscal, pero que si la administración da aplicación a la cláusula penal se entiende que han sido satisfechos los perjuicios en el monto que fue estimado en el análisis de riesgo por parte de la entidad.

Ahora bien, el principio de *non bis in idem* significa que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, pero como lo dijo acertadamente el Consejo de Estado, no se pueden imponer dos multas por los mismos hechos o dos cláusulas penales por los mismos hechos, circunstancia que en el evento no ocurre, por cuanto por los mismos hechos se impuso la multa, pero pudiendo el contratista cumplir, dejó que llegara el término de ejecución a su final, quedando inmerso en mora *debitoris* en el cumplimiento de las obligaciones y, por tanto, sujeto al estricto cumplimiento de la cláusula penal pecuniaria.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Circunstancia muy diferente es que, una vez finalizado el mismo, la administración deba hacer uso de una cláusula diferente, ya no la de multas conminatorias, sino en la cláusula penal que como el mismo contratista y la aseguradora indican se trata de una estimación anticipada de perjuicios, donde basta probar objetivamente que se incumplió y que se produjo un perjuicio para efectos de estimar el monto a cobrar al contratista o a su aseguradora con ocasión del perjuicio que sufrió la entidad y no hacer un examen de diligencia para determinar el grado de culpa en que incurrió el contratista.

Por manera que, si bien pueden coincidir las circunstancias fácticas del incumplimiento, el objeto de la actuación administrativa que dio ocasión a multar al contratista durante la ejecución del contrato, se referían en su oportunidad a buscar el cumplimiento de las obligaciones en mora, las cuales acepta tanto contratista como aseguradora ocurrieron, pero que, una vez finalizó el contrato, se convierten en imposibles de cumplir toda vez que ya no es posible materialmente su ejecución y, por tanto, probado el incumplimiento y con ello el perjuicio estimado previamente por la contratante, deberá verificarse que no existan circunstancias exógenas que hayan causado el incumplimiento, sino que él mismo haya sido fruto de la desidia del contratista en omitir su cumplimiento y, que con ello quede probado que se ocasionó un perjuicio el cual puede ser tasado de acuerdo a las circunstancias propias del contrato.

En el caso particular se observa, que efectivamente ya se probó el incumplimiento en la etapa de ejecución y que, si bien las circunstancias fácticas resultan similares, se trata en este caso de una actuación administrativa que tiene por objeto enervar la cláusula penal punitiva y declarar ocurrido el siniestro respecto de esta a efectos de que la entidad estatal pueda resarcirse de los perjuicios que le fueron causados.

El Consejo de Estado ha dejado en claro que es posible pactar en forma concomitante tanto multas como la cláusula penal Pecuniaria:

“



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Sobre el particular, esta Corporación manifestó:

“A la cosa juzgada o "res judicata" se le ha asimilado al principio del "non bis in idem"²⁷ y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica.

Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 332 del C. de P.C. y 175 del C.C.A., en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración.

El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico.

Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.”.

²⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. Exp. 2000-00803.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

De acuerdo con lo anterior, según lo prevé el artículo 303 del Código General del Proceso, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa y, (iii) identidad jurídica de partes²⁸.

Ahora bien, este Despacho tiene probado que no existe cosa juzgada, pues la resolución de 7 de abril de 2011²⁹ la cual declara el incumplimiento del contrato, y el acto administrativo de 21 de febrero de 2012 ³⁰, el cual tasa el monto que debía de pagar el contratista a la entidad pública, no tienen identidad con el objeto de la reforma de demanda³¹, pues esta busca unos perjuicios diferentes fundamentados en una prueba pericial de 20 de julio de 2014, razón por la que este Despacho confirmará que no se prueba la no excepción previa de cosa juzgada

Así mismo, en reciente sentenciase hizo la cabal diferencia de la naturaleza de la multa conminatoria y de la indemnización fruto de la cláusula penal pecuniaria donde el Consejo de Estado³² indicó:

²⁸ Consejo de Estado, Radicación número: 17001-23-33-000-2014-00219-01(ACU) fecha 26 de febrero de 2015, C.P.: Susana Buitrago.

²⁹ Resolución No 69 de 2011, fechada 7 de abril de 2011 “por medio de la cual se declara el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro de indebido manejo a inversión del anticipo de contrato de obra No. SOP-A-248-2007” - Se hace efectiva la cláusula penal por (\$566.000.000); y se declara el indebido manejo del anticipo, amparado por la póliza No 80001013620 por la compañía Colpatría por \$1.641.204.061.- Ff 96 a 108, C anexos 2

³⁰ Resolución No 015 de fecha 21 de febrero de 2012 “por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra pública No. SOP- A- 248-2007”, y en esta que el contratista deberá pagar \$3.514.540.172 a la entidad pública, Fs 73 a 77, C de anexos No.2

³¹ Fl 168 a 217, C1.

³² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). Actor: CLAVIJO DELGADO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS LTDA. Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

“De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal “(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio.

De todo lo discurrido se tiene que concluir que, es perfectamente viable adelantar dos procedimientos administrativos para los fines previstos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en un mismo contrato, pero con diferentes objetos o fines, uno para aplicar la cláusula de multas conminatorias dentro del periodo de ejecución y, otro, una vez finalizado este, pero para determinar la procedencia de aplicar la cláusula penal “pecuniaria” dentro del término de vigencia del contrato. Así dejó zanjada esta tesis el Consejo de Estado³³:

[...] Lo expuesto, ratifica no solo que los supuestos que apoyaron las determinaciones enjuiciadas son distintos, sino que corrobora la diferenciación

³³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Sentencia de 13 de septiembre de 2024. Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente: 250002336000 201800562 01 (65.649). Demandante: CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. -CON & CON- Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

en la naturaleza de las sanciones impuestas, toda vez que la pena de que trata la Resolución 4690 de 2014 tuvo sustento en el retardo en el cumplimiento de unas prestaciones específicas durante un lapso particular, es decir, la cláusula penal moratoria, mientras que la sanción aplicada en las Resoluciones 1025 y 1399 de 2018 se basó en el análisis definitivo de la obra pactada, de la mano con el acatamiento de los demás obligaciones circundantes y conexas al logro del objeto, escenario que imponía la cláusula penal en su carácter compensatorio, ante el incumplimiento parcial pero definitivo del negocio jurídico; por consiguiente, con base en el contenido de los aludidos procedimientos sancionatorios no se concretó una trasgresión al principio del non bis in ídem.

Por tales y suficientes razones, no le cabe la razón al apoderado de la contratista en el sentido de que la administración estaba impedida para aplicar la cláusula penal pecuniaria al haber hecho ya uso de la cláusula de multas, lo cual resultaría en un absurdo, por cuanto haría inocua la voluntad de las partes de establecer, para un mismo supuesto de hecho, el incumplimiento, dos consecuencias jurídicas distintas, una conminar al contratista a cumplir antes de terminar la ejecución y la segunda, una vez terminada la ejecución y al hacer un análisis definitivo de del cumplimiento de las obligaciones contractuales, enervar la cláusula pactada una vez probado el incumplimiento definitivo y por tanto declarar ocurrido el siniestro y poder obtener la indemnización debida con ocasión del mismo hecho tanto del contratista como de su garante.

Así las cosas, este despacho por el argumento presentado no repondrá la resolución impugnada.

ii) Respecto de la causa extraña - culpa exclusiva y determinante de la víctima - concurrencia y responsabilidad de las partes



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

contratista - entidad de supervisión ante la materialización del riesgo e imposibilidad derivada de la mayor onerosidad de la prestación.

Reprocha inicialmente el abogado de la contratista que haya sido un diferente supervisor el que haya presentado el informe de incumplimiento que dio lugar a la presente actuación por cuanto no tuvo la intermediación debida cuando se ejecutó el contrato, razonamiento que a todas luces resulta falaz, por cuanto quien adelanta el procedimiento no es el interventor o supervisor, sino el ordenador del gasto a quien les informado circunstancias que se encuentran visibles en el expediente contractual y que una vez ha designado a un nuevo supervisor, por la razón que sea, este nuevo supervisor tendrá los elementos documentales que le permitan presentar el informe de supuesto incumplimiento sin que tal actividad puede ser reprochable, pues de otra manera significaría que si un supervisor renuncia o cambia de actividad, por dicha razón quien le suceda se ve impedida o impedido para presentar un informe de incumplimiento.

De otro lado, el abogado del contratista ha reunido en un solo cargo dos elementos que buscan la exculpación de su poderdante, de un lado, refiere la responsabilidad de la parte contratante y por tanto culpa exclusiva y determinante de la víctima, en razón a que supuestamente el supervisor del contrato incurrió en **falsa motivación** por cuanto, según el abogado, él era el encargado contractualmente de hacer verificaciones periódicas cada 15 días respecto de las variaciones que tenían los productos y bienes acordados para ser suministrados en el mercado nacional e internacional e informar de los mismos al contratista para que este reclamara el desequilibrio económico. Lo cual desde el principio resulta absurdo, pues este deber en materia comercial es propio del vendedor y no del comprador, y que, además, el referido apoderado busca aparecer como de responsabilidad exclusiva de la entidad cuando así no quedó pactado en el contrato.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

**“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-
Cláusula Penal Pecuniaria**

**"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”
Expediente Orfeo 202111011000100446E"**

Baste revisar la matriz de riesgos³⁴ para encontrar son ambages lo siguiente:

8	Cambio de precios en factores de producción.	EJECUCIÓN	General	Externo	Afectación en el valor unitario de los ítems adjudicados, posible afectación del equilibrio económico del contrato	2	3	5	MEDIO	Contratista	100	Mantener monitoreo constante al mercado y factores que puedan afectar el valor, informando al supervisor del contrato de las posibles alzas en producción que puedan afectar los valores de los ítems ofertados	2	3	5	MEDIO	si	contratista y supervisor	Durante la ejecución del contrato
---	--	-----------	---------	---------	--	---	---	---	-------	-------------	-----	---	---	---	---	-------	----	--------------------------	-----------------------------------

8	Cambio de precios en factores de producción.	EJECUCIÓN	General	Externo	Afectación en el valor unitario de los ítems adjudicados, posible afectación del equilibrio económico del contrato	2	3	5	MEDIO
---	--	-----------	---------	---------	--	---	---	---	-------

Contratista	100	Mantener monitoreo constante al mercado y factores que puedan afectar el valor, informando al supervisor del contrato de las posibles alzas en producción que puedan afectar los valores de los ítems ofertados	2	3	5	MEDIO	si	contratista y supervisor	Durante la ejecución del contrato
-------------	-----	---	---	---	---	-------	----	--------------------------	-----------------------------------

El tratamiento que fue acordado fue el siguiente:

*“Mantener monitoreo constante al mercado y factores que puedan afectar el valor, **informando al supervisor** del contrato de las posibles alzas en producción que puedan afectar los valores de los ítems ofertados”*

³⁴

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticePhases/View?PPI=CO1.PPI.13759845&isFromPublicArea=True&isModal=False>



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

En este orden, conforme lo contratado, la acción de informar era **exclusiva** del contratista como sujeto activo de la acción y del verbo que la indica; “informando”, más no era responsabilidad del supervisor, quien era o es, según la norma contractual, la parte **pasiva** de la acción y, con ello, quien debía estimar si la información otorgada por el contratista era o no relevante, lo cual como se explicará más adelante efectivamente cumplió el supervisor, pero negándole de fondo al contratista su ruego de restablecer la ecuación contractual, en las peticiones que el mismo abogado trae a colación, como argumento de una supuesta falsa motivación, cuando el contratista no probó una afectación a sus estructura de costos.

Con lo anterior, se desvirtúa a todas luces, la argumentación presentada por el contratista, en el sentido de señalar que, el riesgo de un cambio de precios estaba en manos del supervisor quien debía, según él, efectuar monitoreos cada 15 días, cuando dicha labor le correspondía exclusivamente como contratista y su deber era informar al supervisor como se subraya, suficiente razón para desechar dicha argumentación y ratificar, que no es responsabilidad de la Unidad como contratante asumir el riesgo del cambio de precios como lo pretende el contratista, pues además resulta absurdo desde los principios que rigen la contratación pública.

