



Libertad y Orden

Ministerio de Relaciones Exteriores
República de Colombia

RESOLUCIÓN NÚMERO **5166** DEL

26^º AGO 2013

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013.

LA SECRETARIA GENERAL DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

En uso de sus facultades legales y en especial, de las que le confieren la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, el Decreto 734 de 2012, el Decreto No. 1632 del 31 de julio de 2012, la Resolución de Delegación No. 5393 del 13 de diciembre de 2010, demás normas concordantes y,

CONSIDERANDO

Que conforme a lo establecido en el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y en el artículo 2.2.3 del Decreto 734 de 2012, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, elaboró el proyecto de pliego de condiciones del proceso de Selección Abreviada Subasta Inversa No. 04 de 2013, con el objeto de contratar la **"ADQUISICION DE SILLAS ERGONÓMICAS PARA DOTAR LAS DIFERENTES DEPENDENCIAS DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y SU FONDO ROTATORIO."**

Que mediante acto administrativo del 30 de abril de 2013, se ordenó la apertura de la selección abreviada subasta inversa No. 04/2013, el cual fue publicado con el pliego de condiciones definitivo en el portal único de contratación SECOP y en la página web de la Entidad.

Que en ninguna etapa del proceso de selección la firma Moderline SAS efectuó observaciones acerca de los tiempos de entrega ni la forma de pago estipulada en el pliego de condiciones.

Que el día 14 de mayo de 2013 a las 10:00 a.m. se efectuó el cierre del proceso de selección abreviada subasta inversa electrónica No. 04 de 2013, presentando oferta las siguientes sociedades: UNION TEMPORAL MOBILIARIO 2013, MODERLINE S.A.S, UNION TEMPORAL MUEBLES HORAMA Y MADERTEC LTDA, KASSANI DISEÑOS S.A, INVERSIONES GUERFOR S.A, MUMA S.A.S, INDUSTRIAS FULLER PINTO DIANA MILENA LEGUIZAMON, HIMHER S.A Y UNION TEMPORAL VENCEDORES.

Una vez surtido el procedimiento descrito en el pliego de condiciones para la exhibición de los informes preliminares y definitivos de evaluación, las sociedades habilitadas para participar en el evento de subasta inversa electrónica fueron las sociedades HIMHER S.A, KASSANI DISEÑOS S.A, INVERSIONES GUERFOR S.A , y MODERLINE S.A.S.

Que de conformidad con el reporte remitido por GESTION DE SEGURIDAD ELECTRÓNICA S.A el día 30 de mayo de 2013, el proponente ganador de la subasta es la sociedad **MODERLINE S.A.S.**

Que mediante acto administrativo del 4 de junio 2013, se adjudicó el contrato resultante del mencionado proceso de selección a la sociedad **MODERLINE S.A.S.**

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

Que el día 13 de junio de 2013 se suscribió el contrato de compraventa No. 178 de 2013, entre el FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES y la sociedad MODERLINE, el cual fue registrado presupuestalmente el mismo día. Mediante la firma del contrato de compraventa el contratista aceptó y se comprometió con todas y cada una de las cláusulas del contrato anteriormente indicado.

Que el contratista allegó póliza No. 2211529 y anexo No. 1, emitido por la compañía aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A, la cual fue aprobada el día 18 de junio de 2013, día en que se dio inicio a la ejecución del contrato en mención.

Que de conformidad con todo lo expuesto, el contratista tenía la obligación de realizar la primera entrega de los bienes objeto del contrato en mención el día 15 de julio de 2013. Lo anterior en virtud a lo discriminado en la cláusula cuarta la cual establece: "**FORMA DE PAGO (...)** Un primer pago (1) pago, contra entrega de **CIENTO OCHENTA (180)** sillas, la cual deberá realizarse dentro de los 25 días calendario, contado a partir de la aprobación de la póliza. Dicho pago se efectuará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la factura, entrada al almacén, expedición del cumplido a satisfacción del Supervisor del Contrato designado para el efecto y demás trámites administrativos a que haya lugar (...).

Que mediante Oficio del 18 de julio de 2013, el representante legal de la sociedad MODERLINE S.A.S, manifestó lo siguiente:

"A través de este documento queremos poner en conocimiento que las sillas a suministrar en el contrato en referencia es una línea especial, de las cuales momentáneamente no hay disponibilidad en el país, razón por la cual requerimos importarlas del exterior. Dentro del proceso de importación se encuentran algunos trámites que no son directamente del resorte y manejo de MODERLINE S.A.S., sin embargo nos encontramos ya en la fase final del trámite de la respectiva importación de las mismas, para posteriormente realizar el ensamble en nuestra planta de producción.

Por ello solicitamos muy respetuosamente se tenga en cuenta las consideraciones acá expuestas para que se genere una prórroga del término de ejecución contractual del contrato en referencia para la primera y segunda entrega, para efectuar la entrega de la totalidad de las sillas el día 2 de Septiembre de 2013, sin que esto afecte el normal desarrollo de la esencia del contrato, con el fin de entregar el producto contratado con calidades óptimas y acordes a las especificaciones técnicas requeridas por la entidad".

