



Alcaldía de Medellín
Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

RESOLUCIÓN N° 111

(18 DE NOVIEMBRE DE 2022)

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento parcial del contrato de suministro N° 2020169SU, celebrado con VIRTUAL S.A.S, se hace efectiva la cláusula penal, y se declara la ocurrencia del siniestro del amparo de cumplimiento respaldado en la póliza N° 2738423-8 expedida por SURAMERICANA"

LA AGENCIA PARA LA GESTIÓN DEL PAISAJE, EL PATRIMONIO Y LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS – APP

En uso de sus facultades Constitucionales y Legales, en especial las conferidas por la Ley 136 de 1994, las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y 1882 de 2018, su Decreto reglamentario 1082 de 2015, el Decreto N° 883 de 2015 expedido por el Señor Alcalde del Distrito Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación de Medellín y los Acuerdos 021 de 2017 y el 009 aclarado por el 019 de 2017 y

CONSIDERANDO QUE:

1. Con el fin de cumplir con su objeto social y sus labores misionales, la Agencia APP dio inicio al proceso de selección bajo la modalidad de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. P152SA2020, cuyo objeto fue: *"Adquisición de equipos de cómputo, periféricos y accesorios requeridos para la AGENCIA APP"*, según recomendación del Comité de Contratación y apoyo a la supervisión del día 12 de agosto de 2020, mediante Acta N° 007 y la Resolución de Apertura No. 44 del 28 de agosto de 2020.
2. La empresa Virtual S.A.S., con NIT 811.001.742-3, a través de su representante legal José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331, presentó oferta el día 14 de septiembre de 2020, donde, de acuerdo a la verificación de los requisitos establecidos en los documentos y estudios previos, y pliego de condiciones, cumplió con la capacidad jurídica, experiencia, capacidad técnica, capacidad financiera y capacidad organizacional. La oferta económica presentada contempló la totalidad de los ítems, entre ellos: **Póliza todo riesgo daño material**



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

para protección de equipos tecnológicos con una cobertura mínima de 3 años, como consta en el *Documento de Especificaciones Técnicas - Formato 9*.

3. A través de la Resolución N° 050 del 24 de septiembre de 2020, se adjudicó el contrato a la empresa VIRTUAL S.A.S con NIT 811.001.742-3, representanta legalmente por el señor José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331.
4. El día 25 de septiembre de 2020, se suscribió el contrato de suministro N° 2020169SU con la empresa VIRTUAL S.A.S, por un valor inicial de Doscientos Tres Millones Ochocientos Noventa y Seis Mil Sesenta y Siete Pesos M.L. (\$203.896.067) incluyendo el Impuesto al Valor Agregado (IVA 19%), con una duración inicial desde la fecha de aprobación de las garantías y hasta el 30 de noviembre de 2020.
5. El cumplimiento del objeto contractual se encuentra enmarcado en el anexo técnico que fue debidamente publicado con el pliego de condiciones y que hace parte de las obligaciones a cargo del Contratista.
6. Previo al inicio del contrato, el día 1 de octubre de 2020, se suscribió la aprobación de la garantía única de cumplimiento otorgada, siendo esta el Contrato de Seguro vertido en LA PÓLIZA N° 2738423-8, documento 13368629, expedida por la compañía de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
7. En el marco de la ejecución del contrato, el día 30 de octubre de 2020 se realizó otrosí No.1 de adición por valor de Treinta y Tres Millones Cuarenta y Dos Mil Doscientos Ochenta y Tres Pesos M.L (\$33.042.283); posteriormente, el día 30 de noviembre de 2020 se suscribió otrosí No. 2 de prórroga por dieciocho (18) días más, esto es hasta el 18 de diciembre de 2020 y adición por valor de Veinticinco Millones Setecientos Cuarenta y Seis Mil Trescientos Treinta y Cinco Pesos M.L. (\$25.746.335), por lo que el valor del total del contrato con las adiciones 1 y 2, ascendió a la suma de Doscientos Sesenta y Dos Millones Seiscientos Ochenta y Cuatro Mil Seiscientos Ochenta y Cinco Pesos M.L. (\$262.684.685).
8. Los equipos de cómputo, periféricos y accesorios con las especificaciones técnicas estipuladas, se recibieron a satisfacción hasta el día 18 de diciembre de 2020, de acuerdo al plazo final establecido en el otrosí N° 2.
9. Como ya fue dicho, dentro de las obligaciones del contrato, se tiene que los equipos entregados por el Contratista debían ampararse a través de póliza todo riesgo daño material para protección de equipos tecnológicos con una cobertura mínima de 3 años. Asegurado/Beneficiario: AGENCIA APP. Amparo: Daños materiales internos o externos de los equipos electrónicos, sustracción o hurto.