Para ello, se debe recordar que en los estudios previos al momento de definir la carga de los riesgos económicos del contrato se indicó:

*“En este sentido, el Contratista y/o la UAERMV asumen los efectos derivados de los riesgos que se desprendan de la matriz de riesgos, otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, sus anexos y sus Apéndices o que se deriven de la naturaleza de este Contrato. Por lo tanto, no procederán reclamaciones del Contratista basadas en el suceso de alguno de los riesgos asumidos por el Contratista y, consecuentemente, la UAERMV no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al Contratista, que **permita***



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el presente Contrato. La entidad evaluó el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expidió Colombia Compra Eficiente.

De otro lado, como ya se registró al momento de si las pruebas solicitadas eran pertinentes o no, la investigación solicitada para el supervisor fue archivada, precisamente en razón a que no existió mérito para poder acusar al supervisor de haber infringido su deber funcional.

Así las cosas, el argumento presentado por el abogado de la contratista se cae de su peso y no le permite convertirlo en medio de exculpación para su poderdante, pues el supuesto deber contractual infringido no existió.

Por otra parte, argumentó el abogado que la entidad no realizó la valoración de la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad, siendo este un hecho notorio comúnmente aceptado que los efectos de la pandemia, la crisis los contenedores, el paro de transportadores, el incremento desmesurado de precios, es constitutivo de fuerza mayor, siendo obligación analizar la conducta del presunto infractor, la concurrencia de factores externos que hayan impactado la adecuada y oportuna ejecución de la prestación debida, lo cual no resulta cierto, pues baste examinar el acto impugnado para determinar que fue objeto de pronunciamiento, circunstancia diferente es que no se le haya dado la razón a la apoderada del contratista, quien ya lo había exhibido como argumento:

“En esta instancia de la actuación administrativa no se está discutiendo los hechos presentados como notorios frente a la crisis de los contenedores y el incremento del precio del dólar, por cuanto si bien se pueden considerar como



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL "

Expediente Orfeo 202111011000100446E"

hechos exógenos ajenos a la voluntad de las partes, el incremento en los precios de los ítems no se considera un hecho imprevisible e irresistible, reiterando que la previsibilidad quedo consignada en la matriz de riesgos del proceso de selección No. SASI-009-2021.

*Resulta fundamental considerar lo previsible del cambio en los factores de reproducción de los ítems, para evidenciar que los hechos alegados por el contratista como el incremento de los precios de los materiales de ferretería no fueron hechos imprevisibles e irresistibles producidos por un acontecimiento de fuerza mayor que le impidió cumplir con las entregas de los materiales, toda vez que esta situación era tan previsible que la entidad estableció el riesgo No. 8 de dicha matriz: **“Cambio de precios en factores de producción”** cuya consecuencia de la ocurrencia del evento es: **“Afectación en el valor unitario de los ítems adjudicados, posible afectación del equilibrio económico del contrato”**, riesgo que incluía cualquier otro factor externo ajeno a las partes, cuya consecuencia era el sobrecosto, situación que afectaría el precio ofertado y adjudicado al darse un posible desequilibrio económico, riesgo que fue asignado en partes iguales a la UAERMV y al Contratista.*

Ahora bien, la teoría de la imprevisión procede y se debe dar aplicación a ella, cuando la ejecución de un contrato sinalagmático se torna excesivamente onerosa para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte de la administración o en caso de que esta no lo haga, lo efectúe un juez, con el objeto de reajustar el contrato.

Ahora bien, tratándose de actuaciones que tienen que ver con el equilibrio económico del contrato, resultan procesalmente diferentes aquellas que buscan que se compense económicamente la existencia suficientemente probada de un



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

desequilibrio económico del contrato, con el reconocimiento por parte de la administración de su ocurrencia, y en caso de negativa por parte de la administración, el contratista tiene la vía judicial para obtener el resarcimiento del eventual perjuicio causado con el hecho externo de la administración.

Sin embargo, una eventual existencia de desequilibrio económico no constituye una de las eximentes de responsabilidad del contratista, para poder justificar el no cumplimiento de su deber de proveer los bienes que prometió suministrar a los costos cuyo riesgo asumió, por lo que, no se puede admitir de manera alguna que los cambios en el tipo de cambio o las circunstancias propias del comercio internacional hayan impedido al contratista cumplir con su obligación, cuando además, ha tenido desde siempre la acción judicial como mecanismo para la recuperación de los supuestos mayores costos en que pudo incurrir, eso sí, si hubiera cumplido el contrato; además de que al momento de la ejecución, como tampoco ahora ha probado que hayan existidos circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, esto es hechos imprevisibles o irresistibles que lo exoneren de haber cumplido el contrato.

Así mismo, no aparece dentro del acervo probatorio una certificación que haya otorgado el productor o el distribuidor de los productos que fueron extrañados por la parte contratante, esto es de los bienes que no fueron entregados en su oportunidad, donde coste por parte de este que los bienes habían cambiado de precios porque las estructuras de costos cambiaron o que las características técnicas solicitadas ya no eran provistas por dichas firmas en el mercado, o que las circunstancias fácticas en las cuales se desarrolló el mercado al momento de la ejecución hubieran cambiado abruptamente para el fabricante o para el distribuidor o para el transportador, simplemente el contratista arguyó sin éxito, que existía un desequilibrio contractual, lo cual fue refutado por la propia administración al momento de contestar las peticiones que por tal motivo presentó el contratista, sin que sea necesario entrar a estudiar una a una las respuestas dadas por el



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

supervisor, por cuanto, como se anotó, el contratista pudo adelantar una actuación administrativa y judicial paralela y no incumplir el contrato justificándose en algo que no ha podido probar.

Si bien son hechos notorios la pandemia, el confinamiento, la crisis de los contenedores y demás hechos noticiosos, incluso el cambio en el precio del dólar, el contratista nunca demostró que existiera nexo de causalidad entre dichos hechos y el incumplimiento, pues no basta referir los hechos notorios si no se prueba que fueron esas o estos las causas certeras del incumplimiento, cuando ni siquiera el contratista presentó a la entidad un estudio de su estructura financiera y de costos, que fue extrañada por la parte contratante.

A contrario sensu, en el acto administrativo recurrido se recordó que; el 29 de abril de 2023, la Gerencia de Intervención mediante correo electrónico entregó a la supervisión mediante correo electrónico, la matriz que contiene la aclaración técnica de diferentes ítems observados por el contratista en el radicado: 20221120041972 de recibido 13 de abril de 2022 y que fueron objeto de aclaración en la mesa de trabajo realizada el 25 de abril de 2022, donde se encuentran los cinco (5) ítems que por sus características presuntamente no se encontraban en el mercado de acuerdo con la apoderada del Contratista, en sus alegatos de conclusión:

34	CEPILLO TIPO EDIS 55 CM, 5 FILAS, AMARRE CON ALAMBRE, 60 CERDAS POR MOÑO FEN-98: Adjunto Cotización en el
-----------	--

49	ESCOBA DE ESPARTO TUPIDA: MANGO Y BASE SUJETAS POR SOPORTE ENROSCADO, DIMENSIONES MINIMAS: LONGITUD DE 120 CM, LONGITUD DE BASE 25 CM, LONGITUD DE FIBRA 10 CM.
-----------	--

87	POLIETILENO NEGRO 8 M x 100m DE ANCHO C 8 FEN-235: Adjunto Cotizaciones en los archivos "INVERSIONES RODRIGUEZ" ítem 210 y "FERRETERÍA - POLIETILENO NEGRO 8 M DE ANCHO C 8".
-----------	--



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

88	POLISOMBRA AZUL X4 MTSX 250 MTS ANCHO 47% FEN-236: SE ACLARA QUE PUEDE SER ENTREGADA UNA POLISOMBRA CON TRANSPARENCIA DEL 50%.
-----------	---

126	BROCA SDS PLUS 1 X 10 X 7-1 PULGADA: Adjunto Cotización en el archivo "INVERSIONES RODRIGUEZ" ítem 36
------------	--

Adicionalmente, se debe precisar respecto que no solo los productos existían en el mercado, sino que de la cotización hecha por la Entidad, si bien el contratista en la audiencia puede exhibir diferencias sustanciales, ello se insiste, no es óbice ni lo legitima para no haber cumplido con las entregas, cuando el riesgo económico estaba en su cabeza según la matriz de riesgos y el contratista no fue diligente y prudente, como lo reclama el artículo 63 del Código Civil Colombiano, más aún, cuando para el 10 de septiembre de 2021 las circunstancias complejas de la pandemia y de sus efectos económicos mundiales estaban en proceso de plena recuperación y, por tanto, los efectos en los precios y en el tipo de cambio eran claramente previsibles y resistibles.

Baste ver el Informe de la banca central³⁵ para desvirtuar y desechar, tanto a contratista como a su aseguradora, que se debe considerar como eximente de responsabilidad la fuerza mayor, el caso fortuito y la teoría de la imprevisión y de la irresistibilidad.

Ahora bien, se debe precisar a efectos de ilustración que el artículo 27³⁶ de Ley 80 de 1993, el legislador buscó dar aplicación en la contratación estatal al principio de la

³⁵ <https://www.banrep.gov.co/es/publicaciones-investigaciones/informe-politica-monetaria/octubre-2021> Revisado: 1/12/2024

³⁶ Artículo 27. **DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL.** En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

conmutatividad de las prestaciones, garantizando a las partes el derecho a que las condiciones económicas inicialmente previstas en la relación jurídico negocial no se alteren gravemente durante la ejecución, y para ello estableció el principio del equilibrio económico del contrato procurando que ante una alteración real³⁷, específica³⁸ y grave³⁹, a las finanzas del negocio jurídico se restablezca la ecuación contractual.

La doctrina especializada ha señalado como condiciones generales para su configuración⁴⁰, las siguientes:

- ✓ *La alteración debe darse por hechos que no sean imputables a la parte que reclama el restablecimiento.*
- ✓ *La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la oferta o a la celebración del contrato.*
- ✓ *La alteración debe ser causada por un álea anormal.*
- ✓ *La alteración debe afectar la economía del contrato de forma grave y anormal.*

Igualmente, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Colombiano, citando algunas providencias del Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

“La jurisprudencia contenciosa señala que el desequilibrio contractual se configura cuando⁴¹:

- I. Se rompe la equivalencia entre las obligaciones del contratista y su remuneración por causas que no le son imputables.*
- II. Las causas que generan la ruptura de la equivalencia son ajenas a los riesgos que asumió el contratista en el momento de suscripción del contrato y a los que son inherentes a su objeto.*

³⁷ Exige constatar la existencia de un déficit que se evidencia en relación con el equilibrio inicial

³⁸ Debe existir una clara identificación de los gastos adicionales en los que ha incurrido el contratista, su relación con la causa de la alteración y su monto.

³⁹ Se debe demostrar que es extraordinaria y significativa

⁴⁰ Rodríguez, Libardo. El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos. Segunda Edición. Temis.

⁴¹ C.E. Secc. Tercera. Sent. 15.119, sep.18/2003. C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sent. 14.781, sep. 11/2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sent. 21.990, jun.28/2012. C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sent. 24.636, dic.11/2015. C.P. Ramiro Pazos Guerrero, entre otras.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

La asunción de riesgos generalmente está prevista en una matriz que hace parte de los documentos del contrato⁴². Si el contratista ha asumido expresamente un particular riesgo y éste se configura, no se genera un desequilibrio contractual⁴³.

(...)

III. La alteración del equilibrio contractual es real, específica, grave y transitoria:

- ✓ *Es real cuando es verdadera, lo cual exige constatar la existencia de un déficit. El déficit se evidencia en relación con el equilibrio inicialmente pactado.*
- ✓ *Es específica cuando es concreta y directa al contratista. Debe así haber una clara identificación de los gastos adicionales en los que ha incurrido el contratista, su relación con la causa de la alteración y su monto.*
- ✓ *Es grave cuando es extraordinaria y significativa.*
- ✓ *Es transitoria cuando es temporal, pues sólo así se justifica la ayuda de la contraparte para continuar con la ejecución del contrato.*

a) El desequilibrio contractual no imposibilita el cumplimiento del contrato ni varía el contenido intrínseco de las obligaciones, sino que se trata de una situación que hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una de las partes.

b) *La razonabilidad del precio y la utilidad a percibir por el contratista se verifica mediante la consulta de los precios del mercado del bien, servicio u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza⁴⁴.*

⁴² Art. 4 L.1150/20107; D.1510/2013.