Que el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Servicios Generales en su condición de supervisor del contrato de compraventa No. 178 de 2013, el día 24 de julio de 2013, requirió al contratista en los siguientes términos:

*"De manera atenta y dando alcance a su comunicación del 18 de julio de 2013 relacionada con la entrega de la totalidad de las sillas el 2 de septiembre de 2013, me permito indicarle que el contrato de compraventa No. 178- 2013 suscrito entre Moderline SAS y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores en la **CLAUSULA CUARTA – FORMA DE PAGO**, estableció " un primer pago contra entrega de ciento ochenta (180) sillas, la cual deberá realizarse dentro de los veinticinco (25) días calendario, contados a partir de la aprobación de la póliza..." plazo que venció el pasado 15 de julio; en la misma cláusula se establece " un segundo pago contra entrega de ciento ochenta (180) sillas, la cual deberá realizarse dentro de los veinticinco (25) días calendario siguientes a la primera entrega, plazo que vence el próximo 9 de agosto de 2013.*

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que no se cumplió con la primera entrega y que según su comunicación no se podrá cumplir con la segunda entrega, me permito solicitarle en el término de tres (3) días hábiles al recibo de esta comunicación, exponer las razones de fuerza mayor o caso fortuito con los soportes del caso que no permiten el cumplimiento de las obligaciones del citado contrato de compraventa.



Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

Vale la pena resaltar que en caso de no contar con los soportes y explicaciones que justifiquen el caso fortuito o fuerza mayor, la entidad se vería en la obligación de iniciar un proceso de sanción, tal y como lo señala la cláusula vigésima del contrato suscrito por la firma que usted representa y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores."

Que el señor EUCLIDES DIAZ ROJAS, en su condición de Representante Legal, de la Sociedad MODERLINE S.A.S dio respuesta al requerimiento del supervisor el día 24 de julio de 2013, indicando: (...)

"En atención a su oficio de fecha 19 de julio de 2013 en donde textualmente se nos solicita "Exponer las razones de fuerza mayor o caso fortuito con los soportes del caso que no permiten el cumplimiento de las obligaciones del citado contrato de compraventa" nos permitimos manifestar que como se dio a conocer anteriormente las causas que han generado la imposibilidad para MODERLINE S.A.S de efectuar las entregas como se establecieron en el contrato en referencia, se originaron en que la silla descrita en la licitación no se encuentra disponible en el mercado, porque se trata de una silla especial que debe acomodarse al módulo donde debe prestar el servicio para el cual se fabrica, lo cual nos llevó necesariamente a importar parte de su estructura porque el tipo de espaldar de la silla no se fabrica en Colombia; el trámite de la importación solo se pudo iniciar una vez fue aprobada nuestra muestra física.

Por otra parte, las sillas deben disponer de brazos especiales que se ajusten al cubículo o sitio de trabajo que tiene dispuesto la entidad en donde se van a ubicar. Por ello se suministraron al Ministerio dos muestras físicas de las sillas a entregar, siendo rechazada la primera, y aceptada la segunda con solo una observación en cuanto a la altura de los brazos, tal como se lee en el correo del viernes 05 de julio remitido por el Doctor Edgar Alberto Martínez García; de tal suerte que este elemento (brazo de la silla) es completamente especial y tampoco existe en el mercado, por tanto debió procederse a su fabricación solo para este proyecto.

Teniendo en cuenta que el trámite de la importación y nacionalización de parte de las sillas toma un tiempo de dos (2) meses, en condiciones normales, les solicitamos muy respetuosamente la prórroga para la entrega de la totalidad de las sillas.

No obstante lo anterior, MODERLINE S.A.S está en capacidad de suministrar ciento ochenta (180) sillas ejecutivas como reemplazo del compromiso de la primera entrega, de manera provisional mientras arriba la importación y hacemos la entrega de la totalidad de las sillas objeto del contrato."

Que de conformidad con lo antes expuesto, la Secretaria General en calidad de ordenadora del gasto y Representante Legal del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, citó mediante Oficios Nos. S-DSG-13-032964 a al señor EUCLIDES DIAZ ROJAS, Representante Legal de la sociedad MODERLINE S.A.S. y S-DSG-13-032963 a un representante de la Aseguradora LIBERTY SEGUROS, con el fin de realizar el día jueves 22 de agosto de 2013 a las 3:00pm, la audiencia prevista en la 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", la que en su artículo 86 consagra: **"IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO"**.

Que siguiendo los lineamientos y procedimientos estipulados en la Ley 1474 de 2011 y Decreto 734 de 2012, una vez tenidos en cuenta los descargos de la firma Moderline SAS y apoderado de Liberty Seguros en calidad de garante del contratista, la Secretaria General del Ministerio de Relaciones Exteriores en calidad de Representante Legal y competente contractual del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores procedió a imponer la multa por el incumplimiento de las obligaciones descritas en el contrato de compraventa No. 178 de 2013 correspondiente a un cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor del contrato, por cada día de retardo y hasta por quince (15) días calendario, lo que equivale a veintiún millones doscientos veinticinco mil pesos (\$ 21.225.000).

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

Que según lo señalado en 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. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia"

Que acto seguido según lo señalado en la norma anteriormente transcrita, el representante Legal de la firma Moderline SAS toma la palabra con el fin de interponer recurso de reposición contra la Resolución 5090 de 2013 solicitando inmediatamente la suspensión de la audiencia que lo decida.

Que en desarrollo del derecho a la defensa y debido proceso, la Secretaria General del Ministerio de Relaciones Exteriores suspende la audiencia que se adelanta fijando como fecha para su continuación el lunes 26 de agosto de 2013 a las 3:00pm.