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

- 10.** Se tiene que, para la fecha de terminación del contrato, esto es 18 de diciembre de 2020, financiera y contablemente el contrato se ejecutó en un 100%. Es de anotar, como consta en los informes de supervisión, que si bien el contratista VIRTUAL S.A.S. entregó los bienes objeto del contrato, **NO** se evidencia la entrega de la Póliza todo riesgo daño material para protección de equipos tecnológicos a la que estaba obligado.
- 11.** Luego de múltiples requerimientos por parte de la Supervisión, el día 6 de mayo de 2021, el contratista le aportó la PÓLIZA TODO RIESGO DAÑOS MATERIALES ENTIDADES ESTATALES, expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., Número de póliza 900000533417, con vigencia de 365 días desde las 24:00 horas del 2021-05-05 hasta las 24:00 horas del 2022-05-05, ASEGURADO Agencia para la gestión del Paisaje, el Patrimonio y las Alianzas Público Privadas.

A su vez, a través de documento del 10 de mayo de 2021, suscrito por el representante legal de la empresa, Sr. José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331, se manifestó que:

"Por medio de este comunicado hacemos entrega de la póliza generada para la Agencia como beneficiario, como lo dice el texto de la póliza en el ítem Textos y aclaraciones pagina 3, la póliza se de carácter anual, por tanto nuestra empresa realizara la renovación para el año 2 y para el año 3 como es solicitada por la entidad".

- 12.** El día 7 de abril de 2022, mediante oficio radicado 2022230000886, remitido vía correo electrónico, la Supervisora del contrato requirió al contratista para que, oportunamente, en cumplimiento de sus obligaciones y compromisos, procediera con la ampliación de la vigencia de la póliza TRDM 900000533417 expedida por Seguros Generales Suramericana, pues la misma expiraría a las 24:00 horas del 2022-05-05.
- 13.** Dado que no hubo respuesta por parte del contratista, y a fin de prevenir un posible incumplimiento, el día 26 de abril de 2022 se reiteró el requerimiento vía correo electrónico con copia a la aseguradora Suramericana quien expidió la póliza de cumplimiento 2738423-8, que ampara las obligaciones derivadas del contrato 2020169SU de 2020.



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

14. El día 2 de mayo de 2022, en comunicación telefónica con el representante legal de la empresa, este manifiesta no encontrarse en capacidad de asumir la obligación argumentado que la empresa VIRTUAL S.A.S. está en "quiebra".
15. Por lo anterior, el día 5 de mayo de 2022, se cita al contratista y a la aseguradora Suramericana en calidad de garante de las obligaciones del contratista conforme a la póliza de cumplimiento No. 2738423-8 del 01 de octubre de 2020, a audiencia pública por el presunto incumplimiento obligaciones contractuales, para el día jueves 12 de mayo 2022 a las 4:30 P.M., y reprogramada para el día jueves 19 de mayo de 2023 a las 3:00 P.M., de acuerdo al procedimiento contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, soportado en INFORME: INICIO PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CONTRATO 2020169SU de 2020, en el cual se evidencia las obligaciones incumplidas por el Contratista, así:

"Se evidencia un posible incumplimiento parcial de la contratista de las siguientes disposiciones contractuales:

Suministro de póliza TRDM con una cobertura mínima de 3 años para los equipos suministrados con ocasión al contrato 2020169SU de 2020:

<i>Seguro</i>	<i>Póliza todo riesgo daño material para protección de equipos tecnológicos con una cobertura mínima de 3 años.</i> <i>Asegurado/Beneficiario: AGENCIA APP Amparo: Daños materiales internos o externos de los equipos electrónicos, sustracción o hurto.</i> <i>Los equipos se encontrarán en las instalaciones de la AGENCIA APP y en campo".</i>
---------------	--

Cabe señalar que los estudios previos, anexo técnico pliegos de condiciones y anexos, hacen parte del contrato presuntamente incumplido:

Pliego de condiciones:

Numeral: 7 ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CANTIDAD Y CALIDAD DEL SUMINISTRO DE LOS BIENES (...)

16. El INFORME INICIO PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CONTRATO 2020169SU de 2020 se acompaña de los siguientes anexos:



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

- *Propuesta presentada por la empresa Virtual S.A.S., con NIT 811.001.742-3, a través de su representante legal Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331, del día 14 de septiembre de 2020.*
- *Póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales N° 2738423-8, documento 13447083 expedida por SURAMERICANA que ampara las obligaciones derivadas del contrato 2020169SU de 2020, y su aprobación.*
- *Informes de supervisión expedidos por el supervisor a la fecha.*
- *Póliza TRDM N° 900000533417 expedida por SURAMERICANA con vigencia desde las 24:00 horas del 2021-05-05, hasta las 24:00 horas del 2022-05-05.*
- *Comunicado de compromiso suscrita José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331 representante legal de la empresa VIRTUAL S.A.S. con NIT 811.001.742-3.*
- *Requerimientos realizados al contratista del 7 de abril de 2022 y 26 de abril de 2022 (con copia a la aseguradora) sobre los presuntos incumplimientos del contratista. Oficio radicado 202230000886.*
- *Póliza TRDM N° 994000000126 expedida por SOLIDARIA con vigencia desde las 23:59 horas del 02-05-2022, hasta las 23:59 horas del 31-10-2022.*

17. El día 23 de mayo de 2022, previo a la celebración de la audiencia, se presenta formula de arreglo entre las partes que consistió en incluir los bienes suministrados en virtud del contrato 2020169SU de 2020 en la póliza global que ampara los bienes de la entidad, esto, por lo que le quedaba de vigencia a la misma, asumiendo el contratista el valor de la prima.

18. De acuerdo a lo anterior, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, expidió el ANEXO 8 a la póliza TODO RIESGO DAÑOS MATERIALES ENTIDADES ESTATALES N° 848 83 994000000126, incluyendo dentro del aseguramiento los bienes suministrados dentro del contrato 2020169SU de 2020, esto desde el 2 de mayo de 2022, fecha en que finalizó la garantía inicialmente otorgada por el contratista, y hasta el 31 de octubre de 2022, fecha final del programa de seguros global que ampara los intereses de la AGENCIA APP; y se generó una prima de doscientos noventa y seis mil cuatrocientos quince pesos (\$296.415) que fue asumida por el contratista VIRTUAL S.A.S, del mismo modo, se reprogramó la audiencia pública por el presunto incumplimiento obligaciones contractuales para el día 1 de noviembre de 2022, fecha en que finalizaba la cobertura otorgada.

19. El día 11 de octubre de 2022, mediante correo electrónico, con copia a la aseguradora Suramericana, se requirió al contratista para que, oportunamente, so pena de continuar el proceso administrativo sancionatorio, procediera a constituir a favor de la Agencia APP, póliza TRDM con vigencia a partir del 1 de noviembre de 2022, en cumplimiento a las obligaciones comprendidas en el Contrato 2020169SU de 2020.



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

20. Sin respuesta del contratista, el día 27 de octubre de 2022, por el mismo medio, se reitera el requerimiento con copia a la aseguradora, y a su vez se confirma la celebración la audiencia por posible incumplimiento, programada para el martes primero (01) de noviembre de 2022 a las 2:30 P.M., de forma virtual.