⁴³ C.E. Secc. Tercera. Sent. 51.526, mar.23/2017. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴⁴ C.E. Secc. Tercera. Sent. 18080, ago. 31/2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

-
- c) *A la parte afectada le corresponde probar la existencia del desequilibrio contractual. Para el efecto, se debe (i) identificar la ecuación sobre la cual se estructuró el contrato; (ii) evidenciar las causas que se invocan para alegar el desequilibrio; y (iii) demostrar el efecto económico real sobre la ejecución del contrato. No basta probar el incremento de una cuenta, sino que es necesario cuantificar el impacto sobre la ecuación económica⁴⁵.*
- d) *De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre las causas que podrían generar un desequilibrio contractual están la hiperinflación, el alza imprevista del valor de la materia prima determinante para el cumplimiento del contrato, la realización de obras adicionales, la ampliación del plazo contractual, el establecimiento de nuevos tributos, la demora en la entrega del anticipo, el retraso en la entrega de los terrenos en los cuales debe ser construida la obra o el no suministro oportuno de los planos y materiales para su ejecución, entre muchas otras que deben ser analizadas en cada caso concreto.*
- e) ***Se debe acreditar el efecto económico real sobre la ejecución de un contrato. Esto es, se debe demostrar el impacto que tuvo el presunto desequilibrio para el contratista.***
(...)
- f) *Los desequilibrios contractuales no necesariamente se solucionan a través de un solo mecanismo, sino que con frecuencia hay distintas alternativas que permiten la satisfacción de este propósito. Las entidades estatales deben*

⁴⁵ C.E. Secc. Tercera. Sent. 59309, may. 8/2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

procurar que se adopte la fórmula que comporte mayores beneficios tanto para la entidad como para el contratista⁴⁶.

Ahora bien, son diferentes las causas que pueden afectar de manera significativa la ecuación contractual, sin embargo, el argumento alegando la teoría de la imprevisión, por lo que resulta necesario y pertinente, realizar algunas consideraciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la misma.

Teoría de la Imprevisión⁴⁷:

La Sección Tercera del Consejo de Estado de manera reiterada ha señalado que para la configuración del desequilibrio económico del contrato bajo la teoría de la imprevisión se requiere:

“1º. Que con posterioridad a la celebración del contrato conmutativo, se haya presentado un hecho extraordinario e imprevisto, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas. 2º. Que ese hecho altere de manera anormal

⁴⁶ 19 Los Decretos 482 y 569 de 2020, declarados exequibles por las Sentencias C-185 y C-239 de 2020, son ejemplo de búsqueda soluciones óptimas según las realidades de cada caso. En esta última, la Corte Constitucional puso de manifiesto que “las prórrogas establecidas para los contratos de asociación público-privada respondían a la necesidad de hacer frente a los desequilibrios económicos originados en la ejecución del contrato. Sin embargo, se precisó que esa facultad debía ser interpretada y aplicada con sujeción a criterios objetivos, la realidad económica del contrato y las perturbaciones que se produjeron con la emergencia sanitaria en relación con: (i) la disminución en el recaudo causada por las medidas adoptadas por el Gobierno nacional en el marco del estado de emergencia; y (ii) la posibilidad de que las prórrogas operaran mientras durara el Estado de emergencia económica, social y ecológica así como la emergencia sanitaria”.

⁴⁷ **ABATTI, Luis Enrique.** La imprevisión contractual. 2013. p.3: “La comúnmente denominada “teoría” de la imprevisión, requiere que la excesiva onerosidad sobreviniente consistente en el perjuicio derivado del hecho extraordinario e imprevisto, le produzca un grave menoscabo en el acto jurídico que ligue a una parte con la otra, que se traduzca en una onerosidad para el afectado. Hay que aclarar que ante el caso imprevisto, la ley busca evitar un perjuicio, pero no es su propósito convertir al perjudicado en beneficiado. No hay que confundir la fuerza mayor con la teoría de la imprevisión, la fuerza mayor significa un impedimento natural, por lo que existe imposibilidad material para cumplir la prestación, mientras que la imprevisión, implica, simplemente, excesiva onerosidad; o sea, dificultad en el cumplimiento de la prestación, lo que constituye, una imposibilidad relativa, ya que la ejecución sería siempre jurídicamente posible”



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

y grave la ecuación económica del contrato, es decir que constituya una alea extraordinaria, que hace mucho más onerosa su ejecución para una de las partes. Para determinar si la onerosidad es excesiva, se debe partir del equivalente inicial. 3º. Que esa nueva circunstancia, no hubiere sido razonablemente previsible por las partes, es decir, debe tratarse de un hecho sobreviniente, exterior a la voluntad de las partes, cuya aptitud normal de previsión haya superado, y que no era posible evitar aún actuando con la diligencia que exigía el caso. 4º. Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite”⁴⁸.

Igualmente, es de especial relevancia mencionar que para aplicar la teoría de la imprevisión se requiere demostrar la relación entre el hecho extraordinario e imprevisible y la mayor onerosidad.

Sobre la teoría de la imprevisión, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, precisó lo siguiente:

“a. El hecho imprevisible es aquel cuya ocurrencia no se podía prever dentro del marco de lo razonable por ninguna de las partes. Se trata de un hecho sobreviniente, extraordinario y exógeno a las partes.

La jurisprudencia ha considerado como hechos imprevisibles, entre otros ejemplos, la guerra, la crisis económica grave, la devaluación extraordinaria, el aumento fundamental y sorpresivo de los costos de la materia prima esencial para la ejecución del contrato, la conmoción social, la fluctuación anormal de los insumo o materiales, las condiciones inesperadas del terreno, la pluviosidad excepcional⁴⁹.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 14461.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

(...)

Sólo se configura como un hecho imprevisible cuando en la gestión contractual no fue posible preverlo como un riesgo. Así, por ejemplo, en sentencia con radicado 28681 el Consejo de Estado señaló: “En el caso concreto, si bien la ley 418 de 1994 no había entrado en vigencia antes de la celebración del contrato, dicha contribución venía cobrándose desde tiempo atrás como antes se indicó al reseñar la evolución legislativa de la misma, es decir, que no es posible alegar que esta norma introdujo una situación imprevisible para el contratista, al punto que en la cláusula octava, parágrafo segundo del contrato, arriba transcrito, el contratista autorizó a la entidad para que “de los saldos de las órdenes de obra, descuenten las sumas correspondientes, que por impuestos, tasas, contribuciones, estampillas etc., se llegasen a descontar con relación a la ejecución del objeto contratado en relación a cada orden de obra asignada”⁵⁰

(...)

Conforme con numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 el restablecimiento de las cargas es a un punto de no pérdida⁵¹.El

⁴⁹ C.E. Secc. Tercera. Sent. 10.151, may. 9/1996. C.P. Daniel Suárez Hernández; Sent. 15.119, sep.18/2003. C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sent. 14.781, sep. 11/2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sent. 41008, jul. 29/2015. C.P. Hernán Andrade Rincón; Sent. 36359, ago. 1/2016 C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Sent. 63123, feb. 6/2020. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. 22 C.E. Secc. Tercera. Sent. 28681, may. 6/2015. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

⁵⁰ C.E. Secc. Tercera. Sent. 28681, may. 6/2015. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

⁵¹ ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: 1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

restablecimiento de las cargas es transitorio, compensatorio y limitado a un apoyo parcial dirigido a solventar el déficit que el hecho le origina al contratista en el cumplimiento de las obligaciones. El restablecimiento sólo debe estar dirigido al reconocimiento de mayores gastos, costos o pérdidas que resulten de soportar la circunstancia imprevisible”.

Así mismo, es menester manifestar que la teoría de la imprevisión no es un remedio para los malos negocios y mucho menos un mecanismo que permita subsanar al contratista la falta de previsión para estructurar la oferta económica como lo ha señalado el Consejo de Estado⁵²:

“A la par con lo expuesto, la Sala considera que no obstante estar demostrado que el costo de ejecución del negocio jurídico para el contratista fue superior al precio del contrato, en tanto el valor de la adquisición de los elementos ascendió a \$1.540'634.367,68, mientras que el precio del contrato correspondió a \$1.499'916.540, lo cierto es que ello, en criterio de la Sala, no se debió a la aludida medida que adoptó el Banco de la República durante la ejecución del contrato, sino a la misma falta de adopción de medidas de tipo contingente por parte del contratista para afrontar las variaciones de la moneda, de suyo previsibles, durante la ejecución del contrato.

Revisada la propuesta que presentó el contratista dentro de la licitación pública No. 077 de 1999, no evidencia la Sala que el contratista hubiera dispuesto la incorporación en dicho documento de mecanismos que permitieran proteger del riesgo cambiario la estructura económica en que

punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

⁵² CONSEJO DE ESTADO, Subsección A de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado (28402) de 2014. C.P Mauricio Fajardo Gómez.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

**“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-
Cláusula Penal Pecuniaria**

**"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”
Expediente Orfeo 202111011000100446E"**

cimentó su oferta, en virtud del cual incluyera un margen de variación del valor monetario que pudiera soportar.

En ese sentido, la Sala considera que el hecho de que el contratista pretendiera estructurar su propuesta en una suma fija ligada a una tasa representativa del mercado estática, sin ninguna fórmula que permitiera dinamizarla para afrontar las previsibles e inminentes fluctuaciones que sufriría el valor del peso colombiano con respecto al dólar norteamericano a lo largo del contrato, máxime a sabiendas de que el mismo no se celebraría inmediatamente al cierre de la licitación y que además su objeto se ejecutaría en un lapso de tres meses posteriores a su suscripción, revela una actitud poco precavida del colaborador de la Administración.

*Las mismas pruebas aportadas al expediente reflejan con claridad el comportamiento constante del valor del dólar americano y su tendencia al incremento. Muestra de ello es que para el inicio de año inmediatamente anterior a la celebración del contrato, el valor del dólar era de COL\$1.293.58; seguidamente, en enero del año 1999, anualidad en que se celebró el Contrato No. 044, el precio del dólar estaba en COL\$1542.11; para el mes de mayo del mismo año, época en que se presentó la propuesta, su valor ascendía a COL\$1.671.20, **de tal suerte que resultaba perfectamente previsible el proceso de constante incremento de la respectiva tasa de cambio y un comerciante profesional que sabía a la perfección que los bienes por él ofertados en suministro debía adquirirlos a importadores que le facturaban en pesos colombianos pero teniendo en cuenta el monto de dichos bienes en dólares norteamericanos, naturalmente no podía pretextar su desconocimiento acerca de la constante y ascendente variación del tipo de cambio del dólar de los Estados Unidos de Norteamérica en relación con la moneda nacional, fenómeno reiterado y***



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

suficientemente notorio para el momento histórico en que se presentó la oferta, se celebró el contrato y se ejecutaron sus diversas prestaciones.

Según los lineamientos expuestos, era precisamente esa certeza existente en esa época en cuanto al crecimiento del valor del dólar norteamericano la que imponía al contratista el deber de prever en su oferta mecanismos eficientes para afrontar las constantes fluctuaciones económicas que marcaban la pauta en el cambio de la moneda” (negrilla propia).

Por lo anterior, es pertinente analizar cada uno de los requisitos de procedibilidad para que la Entidad deba restablecer el equilibrio económico por aplicación de la teoría de la imprevisión de la siguiente manera: A) Que, con posterioridad a la celebración del contrato conmutativo, se haya presentado un hecho extraordinario e imprevisto, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas. B) Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir que constituya una alea extraordinaria, que hace mucho más onerosa su ejecución para una de las partes. Para determinar si la onerosidad es excesiva, se debe partir del equivalente inicial. C) Demostrar la relación entre el hecho extraordinario e imprevisto y la mayor onerosidad. D) Que esa nueva circunstancia, no hubiere sido razonablemente previsible por las partes, es decir, debe tratarse de un hecho sobreviniente, exterior a la voluntad de las partes, cuya aptitud normal de previsión haya superado, y que no era posible evitar aún actuando con la diligencia que exigía el caso. E) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.