Que siendo las 3:00pm del lunes 26 de agosto de 2013 se reanuda la audiencia donde se decidió la imposición de la multa por incumplimiento en la entrega de las sillas según lo señalado en la cláusula cuarta del contrato No 178 de 2013, procediendo a estudiar y resolver los recursos de reposición a la Resolución 5090 de 2013.

Que de acuerdo con lo anterior, el suplente del Representante Legal de Moderline S.A.S, LUIS ORLANDO NOGUERA PADILLA, identificado con CC 17.410351 procede a exponer el recurso de reposición contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013 manifestando lo siguiente:

"LUIS ORLANDO NOGUERA, mayor de edad, vecino y residente de esta ciudad identificado con C.C No. 17410351 de Acacias, en mi condición de Suplente del representante legal de la firma MODERLINE S.A.S, en ejercicio de lo preceptuado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, artículo 74 y s.s. y de lo consagrado en el artículo 84-c de la Ley 1474 de 2011, me dirijo ante usted para presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra la RESOLUCIÓN No 5090 del 22 de agosto de 2013 por medio de la cual se decidió sobre la imposición de una multa por presento incumplimiento de las obligaciones de MODERLINE S.A.S descritas en el contrato de compraventa 178 de 2013 con el fin de solicitar que ésta sea revocada en su totalidad y en su lugar aceptar la solicitud planteada por MODERLINE S.A.S relativa al plazo de ejecución del contrato en referencia.

Fundamento el presente recurso de reposición en las siguientes consideraciones que se constituyen en las razones de hecho y de derecho que asisten mi solicitud de revocatoria a la resolución impugnada:

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

1. El día 13 de junio de 2013 se suscribió el contrato de compraventa número 178 de 2013 entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y MODERLINE S.A.S como resultado de la adjudicación del proceso de selección abreviada No. 04 de 2013, con el objeto de que el primero adquiriera del segundo, sillas ergonómicas para dotar las diferentes dependencias del Ministerio de Relaciones Exteriores y su Fondo Rotatorio, tal como lo señala la cláusula primera del contrato y un valor de \$283.000.000.00 incluido IVA y demás impuestos, tasas, contribuciones y, costos directos e indirectos.

2. En la cláusula trigésima quinta del contrato en mención se estipuló lo relativo al cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización indicando que para el primero se requería de la firma de las partes, hecho que se dio el 13 de junio, para el segundo, del registro presupuestal hecho que, de acuerdo a lo manifestado en la Resolución 5090 de 2013 sucedió el mismo día y para el tercero, de la aprobación por parte del Fondo de la garantía constituida, hecho que se dio el 20 de junio de 2013, momento a partir del cual se desplegaron las actuaciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de MODERLINE S.A.S.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

3. El plazo del contrato se pactó en la cláusula sexta del contrato que a su tenor literal reza: "CLAUSULA SEXTA.- PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo de ejecución del presente contrato será de setenta y cinco (75) días calendario, contado a partir de la aprobación de la garantía que debe constituir el contratista, previa expedición del registro presupuestal".

En consecuencia, el plazo del contrato transcurre entre el 18 de junio de 2013 y vence el 1 de septiembre de 2013 y no está sometido a condición alguna, lo cual significa que las actuaciones de las partes del contrato pueden desplegarse en este interregno siempre y cuando al vencimiento del mismo, se repunte el cumplimiento del objeto contractual, esto es, la entrega de las sillas ergonómicas.

4. El contrato suscrito establece en sus cláusulas el régimen de derechos y obligaciones de las partes contenidos en la cláusula décima, décima primera para el contratista y sus correlativas décima cuarta y décima quinta, para la Entidad.

5. A su paso, la cláusula vigésima quinta del contrato 178 de 2013 estipuló que "este contrato se regirá por el Estatuto General de Contratación Administrativa vigente y sus decretos reglamentarios, las leyes de presupuesto, en general las normas civiles y comerciales vigentes, las demás normas concordantes que rijan o lleguen a regir los aspectos del presente contrato y las disposiciones de EL FONDO (sic) que apliquen".

6. Para el pago de los dineros a favor del contratista, se pactó un esquema de desembolsos parciales que se harían exigibles de llevarse a cabo entregas parciales de los bienes contratados por parte del contratista, con el siguiente esquema: primer pago de cuantía indeterminada, por entrega de 180 sillas dentro de los 25 días calendario contados a partir del 20 de junio de 2013, esto es el día 15 de julio de 2013; segundo pago de cuantía indeterminada, por entrega de 180 sillas más dentro de los 25 días calendario siguientes a la primera entrega, esto es el 9 de agosto de 2013 y, tercer pago de cuantía indeterminada por entrega de las sillas restantes (190 sillas) y sin realizar estipulación alguna sobre el momento de entrega de este grupo final.

7. Dentro del plazo de ejecución del contrato pactado en la cláusula sexta, MODERLINE S.A.S, el día 18 de julio de 2013 puso de presente las consideraciones especiales que se estaban suscitando en torno a la entrega de las sillas y que ameritaron una importación por parte de MODERLINE S.A.S con lo cual, las condiciones de entregas parciales para el pago debían modificarse sin que se afectara el cumplimiento del objeto pactado en la cláusula primera y el plazo pactado en la cláusula sexta.