21. De acuerdo con lo anterior, la Agencia APP, en aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, procedió a celebrar audiencia pública para debatir el posible incumplimiento del Contratista VIRTUAL S.A.S, con fundamento en los siguientes cargos:

CARGO N° 1: El incumplimiento definitivo por la no renovación de la Póliza todo riesgo daño material para protección de equipos tecnológicos. Asegurado/Beneficiario: AGENCIA APP. Amparo: Daños materiales internos o externos de los equipos electrónicos, sustracción o hurto, condición exigida en el anexo técnico del pliego de condiciones.

Con los anteriores cargos, presuntamente se violaron las cláusulas Primera: objeto del contrato, y Sexta: obligaciones de las partes, del contrato N° 2020169SU de 2020.

22. Durante la audiencia, tanto el Contratista como la aseguradora fueron escuchados y presentaron las razones de hecho y de derecho de su defensa, no se presentaron pruebas, ni se debatieron las aportadas por la entidad con el INFORME INICIO PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CONTRATO 2020169SU de 2020. A su vez, el representante legal de la empresa **VIRTUAL S.A.S.**, José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331, **se allanó al cargo de INCUMPLIMIENTO**, sustentado en la imposibilidad económica de asumir el costo del seguro.

23. En desarrollo de la audiencia el representante legal de la empresa sustenta el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales, así:

“el motivo de no haberlo podido hacer es por la quiebra de VIRTUAL S.A.S., VIRTUAL S.A.S. se quebró, yo personalmente también me quebré, en la compañía tuvimos que cerrar la operación el año pasado, en este momento estamos pasando una situación muy complicada tanto de salud como de dinero por la quiebra, entonces no hemos tenido el recurso, la posibilidad, no tengo ni siquiera con que comer para hacer ese pago”.



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

- 24.** Se advierte al contratista, que las Entidades Estatales, dentro de sus obligaciones, tienen la de velar por la conservación de la integridad del patrimonio del Estado representado en los bienes, patrimonio e intereses respecto de los cuales las entidades públicas son titulares o por los cuales deban responder y, para tal fin, la Ley 42 de 1993 que regula la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, en el artículo 107 consagra que los bienes del Estado estén debidamente amparados por una póliza de seguros, del mismo modo que la Ley 1952 de 2019 por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario establece los deberes de los servidores públicos, y en su Artículo 38 el de vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados. Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, reitera en el literal d del artículo 118 la obligación de mantener asegurados los bienes de la entidad y las posibles sanciones en caso de omitir dicho deber.
- 25.** Expone el Director de la entidad que los bienes e intereses patrimoniales de LA AGENCIA se encuentran expuestos a una gran cantidad de riesgos, que, en el evento de materializarse, producirán un detrimento al patrimonio de la Entidad. Que en razón de la naturaleza de la AGENCIA APP, sus servidores ostentan la calidad de servidores públicos, así las cosas, se rigen por lo establecido Código Único Disciplinario, por lo que, ciñéndose a las normas establecidas respecto a la custodia de los activos fijos, se requiere contar con los seguros que los amparen, y así, garantizar la debida custodia de los mismos, y a su vez, el correcto de desarrollo de las funciones de la AGENCIA APP.
- 26.** Al momento de la adquisición de equipos de cómputo a través del CONTRATO No. 2020169SU de 2020, se previó el suministro por parte del adjudicatario, de póliza todo riesgo daño material para protección de equipos tecnológicos con una cobertura mínima de 3 años, como condición técnica de obligatorio cumplimiento, requisito que se entiende aceptado desde el momento de la presentación de la oferta.
- 27.** Propone el representante legal de la empresa, Sr. José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331 formula de arreglo en el sentido de asegurar los bienes suministrados por VIRTUAL S.A.S. a través de la póliza global TRDM que ampara los bienes de la Agencia APP, asumiendo este el valor de la prima que se cause, propuesta que es de recibo para la entidad; sin embargo, al momento de informarle el valor aproximado que se causaría en razón a la prima, el contratista retira la propuesta sustentado en imposibilidad económica.