Finalmente, el Consejo de Estado⁵³ ha señalado que:

“[...] La ruptura del equilibrio económico del contrato *debe probarse por la parte que la alega*, demostrando: i) las causas y ii) el

⁵³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Sentencia de 19 de abril de 2018. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00048-01(54590). Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Actor: CLAM INGENIEROS LIMITADA



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

*efecto económico correspondiente. Por ello, el análisis de la prueba del desequilibrio pasa por **identificar la ecuación económica que gobernó el contrato, el factor de desfase en su ejecución y la causalidad entre los hechos que originan las alteraciones y el efectivo desbalance de las prestaciones a cargo de las partes, representadas en la ecuación económica.** Se agrega que para salir adelante con las pretensiones por concepto de desequilibrio económico del contrato es preciso probar: iii) la imputación del desbalance financiero a las conductas o cargas de la parte contra la que se pretende la condena correspondiente”*

Así las cosas, el desequilibrio contractual resulta una actuación administrativa extraña o diferente a la que actualmente se desarrolla con base en el artículo 86 de la Ley 1434 de 2011, por cuánto, las solicitudes efectuadas por el contratista, que no fueron de recibo para la Entidad en su oportunidad en la etapa de ejecución y, que ya fueron resueltas en forma definitiva, por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, en sentido negativo, toda vez que no se encontraron las circunstancias que ameritaran su aplicación pes no se probó que existiera una afectación a la estructura de costos del contrato, permitían desde entonces al contratista ante la negativa, acudir a la acción contenciosa pertinente a efectos de reclamar el supuesto desequilibrio, pero no se constituye de manera en un eximente de responsabilidad por el incumplimiento probado, como se volverá a explicar más adelante.

Situación diferente es, el objeto que se debate en este procedimiento, esto es el problema jurídico que le inició la actuación administrativa, esto es si se produjo o no el incumplimiento para efectos de reclamar del contratista y de la aseguradora, en vía administrativa, la indemnización de perjuicios como consecuencia de la aplicación de la cláusula penal “pecuniaria”.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Se trata entonces, de concentrarse, en determinar si el contratista cumplió o incumplió el contrato y, si con ocasión de dicho hecho, se produjo un perjuicio para la entidad contratante que deba ser objeto de indemnización por parte de la contratista, esto es, asumir que la contratista conocía y aceptó los estudios previos como los de mercado, y aceptó en condiciones del año 2021, mes de septiembre, los precios que objetivamente ofrecía al mercado y las proyecciones que se tenían en su oportunidad, en una subasta donde quien la ganaba ofrecía los más bajos precios.

De manera que, el hecho de que el contratista haya aceptado dichas condiciones de mercado colocó el riesgo económico y jurídico en su cabeza, sin que le sea dable argumentar, que el incumplimiento se debió a los cambios de precios en el mercado debido a la pandemia del 2020 u a otras circunstancias exógenas exhibidas sin nexo de causalidad, como ya se ha explicado.

Las condiciones del año 2021 eran plenamente previsibles y, si llegaron acontecer, como lo arguye el contratista, no es en la vía del procedimiento administrativo sancionatorio donde deba declararse su existencia y resulten una eximente de responsabilidad, pues el servicio público contratado requería que el contratista asumiera precisamente los riesgos del contrato y, por ello, se estableció un valor presupuestal suficiente que le permitiera a los oferentes considerar las propias circunstancias de un mercado posterior a la pandemia y que se recuperó notablemente si se revisan los indicadores para los años 2021 y 2022, donde el crecimiento económico superó las barreras promedio del 3% en el mercado.

Así las cosas, el incumplimiento debe ser revisado desde el punto de vista objetivo y esto es, si se cumplió o no con el objeto contractual y se llenaron las expectativas que tenía la entidad pública al momento de planear la contratación, que finalmente fue adjudicada en las condiciones del mercado en las cuales se ejecutó el contrato.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Por manera que, la argumentación presentada tanto por la aseguradora como por el contratista, no tiene recibo por parte de la entidad estatal, por cuanto no se trata de debatir si existió o no desequilibrio contractual, sino si existen causales de justificación para el contratista para no haber cumplido como él mismo lo acepta, lo mismo que lo hace la aseguradora, que no se pudo cumplir el contrato debido a los cambios abruptos de precio, los cuales debió estimar, a propósito de la matriz de riesgo que arguye como defensa, pues no puede acusar al supervisor de ser el responsable de mantener un continuo monitoreo sobre los precios del mercado, cuando el Contratista tenía las herramientas jurídicas para hacer su reclamación económica y, en todo caso, al momento de presentar su oferta debió considerar que las condiciones para los años de ejecución eran de alto riesgo y, como se describió en la matriz de riesgo contractual referida a los mismos, dejó en manos del contratista asumir el riesgo de los cambios eventuales de precio.

En cualquier caso, al momento de adelantar las actuaciones administrativas que inicialmente solo tenía como propósito la imposición de una multa conminatoria y ahora bajo el análisis de todas las circunstancias que acontecieron desde el inicio de la ejecución hasta su terminación, permiten establecer que la causal esgrimida por el contratista como eximente de responsabilidad no tiene lugar, toda vez que no resulta la evidencia por la cual se pueda argüir que existieron circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor en los términos del código civil, por cuanto, las circunstancias esgrimidas eran previsibles y perfectamente resistibles si se considera las condiciones financieras y de mercado con las cuales se elaboraron los estudios previos y el estudio de sector.

De otro lado, tampoco le cabe razón al abogado de la contratista en el sentido en el cual afirma que la decisión tomada mediante la resolución recurrida fue tomada sin pruebas suficientes y sólo basadas en el informe del supervisor, lo cual resulta incoherente toda vez que el mismo contratista ha aceptado que se incumplió pero arguye precisamente circunstancias exculpatory las basadas en la fuerza mayor, el caso fortuito, la imprevisión



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

y particularmente el desequilibrio económico del contrato para justificar su incumplimiento, además que la decisión fue tomada con base en las documental provista en el propio contrato donde se da cuenta que los bienes que no fueron entregados en su oportunidad nunca ingresaron al almacén y que tampoco el contratista los facturó ante la negligencia en su entrega.

iii) Respetto de los “Graves problemas de planeación, deficiencia de estudio de mercado y/o estudio de sector”.

Los argumentos que presenta el abogado del contratista, que tiene conexión con el acápite anterior, respecto de graves problemas de planeación y del estudio de mercado o de sector que para el contratista generó el desequilibrio económico, pues como ya se anotó, se analizó por la Entidad bajo cuerda procesal diferente que no era viable aceptar que al momento de realizar la etapa precontractual se haya incurrido en yerro en el estudio de mercado vigentes al momento de realizar la subasta inversa, pues como se anotó el contratista no probó que en realidad hayan cambiado los precios del mercado que fueron aceptados por el contratista al haber presentado propuesta y haber ofrecido a un precio de equilibrio en el mercado la venta de los bienes que requería la administración.

Así mismo, no obra en el expediente ni el contrato que el contratista en la etapa precontractual haya desaprobado o reprochado los precios del estudio de mercado efectuado por la Entidad, con lo cual acepto dichas condiciones de mercado al momento de presentar su propuesta, sin que pueda argüir hoy, como exculpación de su incumplimiento que los estudios de mercado, de sector los estudios previos adolecen da falta de planeación.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

El Consejo de Estado⁵⁴ ha estudiado en circunstancia análogas a la situación argüida señalando que:

*“[...] 61. De ahí que sea posible afirmar que **el principio de planeación**, que se proyecta inicialmente en **la elaboración de los estudios y análisis que deben preceder a la apertura del proceso de selección**, se constituya, a su turno, en una carga de la que también es responsable el proponente y luego contratista, justamente de cara a su conocimiento especializado en la materia, y como expresión nítida del principio de buena fe en la etapa precontractual. Esta Subsección, ha sido prolija en señalar:*

*“Se puede afirmar que el principio de planeación en la contratación pública es bífrente, es decir, se traduce en una carga tanto para la entidad estatal como para el contratista, respecto de aquellos aspectos que compete definir a cada parte. La exigencia de obrar de acuerdo con el principio de planeación se predica en la formación del contrato y, de la misma forma, en la negociación de sus modificaciones y adiciones. Dentro del marco de la colaboración que compete al contratista, se encuentra igualmente sometido a respetar el principio de planeación, es decir, **el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública**”²⁰.*

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Sentencia de 12 de diciembre de 2022. Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ . Radicación: Demandante: Demandado: Acción: Asunto: 680012331000200700627 (51911) Consorcio Géminis Instituto Nacional de Vías – INVIAS



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

62. *En el sub lite, se observa que el Consorcio Géminis no formuló inquietudes respecto al precio del ítem, no señaló la aparente discordancia entre el alcance de la especificación para relleno seleccionado y el valor presupuestado por la entidad en el formulario No. 1, ni pidió a la entidad pública aclarar su entendimiento en el asunto.*

Este silencio fue advertido por el Tribunal y no fue objeto de apelación por el actor, de modo que la conducta del Consorcio, al haber analizado a fondo la especificación y su correlativo precio unitario –llegando a la conclusión ya conocida– permite a la Sala considerar que lo ocurrido correspondió a una elección del proponente en presentar un precio unitario únicamente con materiales de excavación, asumiendo un riesgo de cara a las diferentes alternativas planteadas en la especificación; posición que se sostiene y reafirma al haber omitido la carga de expresar una inquietud de tal calibre a la entidad pública para su aclaración, ajuste, o corrección. 63. Justamente, a través del numeral 2.2. del pliego de condiciones, se hizo énfasis en dicha carga y deber, al indicar: “si los proponentes encontraren discrepancias u omisiones en los documentos de la presente licitación o tuvieran dudas acerca de su significado o interpretación, deberán darlos a conocer en la audiencia para precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones”. Recuérdese, además, que el numeral 3.8.3 de los pliegos, sub numeral 4, entre otras cuestiones, señaló que: “c utilizará en la ejecución de la obra; por lo tanto, el Instituto no reconocerá costos adicionales por el cambio de dichas fuentes de materiales”. [...]

Por manera que, siguiendo esta posición jurisprudencial, no les dable el contratista argüir al momento de defender el no cumplimiento de sus obligaciones argüir que se presentaron circunstancias exógenas en el mercado que le impidieron cumplir con las prestaciones en razón a una supuesta falta de planeación o elaboración indebida de los



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

estudios de mercado y de sector, por cuanto dichos documentos precontractuales fueron de aceptación por parte del contratista, razón suficiente para no aceptar por este argumento la reposición presentada por el abogado de la contratista.

- iv) Respecto de la “Falsa motivación. no se encuentra probado que existe una variación de precios extraordinaria, imprevisible, lo cual no corresponde a la realidad”.**

Arguye el abogado de la Contratista para señalar falsa motivación en que la entidad señaló en su oportunidad que *“que no se encuentra probado que existe una variación de precios extraordinaria, imprevisible, lo cual no corresponde a la realidad”*. Argumento este que de nuevo tiene conexidad de nuevo con el supuesto desequilibrio económico de los precios ofrecidos por el contratista al momento de presentar su oferta y los que supuestamente “variaron” al momento en que se hizo oportuno cumplir con las prestaciones debidas.

Para el efecto, el abogado en su recurso enlista la correspondencia surtida con la Entidad referida a la actuación administrativa que se surtió con ocasión de la reclamación del contratista en relación con un supuesto cambio en los precios que podría afectar la ecuación contractual. Así mismo hace relación al anexo 24 de las pruebas de la actuación que dio lugar a la multa conminatoria, referido a la Cotización efectuada con la firma Rodríguez Aponte, describiendo algunas de las diferencias porcentuales entre el precio ofrecido e la oferta y el de la cotización referida.