8. MODERLINE S.A.S recibió el 19 de julio, comunicado del supervisor del contrato en el cual recuerda el contenido de la cláusula cuarta.- forma de pago y solicita justificación con soportes del caso para analizar la situación. La respuesta se produjo el día 24 de julio de 2013 en donde se señalaron las razones que motivaron la solicitud y que pueden resumirse así: a) La silla descrita en el anexo técnico del proceso de selección no se encuentra disponible en el mercado; b) Existen sillas similares de las cuales dispone MODERLINE S.A.S para entrega inmediata pero sus brazos difieren en 3,5 cms por lo que deben adecuarse a las especificaciones técnicas descritas en el contrato. c) El aval y solicitud de ajuste final a la altura de los brazos se dio el día 5 de julio de 2013 por parte de la supervisión del contrato. d) Con esta notificación se procedió a solicitar la fabricación de las sillas especiales requeridas en el contrato, para su posterior importación y nacionalización lo cual toma un tiempo aproximado de dos meses en condiciones normales y e) Con el fin de no generar afectación alguna, se ofreció el suministro temporal de 180 sillas ejecutivas correspondientes al primer hito para el desembolso del primer pago, pero sin pretender desembolso alguno de los dineros pactados, mientras arriba la importación y se manifestó que las 550 sillas serán entregadas en su totalidad, antes del vencimiento del plazo del contrato.

9. El mismo día en que MODERLINE S.A.S explicara las razones de su petición, el supervisor del contrato en memorando cuyo asunto es "incumplimiento del contrato", le informa a la ordenadora del gasto que se había producido el incumplimiento de la cláusula cuarta del contrato en donde

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

relata los hechos y las respuestas entregadas pero no se profundiza en un análisis de la situación, ni una recomendación y menos la sustentación de ésta.

Razones de inconformidad:

1. Improcedencia de la aplicación de la multa

Del recuento efectuado en los numerales anteriores, surge que la medida adoptada por la Entidad es desproporcionada frente a la forma cómo han ocurrido los hechos en torno a la ejecución del contrato, por las siguientes razones:

La supervisión del contrato en cumplimiento de sus obligaciones, salvaguardando los derechos y obligaciones de la Entidad y observando el contenido de lo pactado en la cláusula décima sexta, verificó en primer lugar que los bienes cumplieran con las especificaciones técnicas exigidas, sobre la base de las muestras entregadas por MODERLINE S.A.S. Este procedimiento, con el cual MODERLINE S.A.S está completamente de acuerdo, se realizó con el fin de minimizar la ocurrencia de situaciones de inconformidad a la hora de la entrega de los bienes.

Sin embargo debemos decir que el proceso de aprobación de la muestra física se inició al día siguiente de la fecha en que se aprobaron las garantías, 18 de junio de 2013 y culminó el 5 de julio de 2013, esto es 17 días calendario después de presentada la primera muestra. La prueba de dicha actuación consta en la comunicación electrónica producida por el supervisor en respuesta a la solicitud efectuada por MODERLINE S.A.S en donde se le puso de presente que a partir de allí se efectuaría la fabricación de las sillas contratadas, con el siguiente texto: "...requiero respetuosamente que a través de este medio se nos autorice como consecuencia de la aprobación referida la correspondiente fabricación de las sillas contratadas" manifestándose por su parte, previa referencia a una reunión previa en donde se aprobó la muestra física, la observación de la altura de los brazos.

En ese momento, era claro que el planteamiento de la fórmula de pago por entregas parciales del contrato había sufrido de facto una reducción sustancial de 25 días calendario a 8 días calendario.

*Es importante señalar que la modalidad de selección fue la de selección abreviada por subasta inversa electrónica al tratarse de bienes y servicios con características técnicas uniformes pero, tal como está probado, los bienes requeridos por el Fondo Rotatorio no eran de características técnicas uniformes al punto que los bienes que se consiguen en el mercado tienen características técnicas diferentes. **Se anexan certificaciones que soportan la manifestación anterior.***

MODERLINE S.A.S se presentó al proceso de selección porque consideró que el bien de que disponía correspondía esencialmente con los requerimientos de la Entidad y cumplían la función que se había planteado la Entidad cual era atender la demanda interna de sillas de ese tipo evitando riesgos profesionales futuros.

Si bien es cierto que se plantea un hecho incontrovertible y fácilmente contrastable con el expediente del proceso consistente en que no se presentaron observaciones relacionadas con motivos o razones que impidiesen la selección objetiva, este hecho no constituye una motivación suficiente para soportar la decisión adoptada por la Entidad, pues por el solo hecho de no recibir observaciones, no significa que en la ejecución del contrato no se puedan revisar y realizar los cotejos necesarios para soportar el recibo de los bienes.

En el tiempo en que el supervisor realizó los cotejos y emitió su pronunciamiento final, MODERLINE S.A.S no podía sino aguardar para desplegar sus actividades tendientes a la entrega de los bienes. Así las cosas, este plazo empleado por la administración para la determinación de la conformidad de los bienes tiene una significación suficiente para soportar la actuación de MODERLINE S.A.S al tratarse de obligaciones correlativas.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

El contrato conforme lo establece la normatividad vigente es ley para las partes y por lo tanto gobierna la forma cómo las partes deben ejecutar el contrato. El contrato de compraventa 178 de 2013 es de carácter conmutativo, lo cual significa que genera obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes. En otras palabras, existe interdependencia de las obligaciones que deben ejecutarse de manera recíproca por las partes.

Con esta claridad, si el cumplimiento de una obligación de la otra parte sucede en un tiempo no apropiado, la otra necesariamente estará avocada a lo mismo habida cuenta de la dependencia de unas obligaciones frente a las otras. Es importante señalar que tanto MODERLINE como la Entidad en cabeza de su supervisor han actuado de buena fe pero también que mientras no se obtuviera el aval de la supervisión, MODERLINE no podría satisfacer las obligaciones contraídas pues no contaba con los insumos necesarios para hacerlo.