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

28.Seguido, el apoderado de Seguros Suramericana, Sr. Santiago Vélez Mesa, en su intervención propone como fórmula de arreglo, invitar al contratista a renovar la póliza TRDM y solicitar la financiación de la prima, a lo que el contratista responde:

"(...) como el NIT de la compañía se quebró por completo, y eso obligo los reportes de quiebra, y los problemas financieros de la quiebra, en este momento ninguna entidad, como ese NIT ya no opera, ninguna entidad le da a ese NIT absolutamente nada (...), tampoco tengo con qué pagarla".

Tal y como consta en la grabación de la audiencia.

29.Cabe anotar que de acuerdo a consulta adelantada por la entidad respecto al CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL de la empresa VIRTUAL S.A.S. con NIT 811001742-3 "La sociedad no se halla disuelta y su duración es indefinida".

30. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

Se incorporaron al procedimiento con valor probatorio, todos los documentos soportes de la citación a la audiencia respectiva, debidamente entregados al Contratista VIRTUAL S.A.S y la ASEGURADORA SURAMERICANA S.A. sobre los cuales no hubo tacha de falsedad, o tampoco se refutó su contenido.

Los documentos que tendrán valor probatorio serán los siguientes:

- *Propuesta presentada por la empresa Virtual S.A.S., con NIT 811.001.742-3, a través de su representante legal Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331, del día 14 de septiembre de 2020.*
- *Póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales N° 2738423-8, documento 13447083 expedida por SURAMERICANA que ampara las obligaciones derivadas del contrato 2020169SU de 2020, y su aprobación.*
- *Informes de supervisión expedidos por el supervisor a la fecha.*
- *Póliza TRDM N° 900000533417 expedida por SURAMERICANA con vigencia desde las 24:00 horas del 2021-05-05, hasta las 24:00 horas del 2022-05-05.*
- *Comunicado de compromiso suscrita José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331 representante legal de la empresa VIRTUAL S.A.S. con NIT 811.001.742-3.*
- *Requerimientos realizados al contratista del 7 de abril de 2022 y 26 de abril de 2022 (con copia a la aseguradora) sobre los presuntos incumplimientos del contratista. Oficio radicado 202230000886.*
- *Póliza TRDM N° 994000000126 expedida por SOLIDARIA con vigencia desde las 23:59 horas del 02-05-2022, hasta las 23:59 horas del 31-10-2022.*



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

- 31.** Del análisis de las pruebas enunciadas, la Agencia APP se permite concluir que la prueba documental aportada por la Entidad y puesta en conocimiento de las partes, mediante la cual se pretendió acreditar que VIRTUAL S.A.S incumplió el contrato de SUMINISTRO N° 2020169SU, no fueron refutadas o contradichas por el contratista, ni por la aseguradora.

Así mismo, del descargo realizado por el contratista se concluye que el mismo tampoco desvirtuó lo probado mediante la prueba documental, en tanto este se allanó al cargo de incumplimiento de sus obligaciones, así mismo lo reconoció la aseguradora a través de su apoderado declarando: *"Coincidimos pues en que resulta pues de plano el que no se está cumpliendo con la obligación. Constatamos que esa era una de las obligaciones contenidas dentro del contrato"*

- 32.** De conformidad con lo anterior, puesto que el contratista no probó que cumplió efectivamente con las obligaciones del contrato 2020169SU de 2020, por el contrario, se allanó al cargo de incumplimiento del Contrato de Suministro celebrado por la sociedad VIRTUAL S.A.S con la presente Entidad, esto será tenido en cuenta para efectos del presente acto administrativo.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