Así las cosas, mediante radicado 20231150297293 de fecha 11 de diciembre de 2023 se ordenó la práctica siguiente prueba:



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

“[...] RESUELVE PRIMERO: DECRETAR PRUEBA DOCUMENTAL que deberá realizar la supervisión del contrato, consistente en un estudio del sector en los términos de la Guía General para la elaboración de estudios de mercado de Colombia Compra Eficiente, frente al valor promedio unitario (incluido IVA) de los siguientes ítems de ferretería establecidos en el anexo técnico del proceso de selección No. SASI-009-2021, que forma parte del contrato 495 de 2021, durante el periodo comprendido entre el 01 de enero al 30 de agosto de 2022:

ITEM	DESCRIPCIÓN	UND
11	BARRA 14 LBS FEN-72	UN
19	BOQUILLERA ALUMINIO 6 X1-1/2 FEN-76	UN
31	CANECA PLASTICA CON TAPA 55 GL TIPO ARO CON TAPA FEN-92	UN
33	CEPILLO TEXTURIZADOR DE 60	UN
38	CURADOR PARA CONCRETO A BASE DE RESINAS BASE ACUOSA BLANCO X 20 KILOS FEN-46	UN
39	DEMOLEDOR SDS-MAX 25 JOULES 5 JOULES, POTENCIA 1540 W	UN
45	DURMIENTE DE 4,5X4,5 AMARILLO FEN-212	UN
52	ESTIBAS PLASTICAS ANTIDERRAME (125 x 125 x 14 CM)	UN
59	GEODREN VIAL TB 65 MM 1 MT FEN-284	UN
60	GEOTEXTIL NT 1800 FEN-287	m2
61	GEOTEXTIL NT 2500 FEN-288	m2
62	GEOTEXTIL NT 4000 FEN-289	m2
75	MARCO SUMIDERO NORMA NP 023(83,5X45,5X14) FEN-312	UN
86	PLACA DE CUBIERTAS TAPA POZO TIPO EAAB 1,7 E =0,25 M	UN
93	RETARDANTE DE EVAPORACION DE ACABADOS CONCRETOS 20KG FEN-53	UN
94	ROTOMARTILLO SDS MAX DE 1800 W 19 J MODELO D25773K-B3	UN
96	SELLADOR ELASTICO CON BASE EN POLIURETANO X 300cc	UN
99	TABLA BURRA DE 3M X 0,30 M ORDINARIO FEN-220	UN
107	TUBERÍA DRENAJE 100MM 5M CARRETERA CON UNION C/FILTRO	UN
109	TUBERIA PVC U.M. EXT CORRUGADO/INT LISO ALCANTA D=250 MM (10) X 6M FEN-260	UN
110	TUBERIA PVC U.M. EXT CORRUGADO/INT LISO ALCANTARILLADO D= 315 MM (12) X6M FEN-261	UN
111	TUBERIA PVC U.M. EXT CORRUGADO/INT LISO ALCANTARILLADO D=200 MM (8) X6M	UN
114	UNIVERSAL PARA ACOMETIDA DE ¾ X ¾ PVC FEN-271	UN
128	GEOTEXTIL NT 1600	M2

Ahora bien, se ordenó, en su oportunidad por el ordenador del gasto para resolver este recurso mediante radicado 20231150307413 de fecha 19 de diciembre de 2023, incorporar la prueba ordenada y que se surtió mediante radicado 20231900305923 que:



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

[...] mediante auto de pruebas de pruebas del 11 diciembre de 2023, se decretó prueba documental, en los siguientes términos: “RESUELVE PRIMERO: DECRETAR PRUEBA DOCUMENTAL que deberá realizar la supervisión del contrato, consistente en un estudio del sector en los términos de la Guía General para la elaboración de estudios de mercado de Colombia Compra Eficiente, frente al valor promedio unitario (incluido IVA) de los siguientes ítems de ferretería establecidos en el anexo técnico del proceso de selección No. SASI-009-2021, que forma parte del contrato 495 de 2021, durante el periodo comprendido entre el 01 de enero al 30 de agosto de 2022: (...) Para lo anterior se otorgará un término de CINCO (5) días hábiles, a la Supervisión, el cual será trasladado a las partes para que ejerzan el respectivo derecho de contradicción.”. De acuerdo con lo anterior mediante memorando No. 20231900305923 del 18 de diciembre de 2023, la Supervisora del Contrato No. 495 de 2021, radico en un (01) folio y una carpeta en formato.zip, los anexos contenido en dieciocho (18) archivos, con el asunto: “Respuesta al Auto de Pruebas del 11 de diciembre de 2023”, para lo cuál los documentos se proceden a incorporar dentro del expediente, y se corre traslado de este al contratista y al garante por el término de cinco (05) días hábiles, en aras de cumplir con los principios de publicidad, transparencia y debido proceso.”

La supervisora mediante radicado en Radicado 20231900305923 del 18 de diciembre de 2023, el cual fue trasladado a la firma contratante y a la aseguradora mediante radicado 20231150131591 de fecha 19 de diciembre de 2023, presentó un estudio donde a partir de las cotizaciones efectuadas entregó un cuadro en Excel con el siguiente resumen:



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

**“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-
Cláusula Penal Pecuniaria**

**"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL”
Expediente Orfeo 202111011000100446E"**

SOLICITUD ESTUDIO DE MERCADO PARA EL CONTRATO 495 DE 2021. OBJETO: "SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL"			COTIZACIONES GESTIONADAS PARA EL ESTUDIO DE MERCADO																
			COTIZACIONES COLOMBIA COMPRA DIRECTA GENERADAS PARA EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DE FERRETERÍA 2022. OBJETO: SUMINISTRO DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN Y FERRETERIA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL A CARGO DEL PROYECTO 7008 (META 1, 2, 4 Y 5), 7903 META 1 Y 7891 - META 3.																
			REY COTIZACIONES PARTICULARES																
ITEM	DESCRIPCION	UNID	VALOR PROMEDIO UNITARIO INCLUIDO IVA CTO 19P-2022	1 Cotización 36472 BIM SUPPLIES S.A.S (02-08-2022)	2 Cotización 36477 SOLUCIONES S.A.S (02-08-2022)	3 Cotización 36471 W SOLUCIONES S.A (02-08-2022)	4 Cotización 36472 UT SOLUCIONES S.A (02-08-2022)	5 Cotización 36473 SOLUCIONES INTEGRADOS USON S.A.S (02-08-2022)	6 Cotización 36468 ABRITA GROUP S.A.S (02-08-2022)	7 Cotización 36470 SOLUCION FERRERIA PARA COLOMBIA (02-08-2022)	8 Cotización 36471 SOLUCION FERRERIA PARA COLOMBIA (02-08-2022)	9 Cotización 36472 SOLUCION FERRERIA PARA COLOMBIA (02-08-2022)	10 Cotización 36473 SOLUCION FERRERIA PARA COLOMBIA (02-08-2022)	11 Cotización Inversiones Rodríguez Aguirre (04-08-2022)	12 Cotización Cea Andino (Precio actual indexado a agosto 2022)	13 Cotización Ferretaria Luis Paezaga (Precio actual indexado a agosto 2022)	14 Cotización Innoconcrete (Precio actual indexado a agosto 2022)	15 Cotización UMI (Precio actual indexado a agosto 2022)	16 Cotización Pocomer (Precio actual indexado a agosto 2022)
11	BARRA 14 LBS FEN-72	UN	\$ 36.817,00	\$ 66.935,51	\$ 108.000,00	\$ 98.241,94	\$ 97.633,00	\$ 91.692,48	\$ 110.030,97	\$ 124.439,79	\$ 112.112,00	\$ 158.387,28	\$ 187.032,30						
19	BOQUILLERA ALUMINIO 5 X1-32 FEN-76	UN	\$ 38.196,00	\$ 75.731,53	\$ 89.000,00	\$ 155.612,73	\$ 127.532,00	\$ 81.511,43	\$ 124.490,18	\$ 140.792,47	\$ 143.757,00	\$ 210.000,49	\$ 148.202,60						
31	CANECA PLASTICA CON TAPA 55 GL TIPO ARO CON TAPA FEN-92	UN	\$ 56.063,00	\$ 160.125,30	\$ 150.000,00	\$ 288.288,21	\$ 310.221,01	\$ 250.685,40	\$ 263.219,67	\$ 297.688,91	\$ 303.957,00	\$ 178.500,00	\$ 372.827,00						
33	CEPILLO TEXTURIZADOR DE 60	UN	\$ 938.809,00	\$ 714.181,64	\$ 849.999,99	\$1.271.830,31	\$1.383.637,00	\$1.677.138,88	\$1.173.987,21	\$1.327.734,94	\$1.355.688,00	\$2.877.999,53	\$2.985.555,30						
38	CURADOR PARA CONCRETO A BASE DE RESINAS BASE ACUOSA BLANCO X 20 KILOS FEN-46	UN	\$ 67.561,00	\$ 117.200,23	\$ 134.000,00	\$ 181.190,17	\$ 216.409,00	\$ 188.070,81	\$ 192.657,91	\$ 217.886,92	\$ 229.355,00	\$ 363.799,66	\$ 173.109,30						
39	DEMOLIDOR SDS-MAX 25 JOULES	UN	\$ 93.947.230,00																
39	5 JOULES, POTENCIA 1540 W	UN	\$13.947.230,00												\$4.552.945,51	\$5.638.521,51	\$4.144.880,09		
46	DURIMIENTE DE 4,5X4,5 AMARILLO FEN-212	UN	\$ 7.808,00									\$ 20.280,00	\$ 34.034,00						
52	ESTIRAS PLASTICAS ANTIDERRAME (125 x 125 x 14 CM)	UN	\$ 200.000,00	\$ 158.120,43	\$ 260.000,00	\$ 368.225,65	\$ 306.337,00	\$ 371.319,99	\$ 259.923,99	\$ 293.961,66	\$ 300.152,00	\$ 428.400,00	\$ 216.580,00						
59	GEORETEIL VIAL 16 65 MM 1 M2 FEN-284	UN	\$ 26.291,00	\$ 34.441,00	\$ 56.638,00	\$ 50.549,42	\$ 66.723,00	\$ 57.289,34	\$ 56.615,34	\$ 64.029,26	\$ 65.378,01	\$ 95.689,52	\$ 228.956,00						
60	GEOTEXTIL NY 1800 FEN-287	m2	\$ 2.749,00	\$ 3.177,27	\$ 5.225,00	\$ 4.166,89	\$ 6.154,00	\$ 3.730,65	\$ 5.222,91	\$ 5.906,86	\$ 6.033,00	\$ 6.406,96	\$ 27.251,00						
61	GEOTEXTIL NY 2500 FEN-286	m2	\$ 4.123,00	\$ 4.182,44	\$ 6.878,00	\$ 5.238,28	\$ 8.101,00	\$ 4.910,89	\$ 6.875,25	\$ 7.775,58	\$ 7.940,00	\$ 7.886,28	\$ 30.821,00						
62	GEOTEXTIL NY 4000 FEN-285	m2	\$ 7.953,00	\$ 5.725,78	\$ 9.416,01	\$ 7.731,48	\$ 11.091,00	\$ 6.723,02	\$ 9.412,23	\$ 10.644,79	\$ 10.870,00	\$ 12.335,54	\$ 38.675,00						
75	MARCO SUMIDERO NORMA NP 02083.5X45.5X140 FEN-312	UN	\$ 61.128,00	\$ 45.602,49	\$ 74.993,00	\$ 106.197,59	\$ 88.347,00	\$ 80.317,50	\$ 74.963,00	\$ 84.779,59	\$ 86.566,00	\$ 106.743,00	\$ 86.675,00						
86	PLACA DE CUBIERTAS TAPA POZO TIPO CAAB 1,7 E-0,25 M	UN	\$ 634.344,00	\$ 915.523,89	\$1.505.572,99	\$1.415.389,18	\$1.773.713,00	\$1.254.142,31	\$1.504.970,77	\$1.702.050,28	\$1.737.884,00	\$2.034.900,00	\$ 866.320,00						
93	RETARDANTE DE EVAPORACION DE ACABADOS CONCRETOS 20KG FEN-63	UN	\$ 72.872,00	\$ 131.531,69	\$ 216.303,00	\$ 157.014,35	\$ 196.085,00	\$ 205.820,46	\$ 216.216,48	\$ 244.530,54	\$ 249.679,01	\$ 387.400,50	\$ 352.587,00						
94	ROTOMARTILLO SDS MAX DE 1800 W 19 J MODELO D05773K-83	UN	\$13.200.000,00									\$9.567.799,92	\$2.721.173,00				\$4.984.444,31	\$4.015.946,62	
96	SELLADOR ELASTICO CON BASE EN POLIURETANO X 300cc	UN	\$ 19.942,00	\$ 32.135,73	\$ 33.000,00	\$ 57.228,02	\$ 60.583,99	\$ 58.485,77	\$ 52.825,86	\$ 59.743,53	\$ 61.001,99	\$ 102.816,00	\$ 50.896,30						
99	TABLA BURRA DE 3M X 0,30 M ORDINARIO FEN-220	UN	\$ 13.571,00	\$ 19.533,68	\$ 32.123,00	\$ 28.287,51	\$ 9.577,00	\$ 35.932,79	\$ 32.110,15	\$ 36.315,05	\$ 37.081,00	\$ 45.220,00	\$ 46.255,30						
107	TUBERIA DRENAJE 100MM 5M CARRETERA CON UNION DIFILTRO	UN	\$ 79.140,00	\$ 71.660,94	\$ 117.845,95	\$ 84.142,01	\$ 124.055,45	\$ 112.189,34	\$ 117.798,81	\$ 133.224,85	\$ 136.029,05	\$ 121.983,21	\$ 158.490,15						
109	TUBERIA PVC U.M. EXT CORRUGADO LISO ALCANTA D=200 MM (10) X 6M FEN-260	UN	\$ 181.741,00	\$ 273.132,74	\$ 449.165,00	\$ 390.189,64	\$ 499.327,00	\$ 374.154,44	\$ 448.985,33	\$ 507.781,03	\$ 518.473,00	\$ 534.506,35	\$ 205.596,30						
110	TUBERIA PVC U.M. EXT CORRUGADO LISO ALCANTARILLADO D= 315 MM (12) X 6M FEN-261	UN	\$ 277.517,00	\$ 393.021,34	\$ 646.321,00	\$ 561.459,05	\$ 769.117,00	\$ 538.385,39	\$ 646.062,47	\$ 730.665,89	\$ 746.050,00	\$ 769.121,99	\$ 798.252,00						
111	TUBERIA PVC U.M. EXT CORRUGADO LISO ALCANTARILLADO D=200 MM (8) X 6M	UN	\$ 129.314,00	\$ 187.007,13	\$ 307.532,00	\$ 267.153,05	\$ 313.832,00	\$ 237.876,00	\$ 307.408,99	\$ 347.664,93	\$ 354.988,00	\$ 365.963,08	\$ 177.905,00						
114	UNIVERSAL PARA ACOMETIDA DE 10 X 6 PVC FEN-271	UN	\$ 2.992,00									\$ 23.900,01	\$ 23.205,00						
128	GEOTEXTIL NY 1800	m2	\$ 1.740,00	\$ 2.551,55	\$ 4.196,00	\$ 3.245,61	\$ 4.941,00	\$ 3.495,27	\$ 4.194,32	\$ 4.743,58	\$ 4.845,00	\$ 4.786,18	\$ 14.561,00						