El artículo 1609 del código civil establece con respecto a la MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES que: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

Si bien esta excepción es originaria del derecho civil, también es aplicable en el terreno de la contratación con recursos públicos por remisión del artículo 13 de la ley 80 de 1993 y de lo pactado en la cláusula vigésima quinta del contrato. Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido utilizando esta figura en los contratos estatales sobre la base del principio de la buena fe y la equidad o igualdad en los contratos.

El Consejo de Estado ha señalado que: "El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos." Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de enero 31 de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta, reiterado en: Sentencia de septiembre 14 de 2000, y marzo 15 de 2001.

Queda acreditado que MODERLINE S.A.S ha satisfecho las demás obligaciones contractuales entregando las muestras oportunamente para proceder con la fabricación y entrega de los bienes y que hay una razonable imposibilidad del cumplimiento del plazo de entrega parcial planteado como hito para el primer desembolso y que por lo tanto se dan los supuestos que amparan su proceder como una conducta que no debe ser sancionada.

Por parte de la Entidad, es importante mencionar que el Consejo de Estado en sentencia del 13 de mayo de 1996 C.P Carlos Betancourt Jaramillo emitió una recomendación a las entidades en el sentido de evaluar su conducta contractual antes de adoptar decisiones con respecto al incumplimiento del contratista.

El artículo 25-3 de la ley 80 de 1993 establece por virtud del principio de economía que "se adoptarán los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten". Por tanto, MODERLINE S.A.S podría haber sido convocado para solucionar directamente las diferencias presentadas con motivo de la ejecución del contrato máxime cuando la imposición de sanciones es de carácter residual.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación Civil de octubre 11 de 1977 frente a la excepción que plantea MODERLINE S.A.S y que debe ser considerada por la administración para revocar la Resolución recurrida manifestó lo siguiente: "Por consiguiente, el remedio de la exceptio non adimpleti contractus no es pertinente y, por ende, no puede proponerlo con exitosos resultados, quien por razón de lo pactado o por la naturaleza misma de la convención se encuentre obligado a satisfacer en primer lugar sus obligaciones, pues en su defecto quedarían

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

subestimados algunos principios que informan las relaciones contractuales bilaterales, tales como la buena fe, la equidad y la simetría o equilibrio de intereses de las partes, exigidos por la reciprocidad de las obligaciones nacidas de la convención. Si el acuerdo expreso de las partes o la naturaleza del contrato le imponen a uno de los contratantes la ejecución de su prestación antes que la del otro, en esa forma deben realizarse o cumplirse las obligaciones, porque si el contratante que debe tomar la iniciativa en la ejecución de las prestaciones no se comporta así, se coloca entonces en el plano del incumplimiento y, por tanto, no se encuentra amparado en la acción alternativa de resolución o cumplimiento que consagra el artículo 1546 del Código Civil, ni de la defensa de contrato no cumplido".

Ahora bien, la cláusula vigésima del contrato 178 de 2013 en tratándose de multas dispone en su aparte inicial lo siguiente "en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del presente contrato **por causas imputables al CONTRATISTA, salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito conforme a las definiciones del artículo 1º de la ley 95 de 1890**, las partes acuerdan que LA ENTIDAD..." (Negritas fuera del texto original).

Como se aprecia, la decisión adoptada en la Resolución 5090 de 2013, tampoco se ajusta a lo previsto en el contrato. En efecto, tal como se previó en la cláusula transcrita, en consonancia con el marco legal aplicable, el incumplimiento solo procedería cuando se presentaran los supuestos para la aplicación de multas: a) que se trate de causas imputables al contratista y b) que siendo imputables al contratista, no se hayan presentado circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.

En el presente caso y como ya quedó probado, se produce el supuesto a) de la cláusula en mención, lo cual hasta aquí está debidamente probado en cuanto la posición en la que se encuentra MODERLINE S.A.S no se motivó en una causa imputable a él puesto que sus actuaciones están probadas y sustentadas debidamente.

Así las cosas, la resolución recurrida no contiene un análisis sobre estas circunstancias por lo que queda demostrado a partir de la lectura de la misma, que no existe un argumento de fondo que pongan de presente una actuación por parte de MODERLINE S.A.S alejada de los principios de la contratación estatal o intencionalmente alejada de lo pactado en el contrato.

No estamos discutiendo la actuación del supervisor pues su comportamiento está dirigido a la salvaguarda de los intereses de la Entidad representados en los derechos y deberes pactados además de preservar el cumplimiento de lo pactado en las demás cláusulas, pero no tampoco es menos cierto que al emitir el pronunciamiento de conformidad próximo a la fecha de la primera entrega, se disminuyeron de facto los tiempos de MODERLINE S.A.S y cuando se plantea la situación en lugar de acudir a un mecanismo directo como lo ordena el principio de economía, se da paso a la valoración de un procedimiento sancionatorio.

2. Interpretación del plazo del contrato

El artículo 1551 del Código Civil en su tenor literal expresa que "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación" y en una perspectiva más amplia contenida en el artículo 1138 del C.C el plazo es "...un hecho futuro y cierto del que pende el goce actual o la extinción de un derecho...".