- 33.** El contrato de suministro N° 2020169SU de 2020, es una de las especies de los contratos establecidos en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, regulado por el Estatuto General de Contratación.
- 34.** La cláusula décima segunda del antedicho contrato establece la cláusula penal del contrato, tasada en un diez por ciento (10%) sobre el valor total del contrato, en el evento que se declare el incumplimiento del mismo.
- 35.** Las entidades estatales están obligadas al aseguramiento de los bienes según lo establecido en el artículo 107 de la Ley 42 de 1993, en donde se señala que *"los órganos de control fiscal verificarán que los bienes del estado estén debidamente amparados por una póliza de seguros o un fondo especial creado para tal fin, pudiendo establecer responsabilidad fiscal a los tomadores cuando las circunstancias lo ameriten"*, de la misma manera el artículo 62 de la Ley 45 de 1990 señala que *"Todos los seguros requeridos para una adecuada protección de los intereses patrimoniales de las entidades públicas y de los bienes pertenecientes a las mismas o de las cuales sean legalmente responsable, se contratarán con cualquiera de las"*



Alcaldía de Medellín
Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

entidades públicas legalmente autorizadas para trabajar en el país". El artículo 62 numeral 1 de la Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario) señala que constituye una falta gravísima "Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen pierda o dañen bienes del estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a (500) salarios mínimos mensuales legales.

36. A su vez el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, ha establecido que:

"Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas."

37. El artículo 86 de la ley 1474 de 2011, ha establecido que:

"Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

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

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

En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la correcta decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

38. A su vez el Consejo de Estado ha establecido que¹ :

"4. Ahora bien, en lo relativo al cargo de incompetencia para declarar el incumplimiento del contrato, es preciso tener en cuenta en primer lugar que conforme lo establece el artículo

¹ Sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014)
Radicación: 52001-23-31-000-2001-01115-01 (29.741)



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

38 de la Ley 153 de 1887, en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, por lo que teniendo en cuenta que el contrato que ha dado origen a esta cuestión litigiosa se celebró el 17 de junio de 1998, le son aplicables los mandatos previstos en la ley 80 de 1993.

4.1. Con sujeción a lo previsto en el artículo 1592 del Código Civil, aplicable al presente asunto por vía del artículo 13 del estatuto en mención, la cláusula penal pecuniaria se encuentra definida como "aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consisten en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal"

Así, la cláusula penal pecuniaria tiene como funciones garantizar el cumplimiento, compeler al deudor a la satisfacción de la prestación, sancionar su incumplimiento y estimar anticipadamente el valor de los eventuales perjuicios que se podrían ocasionar con la inejecución de lo pactado, a diferencia de las multas contractuales las cuales tienen una finalidad eminentemente conminatoria, lo que en síntesis significa que con la cláusula penal lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

Por consiguiente, resulta obvio que la cláusula penal puede hacerse efectiva una vez que el plazo de ejecución del contrato ha vencido y las prestaciones no se han cumplido total o parcialmente, pues qué mejor evidencia del incumplimiento que el vencimiento del término pactado sin la satisfacción total o parcial de las obligaciones surgidas con ocasión del contrato.

4.1.1. En lo relativo a la figura del incumplimiento contractual, es de precisar en primer lugar que con ocasión de la celebración de un contrato pueden surgir obligaciones que deban ser cumplidas en diferentes momentos de su ejecución, razón por la cual se deberá determinar en cada caso la oportunidad y la forma en que debía ejecutarse la prestación de que se trate.

En consecuencia, la cláusula penal y su efectividad no supone necesariamente que el contrato se encuentre en su etapa de ejecución, como erróneamente lo considera la ahora recurrente, pues ello depende de la naturaleza de la prestación y el momento en que la misma debía ejecutarse.