Ahora bien, como ya se ha precisado el procedimiento administrativo para efectuar una reclamación por desequilibrio económico del contrato se surtió con la línea de oficios del contratista, enlistados por el abogado, y las respuestas de la Entidad que concluyó con el acto administrativo contenido en el radicado 20221300077571 de fecha 26 de agosto de 2022 en el cual Luis Fernando Ramos Parra en su calidad de Supervisor designado contrato 495 de 2021- DIRECCIÓN GENERAL respondió:

“[...] En primer instancia, en diferentes comités de seguimiento promovidos por la supervisión, realizados desde el mes de noviembre de 2021, fecha en la cual ya se evidenciaba el presunto incumplimiento en la entrega de insumos por parte del contratista, la supervisión le solicito al contratista entregar de



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

forma documental y soportada lo que comentaba de manera verbal acerca del posible desequilibrio económico del contrato, a lo cual, una vez revisado el expediente del contrato, solamente mediante radicado 20221120081452 de fecha 14 de julio de 2022 se encuentra un comunicado del contratista donde se indica en su asunto: Contrato N° 495 de 2021 Solicitud de ajustes al contrato por desequilibrio económico del contrato – Reiteración, el cual fue respondido por la supervisión con el rad. 20221000067531 del 1 de agosto de 2022, comunicado que se anexa al presente, y en el cual, de forma amplia y clara, se le indica al contratista los argumentos técnicos y jurídicos que dan respuesta a la solicitud presentada. Respecto a las conclusiones presentadas por el contratista, es importante reiterar que; 1. La supervisión le ha indicado al contratista que: las variables de precios debieron ser tenidos en cuenta en su estructura de negocio, la cual debe estar disponible no solo para la ejecución del contrato sino para todo su esquema y normal actividad comercial, situación que quedó expresamente establecida en el literal b numeral 13 de la cláusula sexta del contrato: “El contratista deberá mantener los precios ofertados durante la ejecución del plazo inicial pactado para este contrato”. 2. Se informa que la supervisión envió respuesta a la comunicación presentada por el contratista mediante radiado 20221000067531 del 1 de agosto de 2022, vía correo electrónico certificado y por correo certificado en físico, soportes que se encuentran dentro del expediente del contrato, y se anexan al presente, atendiendo las solicitudes presentadas por el contratista. 3. Es oportuno precisar que, por parte del contratista, se recibió el comunicado con rad. 20221120081452 del 14 de julio de 2022, con el asunto: “Solicitud de ajustes al contrato por desequilibrio económico del contrato – Reiteración”, el cual fue atendido en su integralidad por la supervisión del contrato mediante el rad. 20221000067531 del 1 de agosto de 2022; sin embargo, la supervisión, en aras de dar cumplimiento al contrato, en comunicado enviado al contratista con rad. 20221300066381 del 27 de julio de 2022, le solicito la presentación



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

de programación de entregas, en el comunicado se observa los ítems requeridos por la supervisión, sin recibir respuesta por parte del contratista[...]”

En efecto, mediante radicado 20221000067531 del 1 de agosto de 2022 el mismo supervisor concluyó respecto de la reclamación por desequilibrio económico:

*“[...] Por consiguiente, estas variables de precios debieron ser tenidos en cuenta en su estructura de negocio, la cual debe estar disponible no solo para la ejecución del contrato de la referencia sino para todo su esquema y normal actividad comercial, situación que quedó expresamente establecida en el literal b numeral 13 de la cláusula sexta del contrato: “El contratista deberá mantener los precios ofertados durante la ejecución del plazo inicial pactado para este contrato”, por lo tanto, si bien es cierto se presentaron factores exógenos a las partes (como la emergencia sanitaria del COVID-19), conviene advertir que esta situación **no se prueba sumariamente como nexo causal frente a las alzas en el dólar y la afectación al contratista desde el punto de vista de sobrecostos, aún más cuando como en su escrito hace referencia a la crisis de contenedores cuando esta se presentó con posterioridad al proceso contractual y a los pedidos efectuados por la supervisión del contrato.** Como se indicó, es preciso que, ante la eventual pretensión de un restablecimiento económico, la parte que lo pretende debe estar exenta de cualquier imputación o responsabilidad sobre los hechos con base en los cuales puede reclamar tal situación. En el presente caso no se cumple tal condición, en la medida que **una de las causas con base en las cuales el contratista pretende el restablecimiento económico, es con base en el tiempo que tardó en entregar los elementos solicitados y posteriormente alega que algunos de estos no se encontraban en el mercado o no cumplían con las especificaciones del mercado, situación que, tal como fue descrita***



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

*precedentemente, pudo ser advertida por el contratista al momento de presentar su oferta económica. De otra parte, se advierte que tampoco se configura una alteración que afecte la economía del contrato de forma grave porque el contratista no incurre ni asume sobrecostos notables que hagan la ejecución más gravosa, tal como lo pretende al indicar en su escrito, situación que se puede evidenciar con el porcentaje de ejecución de entregas de la relación jurídico negocial. Cabe concluir, que el restablecimiento del equilibrio contractual no está instituido, para amparar contingencias normales que ordinariamente se presentan durante la ejecución del contrato. Para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos sobrecostos representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab - initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del alea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. Esto precisando que la ecuación contractual no se erige en una protección a ultranza de **todos los riesgos del negocio ni por tanto en una garantía absoluta de utilidades**, como lo quiere demostrar el contratista en su requerimiento.*

Respecto a las circunstancias externas al contrato fundamentado en la crisis del mundo, el incremento imprevisto y acelerado del dólar, es claro que con ocasión a la emergencia sanitaria mundial del COVID-19, la crisis mundial, esta alza considerable en el dólar se presentó con posterioridad a los requerimientos de ítems e insumos solicitados por la supervisión del contrato,



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

debieron ser tenidos en cuenta por parte del contratista para la ejecución del contrato. Así mismo, respecto a lo mencionado por el contratista en cuanto a ítems no existentes en el mercado, se reitera que el contratista debió realizar un estudio de mercado antes de presentar su propuesta económica ante la Entidad y observar durante **el proceso precontractual esta situación, para que, en caso de ser cierto, la Entidad haga el respectivo ajuste, situación que no se generó por lo que se entiende que el contratista hizo un ejercicio adecuado y pegado a la realidad comercial para la presentación de su oferta.** Con base, a lo expuesto no es de recibo el reconocimiento requerido por concepto de gastos o sobrecostos que relaciona el contratista y se **reitera el cumplimiento de la obligación de entregar los insumos requeridos por la Entidad a la mayor brevedad posible** ya que el incumplimiento en la entrega de los insumos pendientes ha generado retrasos en las actividades propias de la entidad. [...]”

Como se observa, de la actuación administrativa surtida, con ocasión de la reclamación por desequilibrio económico, en efecto, lo que se señaló en su oportunidad por el supervisor fue que en dicho procedimiento no se probó, por cuanto, el contratista solo uso y ha venido usando dicha argumentación de afectación de la ecuación contractual para justificar **la no entrega de los insumos**, pero nunca el contratista entregó documentación o estudios para probar a la Entidad dicha circunstancia: esto es debió presentarle una estructura total de sus costos respecto del contrato, pues como bien lo anotó el supervisor, no se trataba de entregar únicamente los bienes extrañados, sino que, en tanto el contrato se ejecutó en un alto porcentaje, esto es, que el contratista facturó la mayor parte del porcentaje de presupuestado para la compra de los insumos de ferretería requeridos por la entidad contratante, debió en todo caso probarse en dicha actuación, que su estructura de costos general se vio afectada con el cambio en el precio de algunos de los insumos que debía proveer, por lo que, la decisión del supervisor en su oportunidad, en nombre de la administración, fue rechazar la petición del contratista por



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

no encontrarse probado con una estructura de costos la afectación a dicha estructura que soportara el presunto desequilibrio en el contrato, toda vez que, si solo algunos de los insumos pudieron haber cambiado de precio, como claramente lo señaló el supervisor, no cambia la ecuación económica del contrato, pues se trata de un riesgo, que de conformidad con la matriz correspondiente y, como ya se explicó arriba, correspondía hacer su seguimiento exclusivamente al contratista e informárselo al supervisor, pero que, una vez informado por éste en las comunicaciones enlistadas por el abogado, no se encontró por parte de la administración que fuera suficiente para motivar una modificación del contrato en este sentido.

De esta forma, en el acto administrativo recurrido, también la administración se soportó en que efectivamente no se probó el desequilibrio contractual y, se insistió, en que los eventuales cambios en los precios de algunos de los insumos, en los problemas de tráfico marítimo y portuario, en los cambios del precio del dólar, en la crisis contenedores, cuyas noticias presentó el contratista al contratante en su reclamación, no resultaron suficientes para la administración para encontrar probado un desequilibrio económico, pues insiste debió hacerse un estudio integral de todos los ítems vendidos a la Entidad con ocasión de la ejecución del contrato, entendiendo que si hubo un cambio en los precios este debió ser de tal magnitud que no solo afectará el precio de uno que otro insumo o de uno o varios ítems sino de la totalidad de los productos ofertados y vendidos, circunstancia que no aconteció.