Ahora bien, en el contrato 178 de 2013 el plazo del contrato es solo uno, pactado en la cláusula sexta ya transcrita y es de setenta y cinco (75) días calendario, contados a partir de la aprobación de la garantía que debe constituir el contratista, previa expedición del registro presupuestal y como se puede ver, no está sometido a condición alguna. Entonces, como regla general porque así lo estipularon las partes en el contrato que es la ley para las partes, este plazo es el determinado para cumplir con las obligaciones del contrato lo cual incluye la entrega de los bienes.

La Resolución recurrida cita como norma o cláusula violada, la relativa a la forma de pago pues allí se planteó un esquema de desembolsos anidado a las entregas parciales de bienes

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

(producto de las exigencias contenidas en el pliego de condiciones del proceso), pero estas entregas en modo alguno pueden interpretarse como el plazo del contrato sino en su sentido natural y obvio, en la forma de determinar el cronograma de pagos del contrato.

En este sentido, el acaecimiento de cada fecha de entrega de los bienes sin que se verifique el cumplimiento de esta condición, acarrea como consecuencia que no se produzcan los supuestos necesarios para realizar los pagos del contrato en favor del contratista. Visto desde esta óptica, es claro que la intención de las partes era la de establecer condiciones de pago que motivaran la actuación por parte del contratista en anticipar el cumplimiento del contrato en forma parcial así que la no realización de entregas parciales afecta las expectativas de la Entidad en cuanto a la posibilidad de ir recibiendo parcialmente bienes y genera una afectación mayor para el contratista en cuanto no tiene derecho al pago pactado, precisamente por tratarse de obligaciones conmutativas.

Ahora bien, habiéndose pactado la posibilidad de entregas parciales para el pago del contrato pero encontrándose en imposibilidad de cumplirlo por las razones expuestas, se realiza una solicitud de única entrega antes del vencimiento del plazo del contrato. Si bien dicha solicitud se realizó con posterioridad al primer plazo fijado en el plan de pagos del contrato, ésta no es extemporánea frente al plazo de ejecución del contrato y por ende, no puede ser tomada como una solicitud tardía por parte de MODERLINE S.A.S, máxime cuando se está proponiendo realizar una entrega total que beneficiará a la Entidad al realizar un único ejercicio de entrega con la certidumbre que el bien cumple y un único proceso de pago del contrato.

No obstante y con el fin de que las expectativas de la Entidad se vean satisfechas, se propuso desde el día 24 de julio de 2013 la entrega provisional de 180 sillas mientras arriba la importación que como ya se explicó es de la totalidad de los bienes contratados y no de una parte de ellos, con lo que consideramos que la exigibilidad que pudiera realizar la Entidad del cumplimiento del contrato se puede satisfacer de esta manera habida cuenta de la vigencia del plazo contractual. Sin embargo, un mes después de haber realizado este planteamiento, no se ha emitido un pronunciamiento por parte de la Entidad.

Reiteramos que la intención de entrega de las sillas no es la de percibir remuneración alguna sino la de conjurar la situación de expectativa en la que se encuentra la Entidad de contar con sus bienes, mientras se realiza la entrega de lo pactado en forma total, con lo cual también se puede superar las expectativas relacionadas con la entrega final pactada.

PETICIÓN

En consecuencia de lo anterior, solicito a la señora Secretaria General del Ministerio de Relaciones Exteriores, se le dé trámite a este recurso y se resuelva favorablemente para MODERLINE S.A.S el mismo revocando íntegramente la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013 "por la cual se decide sobre la imposición de multa por el presunto incumplimiento de las obligaciones descritas en el contrato de compraventa No. 178 de 2013", previo análisis de los argumentos esgrimidos en el presente escrito.

En su lugar, atentamente solicitamos disponer lo necesario para que se realice la prórroga del plazo del contrato en mención hasta el 20 de septiembre, fecha en la cual se realizará la entrega total de los bienes contratados."

Que así mismo, JORGE MANUEL DELGADO ROCHA identificado con CC. 79.550.308 de Bogotá en su calidad de apoderado de Liberty Seguros S.A., presentó recurso de reposición contra la Resolución 5090 de 2013 el cual hace parte integral de la presente Resolución. A manera de solicitud de la parte garante, JORGE MANUEL DELGADO ROCHA:

"JORGE MANUEL DELGADO ROCHA, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado con C.C. No. 79.556.308 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la T.P. 114.851 del C.S.J., reconocido en calidad de apoderado de Liberty Seguros S.A., en los términos de Ley, me permito

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

interponer recurso de reposición contra la Resolución 5090 de 22 de agosto de 2013, en los siguientes términos:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

COADYUVANCIA AL RECURSO INTERPUESTO POR MODERLINE S.A.S.

La aseguradora, coadyuva en los descargos presentados por el contratista, que permiten demostrar que la presencia de causas extrañas constitutivas en caso fortuito – fuerza mayor, que es evidente para el presente caso, así como de improcedencia de la aplicación de la multa, y de la interpretación del plazo del contrato.

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ESTA PROSCRITA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

En Colombia se ha planteado la discusión para indagar si la responsabilidad objetiva esta proscrita en el derecho administrativo, pues en este caso, la administración debe sustentarse bajo supuestos legales sin que pueda imputársele al contratista una responsabilidad objetiva, y en ese sentido, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha determinado que la responsabilidad por las infracciones administrativas se impone a los infractores en la medida en que su acción delictuosa haya causado un verdadero perjuicio a la Administración, y es claro para el presente caso que dicho daño no resulta demostrado, pues el contratista ha manifestado la intención de dar solución a hechos irresistibles, al ofrecer temporalmente 180 sillas, asunto que dista de cualquier imputabilidad de culpa que quiera dársele por parte de la entidad, en términos de la Sentencia C. 160/98 – Corte Constitucional Expediente D 1841.- Magistrada Ponente Dra. Carmenza Isaza de Gómez.