...Por consiguiente, resulta obvio que la cláusula penal puede hacerse efectiva una vez que el plazo de ejecución del contrato ha vencido y las prestaciones no se han cumplido total o parcialmente, pues qué mejor evidencia del incumplimiento que el vencimiento del término pactado sin la satisfacción total o parcial de las obligaciones surgidas con ocasión del contrato. (...) En consecuencia, la cláusula penal y su efectividad no supone necesariamente que el contrato se encuentre en su etapa de ejecución, como erróneamente lo considera la ahora recurrente, pues ello depende de la naturaleza de la prestación y el momento en que la misma debía ejecutarse. (...) Como corolario de lo expuesto, para la Sala, el Tribunal atina al señalar que en el presente asunto la Entidad contratista sí ostentaba la competencia para declarar el incumplimiento del contratista para hacer efectiva la cláusula



Alcaldía de Medellín

Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

penal pactada ya habiendo vencido el plazo de ejecución del contrato, pero antes de su liquidación. En efecto, en el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación aparece que para la fecha en que el demandado expidió la Resolución No. 0088 de 1999, por medio de la cual declaró el incumplimiento del contrato, esto es el 6 de agosto de 1999, aún ostentaba la competencia para ello, pues aún no había fenecido el termino para liquidarlo, tal como se pasa a exponer. De las pruebas allegadas se tiene que el contrato que dio lugar a esta cuestión litigiosa se celebró el 17 de junio de 1998 (fls. 18 a 22 del C. No. 1), cuyo objeto consistió en la ejecución de obras de estabilización del talud inferior en el PR20 + 800 metros. de la carretera Tumaco- Pedregal, tramo Junín Pedregal, con un plazo inicial de 3 meses contabilizados a partir del acta de iniciación (fl. 19 del C. No. 1). (...) En éste orden de ideas se tiene que tal como lo afirma el Tribunal de primera instancia el vencimiento del plazo del contrato acaeció el 26 de febrero de 1999, pues si bien no se especificó la forma en que se contabilizarían las prórrogas en días, éstas se contabilizaron días calendario. (...) Por consiguiente, la Entidad demandada contaba con un término de 4 meses para llevar a cabo la liquidación bilateral, es decir hasta el 26 de junio de 1999, y como ésta no se pudo realizar de esa manera, la Entidad contaba con 2 meses más para practicar la liquidación unilateral, es decir hasta el 26 de agosto de 1999. Así las cosas, para la Sala es claro que el cargo de incompetencia de la administración para declarar el incumplimiento se torna improcedente, pues para la fecha en que el demandado profirió la Resolución No. 0088, esto es el 6 de agosto de 1999, aún no había fenecido el término para llevar a cabo la liquidación unilateral."

39. Que ahora, en cuanto a la competencia y oportunidad para declarar la ocurrencia del siniestro el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 16494, del 23 de junio de 2010, manifestó: "(...) *Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicar el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma*".

40. La AGENCIA APP, dentro del procedimiento sancionatorio, realizó la citación respectiva, tanto al Contratista como a la aseguradora, celebrando la audiencia el primer día del mes de noviembre de 2022, por medios virtuales, a través de la aplicación Google Meet, mediante el enlace meet.google.com/nfa-jdgo-qxe



Alcaldía de Medellín
Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

41. Se agotó el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se respetaron todas las garantías procesales tanto del Contratista como de la aseguradora, sin que se observen nulidades ni actuaciones indebidas entre las partes.
42. La Entidad pudo concluir con certeza que el Contratista incumplió el contrato de suministro N° 2020169SU de 2020, celebrado con la AGENCIA APP, generando perjuicios a la Entidad derivados de dicho incumplimiento.
43. Expuesto el sentido del fallo y las consideraciones jurídicas que lo sustentan, el contratista se allanó al cargo de incumplimiento, y el apoderado de la aseguradora Suramericana estuvo de acuerdo en que se evidencia el palmario incumplimiento de las obligaciones del contratista, en los términos del numeral 31 de la parte motiva del presente acto administrativo.
44. En línea de lo anterior, la Agencia APP, en ejercicio de las potestades excepcionales de las Entidades públicas, además de declarar el incumplimiento parcial del Contrato de suministro SU2020169SU de 2020, hará efectiva de manera proporcional la cláusula penal pactada dentro del contrato. En ese orden de ideas la Cláusula penal que se estipuló sobre el 10% del total del contrato, y teniendo en cuenta que el incumplimiento fue parcial, la Cláusula penal se tasa sobre el 50% del valor total de la misma a fin de cubrir el valor de las primas del seguro TRDM, por un año y medio (tiempo restante de aseguramiento).
45. Teniendo como fundamento el anterior análisis, bajo la siguiente fórmula:

Total Clausula penal (10%) -----100% (Total Contrato)

VEINTISÉIS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SENTA Y OCHO PESOS (\$26.268.468)

Clausula penal proporcional será:

50% DEL VALOR TOTAL DE LA CLAUSULA PENAL (incumplimiento contractual)

TRECE MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$13.134.234)

46. Que así entonces, de conformidad con lo establecido en las condiciones de la póliza única de cumplimiento a favor de entidades estatales N° 2738423-8, documento 13447083 expedida por SURAMERICANA, que ampara las obligaciones derivadas del contrato 2020169SU de 2020 constituida el 01 de octubre de 2020, se declarará el siniestro, con el fin de hacer efectiva la póliza en comento, por el amparo de



Alcaldía de Medellín
Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

cumplimiento en la suma de TRECE MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$13.134.234), la cual se ordenará pagar a la Aseguradora, como quiera que el contrato no tiene saldos pendientes a favor del contratista.

En consideración a lo anterior,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato de suministro N° 2020169SU, celebrado entre la AGENCIA APP y VIRTUAL S.A.S. con NIT 811.001.742-3, a través de su representante legal Sr. José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331, cuyo objeto fue la "*ADQUISICIÓN DE EQUIPOS DE CÓMPUTO, PERIFÉRICOS Y ACCESORIOS REQUERIDOS PARA LA AGENCIA APP*", de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, hágase efectiva de manera parcial la cláusula penal contenida en la cláusula décima segunda del contrato N° 2020169SU de 2020, equivalente al 50% del valor total de la cláusula penal, esto es la suma de TRECE MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$13.134.234), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución, valor que deberá resarcirse a favor de la Agencia APP con Nit. 900.623.766-1 en la cuenta N° 693-625845-74, Ahorros de Bancolombia, a nombre de la AGENCIA APP.

ARTÍCULO TERCERO: DECLÁRESE la ocurrencia del siniestro y en consecuencia hágase efectiva la garantía única de cumplimiento N° 2738423-8, documento 13447083 expedida por SURAMERICANA S.A. con NIT 890.903.407-9.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR al contratista VIRTUAL S.A.S. con NIT 811.001.742-3, a través de su representante legal Sr. José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331, para que en un término de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente Resolución, realice el pago de las sumas aquí ordenadas mediante consignación en la cuenta indicada en el artículo segundo del presente acto administrativo. Vencido el plazo anterior, sin haber recibido el pago requiérasele a la COMPAÑÍA ASEGURADORA SURAMERICANA S.A. con NIT 890.903.407-9, para que realice dicho pago dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, acreditando prueba mediante comprobante de consignación, so pena de dar inicio al cobro coactivo de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1437 de 2011.



Alcaldía de Medellín
Distrito de
Ciencia, Tecnología e Innovación

ARTÍCULO QUINTO: El contenido del presente acto administrativo se tendrá por **NOTIFICADO EN ESTRADOS** al contratista VIRTUAL S.A.S. con NIT 811.001.742-3, a través de su representante legal Sr. José Luis Acevedo Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 98.531.331, y a la aseguradora la SURAMERICANA con NIT 890.903.407-9 a través de su apoderado, en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la forma prevista en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

*"Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la **audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público**, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento".*

ARTÍCULO SEXTO: De conformidad con el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, una vez ejecutoriada la presente resolución se enviará copia de la misma a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, en concordancia con lo establecido en el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012. Así mismo, se publicará en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra la presente Resolución procede el recurso de reposición de conformidad con el literal c del artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

*"(...) **Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia**".*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Medellín, a los 18 días del mes de noviembre de 2022.

RODRIGO FORONDA MORALES
Director General
Agencia APP

Proyectó: Ana Isabel Mesa Muñoz - Profesional Apoyo Gestión Jurídica
Revisó: Juliana Duque Monsalve – Profesional especializado de apoyo jurídico