Ahora bien, se debe insistir en que dicha actuación de reclamación administrativa por desequilibrio ya se surtió y culminó en sede de la administración, y si aún el contratista no estuvo de acuerdo con dicha decisión, ha tenido en su haber la instancia judicial para discutir en forma separada procesalmente su desacuerdo con la negativa de la administración a reconocerle un desequilibrio contractual, por lo que, no resulta falsa motivación del acto administrativo recurrido, en tanto efectivamente el contratista definitivamente no probó en su oportunidad el referido reclamo.



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Así, a propósito de la jurisprudencia que ya fue transcrita, es evidente que no se puede usar como exculpante del incumplimiento las circunstancias fácticas exógenas puestas en consideración de la entidad para no entregar algunos de los insumos requeridos, como tampoco es viable argüir, sin haber probado con certificación del fabricante o del proveedor que dicho producto para el momento de la entrega había dejado de producirse o de comercializarse, lo cual nunca ocurrió.

Por tanto, no resulta cierta la aseveración del abogado de la contratista en el sentido de argüir falsa motivación del acto recurrido, por lo que esta instancia encuentra que la expresión que se transcribe del acto administrativo recurrido es veraz, por cuanto el abogado la descontextualiza, pues lo que dijo la Entidad fue que: no se encuentra probado que exista una “variación de precios” **extraordinaria e imprevisible**, que, si bien se presentaron por posterioridad a la celebración del Contrato, las partes los pactaron como un riesgo previsible en la Matriz de Riesgo:

“[...] Los argumentos presentados por el Contratista y coadyuvado por el garante desconocen que es la fuerza mayor la que exime de responsabilidad al Contratista incumplido, y no en aplicación de la teoría de la imprevisión, entendida como situaciones extraordinarias ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Este Despacho observa que no se encuentra probado que exista una variación de precios extraordinaria e imprevisible, que, si bien se presentaron por posterioridad a la celebración del Contrato, las partes los pactaron como un riesgo previsible en la Matriz de Riesgo, desvirtuando así cualquier consideración referente a que el incremento en algunos ítems se pueda considerar como hechos extraordinarios e imprevisibles. Según la matriz de riesgos, numeral 8 se encuentra el riesgo de cambio de precios, el cual se



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

encuentra en una prioridad media y su asignación es exclusiva al contratista, y el control o tratamiento a seguir debía ser “Mantener monitoreo constante al mercado y factores que puedan afectar el valor, informando al supervisor del contrato de las posibles alzas en producción que puedan afectar los valores de los ítems ofertados”.

Así las cosas, la prueba decretada para resolver este recurso de reposición, lo que nos da cuenta respecto de este procedimiento es que, posiblemente hubo un cambio en el precio de algunos ítems de los bienes requeridos por la entidad, pero que estos, en efecto se presentaron en fecha posterior a la suscripción del contrato, pero que no fueron suficientes para probar que hubo un desequilibrio contractual que la entidad haya debido reconocer para equilibrar la ecuación contractual, como se explicó arriba al referirse de fondo a los requisitos de una actuación de esta naturaleza.

Basta entonces recordar, lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual se ha referido puntual existencia de las dificultades que tenga el contratista al momento de la ejecución y frente a la teoría de la imprevisión no pueden convertirse en patente de corso para justificar el incumplimiento del contrato o dejar de cumplirlo parcialmente, por lo que, la Sección Tercera⁵⁵ ha sostenido lo siguiente:

[...] 42. La obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, prevista en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es la respuesta que brinda el ordenamiento jurídico para preservar el balance económico contractual que resulte afectado, ya sea por (i) circunstancias sobrevenidas, extraordinarias y ajenas a la voluntad de las partes –teoría de la

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Sentencia de 12 de diciembre de 2022. Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ . Radicación: Demandante: Demandado: Acción: Asunto: 680012331000200700627 (51911) Consorcio Géminis Instituto Nacional de Vías – INVIAS



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

imprevisión–; (ii) como consecuencia de la expedición de actos generales y abstractos expedidos por la Administración como Estado que, sin estar dirigidos a un específico contrato, terminan afectando negativamente la equivalencia prestacional acordada –hecho del príncipe–; (iii) el ejercicio de las potestades atribuidas por ley a la entidad pública en calidad de contratante⁵⁶, que le autoriza a introducir variaciones o modificaciones al contrato celebrado, con fundamento en el interés general que envuelve la contratación pública –ius variandi–. 43. Este catálogo de situaciones en las que se enmarca la figura del desequilibrio económico se diferencia, a su vez, del incumplimiento contractual, pues este último reprocha la conducta antijurídica de uno de los contratantes al desconocer los pactos adquiridos bajo la estructura obligacional que regenta el negocio jurídico celebrado; distinción que, de manera clara e integral, ha sido explicada por la jurisprudencia de esta Corporación, en los siguientes términos: “[...] la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma”¹⁰, equilibrio prestacional que puede verse “afectad[o] ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como ‘Hecho del Príncipe’ o ‘lus variandi’, dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante” 11, (...) “[e]

⁵⁶ 9Como lo prevé el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, “[...] las entidades estatales al celebrar un contrato: 1° Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas,



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

incumplimiento contractual tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte incumplida”.^{12 44}. En clave de la anterior precisión, la Sala analizará los asuntos materia de examen para determinar la existencia o no de algún evento de desequilibrio contractual, o eventualmente de incumplimientos atribuidos a la entidad; y, en particular, hará una referencia puntual a la teoría de las sujeciones imprevistas que es llamada por la parte demandante como título configurador de sus insistidos reclamos.

45. En sus alegaciones de primera instancia, con proyección en la apelación, la parte demandante solicitó que las circunstancias aducidas como desequilibrantes del sinalagma contractual se analizaran bajo la teoría de las sujeciones imprevistas y, en este sentido, hizo un llamado para que así fueran examinadas por el juez y no bajo la teoría de la imprevisión. En este punto corresponde a la Sala efectuar algunas precisiones en relación con esta figura, con el propósito de ofrecer claridad en la materia, y definir los efectos que situaciones de tal naturaleza generan en el ordenamiento jurídico; lo anterior, comoquiera que bajo el sub lite se presentaron circunstancias que, como adelante se verá, tuvieron origen en la existencia de situaciones materiales imprevistas. 46. En primer lugar, es necesario señalar que la citada teoría refiere a aquellas dificultades físicas que, aunque presentes al momento de la celebración del contrato son razonablemente imprevistas para las partes, es decir, desconocidas para ellas, en tanto surgen en desarrollo de la obra y se asocian generalmente a condiciones geológicas, hídricas o incluso arqueológicas que, aunque no imposibilitan el



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

***cumplimiento del contrato**, sí hacen más onerosa su ejecución. 47. La jurisprudencia de lo contencioso administrativo, en momentos oscilantes¹³, terminó por inscribir esta figura en el ámbito de la teoría de la imprevisión pues, más allá de que los hechos que le dan origen a cada una puedan ser distinguidos por su naturaleza, son sus notas características, arraigadas justamente en la imprevisibilidad, las que han llevado a asignarles paridad de tratamiento en el ordenamiento legal. 48. Sin embargo, como lo advierte la doctrina especializada, tal identidad no es una constante en otros sistemas jurídicos, pues “en la concepción tradicional de esta forma de ruptura del equilibrio económico del contrato, (...) esas condiciones físicas imprevistas que hacen más oneroso el cumplimiento del contrato sobrepasando el alea normal, se traducen en un deber de la Administración de reconocer al contratista una indemnización integral, mediante un aumento de su remuneración” ¹⁴ . De manera que la autonomía dada a esta modalidad de rompimiento del equilibrio económico, por fuera de la teoría de la imprevisión, ha sido reconocida en legislaciones foráneas¹⁵ con efectos indemnizatorios, y no sólo compensatorios como se tiene previsto en el ámbito local.”*

Queda entonces claro que argüir la imprevisión no es aplicable como eximente de responsabilidad para justificar el incumplimiento parcial de un contrato Estatal, tal y como el Consejo de Estado lo afirma.

De esta manera, se encuentra que conforme la jurisprudencia transcrita y respecto a los cargos formulados por el lado de la contratista no hay lugar a reponer el acto administrativo, en tanto las causales de exculpación que presenta el abogado como el *non bis in idem*, y el eventual desequilibrio que supuestamente sufrió el contratista, no son suficientes para exculparlo en forma subjetiva como lo solicita del incumplimiento de las obligaciones contractuales y por tanto procede legítimamente para la entidad el cobro de



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

la cláusula penal en el monto que fue indicado conforme a la valoración de su quantum, sobre el cual el contratista ni la aseguradora reclamaron un indebido cálculo.

Con estas sobradas razones, no se repondrá la resolución acusada por los cargos formulados.

5.3.2. Consideraciones respecto de los cargos del abogado de la aseguradora.

i) Aplicación de los mecanismos de solución de controversias contractuales

No se trata de un argumento presentado contra el acto administrativo recurrido, por lo cual, se encuentra que no existe hasta la fecha una controversia contractual que deba ser, por ahora, puesta en conocimiento del Comité de Contratación.

ii) Respetto de la fuerza mayor y/o caso fortuito

Se reitera lo ya expuesto en respuesta al segundo, tercero y cuarto cargos formulados por el abogado de la contratista, en el sentido que no existen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, esto es hechos imprevisibles o irresistibles que lo exoneren de haber cumplido el contrato.

Asimismo, la fuerza mayor está referida al hecho previsible pero irresistible y el caso fortuito a las circunstancias imprevisibles, sin que el contratista ni la aseguradora en el curso de esta actuación haya probado una de estas dos circunstancias, pues se limitaron a argüirla, y a señalar que existieron circunstancias en el mercado internacional y nacional



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

que afectaron los precios, pero como se viene anotando, el cambio en los mismos o en las circunstancias de mercado es un riesgo que debió asumir el contratista y, por ende, debió cumplir con las prestaciones y a los precios que ofertó, y en vía judicial, si lo consideraba pertinente, contradecir la negativa de la administración a reconocerle que la ecuación contractual se vio gravemente afectada según su decir.

En este sentido, no se recibirá el argumento y se confirmará la decisión recurrida por el mismo.

iii) Respecto del supuesto desequilibrio económico contractual,

En igual sentido se reitera todo lo que le fue resultado al abogado de la contratista respecto del equilibrio económico del contrato, reiterando que no constituye ni legal, ni jurisprudencialmente la imprevisión o el desequilibrio de la ecuación contractual figuras que sirva para exculpar el cumplimiento del contratista, cuando este asumió el cambio de precios como riesgo, además que surtida la actuación administrativa por desequilibrio, la entidad encontró que no se probó de manera fehaciente la afectación a la estructura de costos del contratista.

iv) Respecto del hecho del príncipe, decisiones de autoridades estatales, no de la entidad contratante, como puede ser el caso de las tomadas en el marco de la pandemia, políticas económicas y demás, que han afectado el equilibrio del contrato.

Si bien fueron tomadas decisiones por el gobierno nacional en el año 2020, fruto de la pandemia del COVID -19, los cuales fueron un hecho notorio, la aseguradora no probó que exista relación de conexidad entre las mismas y el incumplimiento contractual, esto es que la causa argüida no es justificante de NO haber provisto a la entidad de



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

los bienes solicitados en un porcentaje de aproximadamente el 27%, habiendo podido sin la supuestas dificultades cumplir con aproximadamente el 73% del contrato, de forma tal, que no señala o prueba la forma en que las decisiones Estatales afectaron el equilibrio económico del contrato y la forma en que estas incidieron, particularmente, respecto del incumplimiento.

Asimismo, se insiste, en que la causal de afectación a la ecuación económica del contrato no resulta por manera alguna causal eximente de responsabilidad para que el contratista no cumpla con las prestaciones debidas en forma completa, cuando este era el responsable de asumir el riesgo de la fluctuación de la inflación o la variación de precios, que es previsible en condiciones de recuperación económica, toda vez que es previsible que el regreso al PIB potencial podía generar efectos en la economía y aún así ofertó a los precios más bajos frente a sus oponentes en la subasta inversa..