En consecuencia en el caso que nos ocupa, se le imputa incumplimiento al contratista de manera objetiva, pues no se indican claramente cuáles son las causas reales del presunto incumplimiento ni en qué medida el contratista causa un daño a la entidad, motivo por el cual se solicita a la entidad revisar las razones inculcadas en la Resolución 5090 de 22 de agosto de 2013, y dado que el cargo resultaba muy ambigua no sólo la Cláusula que determina la Primera entrega respecto del pago sino también lo pactado en el contrato 178 de 2013, respecto del término para cumplir con las obligaciones contractuales, y así mismo ofrecer la entidad una objetiva solución a los inconvenientes presentados, pues así mismo, la entidad debe propender dentro del proceso administrativo sancionatorio a aquellas circunstancias subjetivas, tal como se viene a explicar:

El contrato se perfeccionó el día 18 de Junio de 2013, tal como aparece en ACTA DE APROBACIÓN GARANTÍAS (S) DE CUMPLIMIENTO, teniendo así en términos contractuales 75 días calendario a partir de la aprobación de dicha garantía para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, teniendo como fecha de vencimiento el día 1 de septiembre de 2013, sin que se permita interpretar la imposición de sanción en fecha anterior al 1 de septiembre de 2013, toda vez que para dicha fecha deberá entregarse la totalidad sillas ergonómicas. Sin embargo, se encuentra justificable la situación dada para el contratista, toda vez que la referencia exigida por la Entidad, y en ese sentido, precisamente MODERLINE S.A.S., ha dado respectivo trámite para la importación las sillas 180 sillas, pero resulta invocable la presencia de elementos ajenos a la voluntad del contratista, tal como se manifestó por el contratista en oficio de 18 de julio de 2013, pues dentro de las condiciones para ejecutar el contrato debe tenerse en cuenta que la muestra física se inició al día siguiente de la fecha en que se aprobaron las garantías, es decir del 19 de junio de 2013 y culminó el 5 de julio de 2013, esto es 17 días calendario después de presentada la primera muestra, asunto que a todas exige un especial análisis por parte de la entidad.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

Ahora bien, resulta a todas luces evidente que, de acuerdo con el oficio emitido por el Departamento de Exportación de Unomax Office Furniture Co., Ltd., que soporta el hecho de la importación de las sillas, se cuenta con un trámite de importación, en el cual el contratista ha dado plena información dentro del término del contrato, en el cual establece no sólo las condiciones adversas sino que además ha propuesto el suministro de 180 sillas, que si bien no se determina en la misma medida exacta, denota su afán de cumplir con las condiciones específicas del objeto contratado, en ánimo de reemplazar aquellas que se encuentran en proceso de importación.

Sea lo primero advertir que, la jurisprudencia y la doctrina ha determinado que el caso fortuito debe apreciarse concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero, además, el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquélla en la definición legal, relieves esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente.

En efecto, para el presente caso, es rara la consecución de elementos que integran sillas ergonómicas de condiciones especiales, con medidas especiales para muebles especiales, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico al no existir condiciones de la normal ejecución de un contrato, que al existir sillas de iguales condiciones de las contratadas hubiese podido conjurar con el abastecimiento de los mismos elementos dentro del mismo mercado nacional, asunto que por demás permite la aplicación de la teoría de la imprevisión. Pero, entre otras cosas, el hecho resulta irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquélla en la definición legal, así como de la extensa jurisprudencia del Consejo de Estado, que en sentencias como la de radicación No. 14781 de la de 11 de septiembre de 2003, y como la que se encuentra en fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 27 de febrero de 2009, Expediente 2001-03, se concluye, en relación con la fuerza mayor o caso fortuito lo siguiente:

En cada caso concreto se debe analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho, para determinar si éste constituye o no fuerza mayor o caso fortuito.

- Los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito deben ser alegados y probados por quien los invoca. Es decir, la carga de la prueba la debe soportar quien invoca tales hechos y no quien debe valorarlos.
- Debe tratarse de hechos imprevisibles e irresistibles, y por tanto sobrevinientes; esto es, que su previsión escape en condiciones normales a cualquier sujeto y no a una persona en particular, y que además de no haberse podido prever, sea imposible evitar que el hecho se presente.
- No constituyen fuerza mayor o caso fortuito los hechos que acontecen frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, pero no la imposibilita.
- Los hechos no deben ser atribuibles a la culpa, esto es, negligencia, descuido o impericia, de la persona que los invoca.