Finalmente como se demuestra en el pie de página donde se cita el informe de la banca central⁵⁷ respecto de la recuperación económica colombiana, se informa que la recuperación económica para la época de la suscripción del contrato se encontraba en niveles de recuperación del crecimiento y de vuelta a la normalidad, por lo que, no se encuentra en la perorata del abogado de la aseguradora la justificación por el incumplimiento del contrato de su asegurada, por lo que, dicho cargo no está llamado a prosperar y tampoco, permite reponer la decisión recurrida.

v) Respecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

El abogado arguye que los hechos imprevisibles para las partes afectarían la ecuación económica del contrato; ejemplo: la escasez de la materia prima, el valor, la volatilidad del dólar. Así mismo que, los eventos exógenos provocan al contratista un detrimento

⁵⁷

<https://www.banrep.gov.co/es/publicaciones-investigaciones/informe-politica-monetaria/octubre-2021> Revisado: 1/12/2024



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

patrimonial por causas no imputables a su actuar, ni al actuar de la entidad contratante, sino que son eventos que se caracterizan por ser imprevisibles, por ambas partes dentro del contrato estatal.

Se reiteran los argumentos ya expuesto respecto del mismo tema al resolver el cargo formulado por la contratista en el sentido de que la teoría de la imprevisión no es un remedio para los malos negocios y mucho menos un mecanismo que permita subsanar al contratista la falta de previsión para estructurar la oferta económica como lo ha señalado el Consejo de Estado en las sentencias citadas arriba; *CONSEJO DE ESTADO, Subsección A de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, radicado (28402) de 2014. C.P Mauricio Fajardo Gómez, y, CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Sentencia de 12 de diciembre de 2022. Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ . Radicación: Demandante: Demandado: Acción: Asunto: 680012331000200700627 (51911) Consorcio Géminis Instituto Nacional de Vías – INVIAS de las cuales se deduce, sin ambages, que la teoría de la imprevisión no es aplicable como eximente de responsabilidad por el no cumplimiento de las prestaciones debidas en un contrato estatal.*

Por ello, tampoco este argumento permite reponer el acto administrativo recurrido en reposición.

vi) Respecto del ius variandi, facultad que le asiste al contratante de modificar de manera unilateral el contrato, lo que puede llevar a un desequilibrio económico del mismo.

El mismo abogado en sus alegatos que sustentan la reposición afirma: *“no se está frente a una imposibilidad absoluta o temporal de cumplir el contrato, pues ninguna de estas*



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

situaciones hace que el contrato sea inejecutable”, esto es que la garante acepta no solo el incumplimiento, sino que el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y el ius variadi, acepta que no constituyen causal de exculpación para hacer el contrato imposible de ejecución. Se insiste la argumentación se concentra en argüir como eximente de responsabilidad por el incumplimiento el que la entidad halla rechazado de fondo la solicitud de restablecimiento de la ecuación económica del contrato, lo cual como ya se explicó resultó ineficaz por que el contratista nunca puso en evidencia su estructura de costos para entender que dicho desequilibrio se produjo, lo cual NO puede ser de recibo al momento de resolver este recurso por ser improcedente argüir dicha tesis.

vii) Respecto de la excepción del contrato no cumplido por la Entidad Contratante por no haber reconocido el equilibrio económico.

Argumenta el abogado que la Entidad contratante debió reconocer el restablecimiento del equilibrio económico contractual, por cuanto es una responsabilidad de la entidad contratante, señalando que no resolverlo, puede redundar en un incumplimiento obligacional e incluso podría derivar en que el contratista alegue **la excepción del contrato no cumplido**, que si bien, lo faculta para incumplir desembocaría en que no se encuentre en mora, mientras su contraparte, la entidad contratante no cumpla con el restablecimiento mencionado.

Como se ha precisado, la actuación administrativa mediante la cual se tramitó el restablecimiento de la ecuación económica contractual tuvo resultados negativos para el contratista puesto que este se baso en un listado de 24 items que no quiso cumplir arguyendo que habían cambiado de precio o que no se encontraban disponibles en el mercado, sin que haya probado, dentro de la misma actuación administrativa, que la estructura de costos se haya afectado de tal forma que le hubiera sido imposible seguir cumpliendo con el contrato, aunado a que el riesgo conforme a la matriz dejaba en su cabeza asumir alteraciones variables en los precios, y en caso, de que dicho reclamo



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

**“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-
Cláusula Penal Pecuniaria**

**"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”
Expediente Orfeo 202111011000100446E"**

hubiera sido desatendido injustamente pudo acudir a los jueces competentes para garantizarlo.

Se insiste la aseguradora afirma respecto del equilibrio económico: ***“lo cual no es óbice para conseguir que el objeto contractual sea imposible de cumplir”***, afirmación que coincide plenamente con lo ya afirmado por la UEARMV como entidad contratante.

Aún así, la Entidad cumplió con su deber de resolver el pedimento del contratista, aunque de forma negativa, decisión que no lo legitimó para no cumplir con las prestaciones debidas, por lo que dicho argumento no permite reponer la resolución recurrida.

viii) Respecto del argumento adicional respecto del *non bis in idem* presentado en escrito de 26 de diciembre de 2023

Sobre el mismo, en forma suficiente se le resolvió arriba al apoderado de la contratista por lo que se reitera que dicho principio no puede ser aplicado en los procedimientos que se adelante en virtud del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 pues el mismo permite en sede de ejecución imponer la cláusula de multas conminatorias y una vez terminada la ejecución, si se da un incumplimiento parcial, procede iniciar la actuación con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

ix) Respecto de los argumentos reiterados en el escrito de 26 de diciembre de 2023 como reiteración a la sustentación del recurso de reposición. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL – REITERACIÓN, EQUILIBRIO ECONÓMICO – REITERACIÓN.

En igual sentido sobre el mismo reclamo ya se ha respondido arriba de manera suficiente a la contratista y a la aseguradora en el sentido en el cual el desequilibrio no se probó toda vez que la contratista nunca presentó como prueba la afectación a la estructura de



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

costos del contrato y solo refirió que hubo cambio en el precio de 24 items que no entregó, sin que se pueda justificar el incumplimiento de contrato, como ya se indicó arriba.

- x) Respecto de los argumentos adicionales que como sustento al recurso fueron presentados mediante escrito de 26 de diciembre de 2023, referidos a la “aplicación de proporcionalidad en caso de efectividad de imposición de cláusula penal pecuniaria – ajustar decisión.**

Se tiene como una solicitud de la aseguradora en su recurso de reposición respecto de la aplicación del principio de la proporcionalidad en el caso de imposición de la cláusula penal pecuniaria, encuentra este Despacho que los perjuicios que fueron estimados como procedentes en la cláusula penal pecuniaria y equivalentes al 10% del valor del contrato corresponden a un valor de \$369.360.175,80 encontrando la administración que, de acuerdo al porcentaje de ejecución, sólo se debía aplicar proporcionalmente al incumplimiento la referida cláusula el 27,42% del valor amparado, por lo que se encuentra en forma justa aplicada la fórmula para haber estimado la cláusula penal para ser aplicada en este acto administrativo que se confirma en un valor equivalente a \$36.959.294.00

Concepto	Valor monetario	Porcentaje
Valor total del contrato	\$ 1.347.895.463	100%
Valor ejecutado con informe	\$978.239.876	72,58%
Valor NO ejecutado, informe de Supervisión.	\$ 369.360.175,80	27,42 %
Clausula penal pecuniaria = 10 % valor del contrato	\$ 134.789.546,3	100%
Aplicación de la cláusula penal. Porcentaje incumplido	\$ 36.959.294	27,42%

Por manera que en este procedimiento lo que se está decidiendo precisamente es si ocurrió o no el siniestro, para efectos de que sea la aseguradora, la que asuma, si es del



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

caso el pago de los valores que en esta actuación administrativa se definieron, por lo que, se ratifica lo señalado por el ordenador del gasto en la resolución recurrida.

xi) Respecto a otras peticiones de la aseguradora

a) Liquidación definitiva del contrato.

Se procederá a la misma dentro del término de vigencia del contrato.

b) Copia auténtica del acto administrativo correspondiente, debidamente ejecutoriado y del acta de liquidación del contrato o de la resolución ejecutoriada que acoja la liquidación unilateral y, consecuentemente, constancia de que la entidad estatal contratante de la no existencia de saldos a favor del contratista Tecni Repuestos Industriales respecto de los cuales se puede aplicar la compensación de que trate la cláusula séptima compensación del contrato.

c) Certificación bancaria de la cuenta bancaria de la entidad contratante con una antigüedad no mayor a 30 días calendario y una vez recibida la información requerida mi representada cuenta con un mes para el pago de la indemnización.

Se ordenaran a) y b)

RESUELVE:



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

Artículo 1. DECLARAR IMPROCEDENTE la revocatoria directa presentada mediante Radicado 20231120162132 de 26 de diciembre de 2023 contra la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023.

Artículo 2. NEGAR por improcedentes, inconducentes e innecesarias las pruebas referidas en el numeral 5.2. de la parte considerativa de esta resolución por las razones anotadas, sin recurso alguno conforme con el artículo 40 del C.P.A.C:A..

Artículo 3. NO REPONER la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 y **en consecuencia CONFIRMAR en todas sus partes** lo decidido en ella y mantener incólume todas y cada una de las decisiones adoptadas, conforme con las razones arriba anotadas.

Artículo 4. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente decisión se notifica en audiencia, haciéndole saber tanto al CONTRATISTA como al apoderado del GARANTE, que contra la presente decisión administrativa NO procede recurso alguno, y en consecuencia,

Artículo 5. - QUEDA EN FIRME esta decisión conforme lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, dando cumplimiento a todo lo dispuesto en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023.

Artículo 6.- ORDÉNESE a quien corresponda funcionalmente proceder a la inmediata liquidación del contrato, se solicite a la contratista si es del caso la actualización de la vigencia de las pólizas hasta la fecha de vigencia del contrato y si es del caso, se compense el monto decretado a título de cláusula penal de los dineros que se le deban al contratista y, en todo caso, confirmada la declaración de ocurrido el siniestro conforme se ordenó en los artículos segundo y tercero de la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023, por lo que, la aseguradora deberá proceder con el pago correspondiente y envíensele los documentos solicitados y los



RESOLUCIÓN N° 03 DE 2024

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 895 del 20 de octubre de 2023 dentro del Procedimiento Sancionatorio Contractual Contrato 495 de 2021-

Cláusula Penal Pecuniaria

"SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE FERRETERÍA PARA ADELANTAR LAS LABORES QUE REQUIERA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL EN EL DISTRITO CAPITAL ”

Expediente Orfeo 202111011000100446E”

que requiera por medio de la Supervisora designada TATIANA DE LA ROSA AMARANTO. Profesional Especializado - Subdirección de Intervención de la Infraestructura, quien además deberá solicitar a la Secretaría General - área financiera constancia de que la entidad estatal contratante de la no existencia de saldos a favor del contratista Tecni Repuestos Industriales y remitírsela a la aseguradora, y en todo caso verificar que se paguen y cobren los valores ordenados ya sea por la contratista o por su aseguradora.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Documento 20241400128311 firmado electrónicamente por:	
RAFAEL ANTONIO URIBE ECHEVERRI	Jefe de Oficina OFICINA JURÍDICA rafael.uribe@umv.gov.co Fecha firma: 20-12-2024 20:08:52
Revisó:	YEZID FERNANDO ALVARADO RINCON - Contratista - OFICINA JURÍDICA - yezid.alvarado@umv.gov.co
	YEZID FERNANDO ALVARADO RINCON - Contratista - OFICINA JURÍDICA - yezid.alvarado@umv.gov.co
 47418107a25eb39ebd9540c4cea6c77b28b88ced9311a8b22fae9bd6686a0384 Codigo de Verificación CV: 0e079 Comprobar desde: https://www.umv.gov.co/portal/verificar/	