Por otra parte, el pago se pactó mediante desembolsos parciales que hitos indeterminados, pues lo que sí es cierto, es que el primer pago se efectuaría por el la entrega de 180 sillas dentro de

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

los 25 días calendario contados a partir del 18 de junio de 2013, pero ello no implica necesariamente desestimar dentro del plazo contractual la presencia de un hecho extraño como lo es la importación de elementos, pues precisamente MODERLINE S.A.S, tuvo la debida apreciación de su situación por parte de la Entidad, al tener cuenta de oficio calendado el 19 de julio de 2013, pues en dicha comunicación, el supervisor solicita justificación con soportes del caso para analizar la situación. La respuesta se realizó el día 24 de julio del corriente, determinando la situación presentada, y de otra parte, resulta plena toda justificación si se tiene en cuenta que la muestra física se inició al día siguiente de la fecha en que se aprobaron las garantías, es decir del 19 de junio de 2013 y culminó el 5 de julio de 2013, esto es 17 días calendario después de presentada la primera muestra, asunto que a todas exige un especial análisis por parte de la entidad, y así ponderar en justo derecho las circunstancias que rodean el hecho, para determinar si éste constituye o no fuerza mayor o caso fortuito, pues precisamente el contratista el hechos ha sido alegados y probados por parte de MODERLINE dentro del plazo de ejecución del contrato como un hecho imprevisible e irresistible, y por tanto sobrevinientes; esto es, que su previsión escape en condiciones normales a cualquier otra circunstancia y no a una persona en particular, y que además de no haberse podido prever, sea imposible evitar que el hecho se presente, y que en último término no es atribuible a una culpa del contratista, esto es, negligencia, descuido o impericia, de la persona que los invoca, y así pues una vez iniciado el contrato, a pesar de no haberse realizado observaciones en su momento, no determina por sí mismo que el contrato no hubiese podido ser objeto de imprevisiones o en otro caso de ser revisado con los cotejos necesarios para soportar el recibo de los bienes.

Para el presente caso, resulta importante revisar la decisión de la Entidad en contraste con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en variadas sentencias, como en la proferida el 13 de mayo de 1996 M.P Carlos Betancourt Jaramillo, establece que, en virtud del principio de economía "se adoptarán los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten", y resulta claro para el presente caso que el contratista no sólo alegó la existencia de una justa causa sino que además propuso las solución del caso, y en evidencia de lo descrito, igualmente aparece que en virtud del contrato No. 178 de 2013, establece e la Cláusula VIGÉSIMA, que: "en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del presente contrato por causas imputables al CONTRATISTA, salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito conforme a las definiciones del artículo 1º de la ley 95 de 1890, las partes acuerdan que LA ENTIDAD...", y en ello aparece visible dentro de la ejecución del citado contrato la debida justificación, que teniendo en cuenta el perfeccionamiento del contrato, es decir, desde el día 18 de Junio de 2013, tal como aparece en ACTA DE APROBACIÓN GARANTÍAS (S) DE CUMPLIMIENTO, detenta un término de 75 días calendario a partir de la aprobación de dicha garantía para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, teniendo como fecha de vencimiento el día 1 de septiembre de 2013, sin que se permita interpretar la imposición de sanción en fecha anterior al 1 de septiembre de 2013, toda vez que para dicha fecha deberá entregarse la totalidad sillas ergonómicas.

En ese orden de ideas, solicitó respetuosamente a la Entidad revisar lo decidido mediante la Resolución 5090 de 2013, pues se ha desestimado las circunstancias que rodean el hecho alegado por el contratista el día 24 de julio de 2013, pues no fue objeto de revisiones en su momento, ello no hace ineludible las circunstancias de imprevisión dentro del objeto contratado o de realizarse debida revisión con el cotejo realizado en el recibo de los bienes.

RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA HASTA EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO PARA DEL AMPARO AFECTADO

Como quiera que la Póliza de Cumplimiento que nos ocupa, contiene varias coberturas, frente al caso de la presente actuación administrativa, la responsabilidad de la aseguradora se debe limitar al monto del valor asegurado por el amparo que se pretende afectar, sin perjuicio de estimar los saldos a favor del contratista para que se compense, mediante deducción de esos saldos a favor e imputársele al valor de la eventual sanción que se le imponga por parte de la entidad.

103

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

Igualmente, es necesario precisar que en términos del Artículo 1.077 del Código de Comercio, y toda vez que el contrato de seguros es netamente indemnizatorio, deberá establecerse con precisión el monto de la cuantía a afectar, y reitero que en todos los casos debe procederse a deducir de las sumas que se encuentran a favor del contratista el monto de la sanción que se llegare a imponer, como compensación del daño en los términos contractuales así como del contrato de seguros.

DE LA DETERMINACIÓN DE PERJUICIOS

Corresponde a la entidad demostrar de forma clara y precisa, y no de manera supuesta el perjuicio causado, pues debe acreditarse el daño realmente causado, y así mismo cuantificar dichos perjuicios, pues el contrato de seguros tiene carácter indemnizatorio, y sería un contrasentido que el asegurado pretendiera sumas que no han sido constitutivas de perjuicio. Esta premisa es plenamente aplicable no solo a los contratos de seguro celebrados entre particulares, sino también a aquellos en que es parte una entidad estatal.

Ha reiterado la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, que cuando una la entidad estatal que pretende afectar una póliza de cumplimiento, por perjuicios sufridos por el presunto incumplimiento del contratista, dicho perjuicio no puede ser supuesto, sino que debe ser plenamente determinado y tasado, dado que el perjuicio o daño que se alega por el ente público debe ser plenamente demostrado, y no ser supuesto, pues el contrato de seguros no ser fuente de enriquecimiento sin causa del ente estatal, y en tal sentido se expresó la sentencia lo siguiente:

"Es así como, se reiteró una vez más que las entidades estatales no están obligadas a acudir al juez del contrato para que declare los siniestros, ya que gozan de potestad para hacerlo unilateralmente.. Incluso, la jurisprudencia se ha referido al término con que cuenta la administración para declararlo, luego de la ocurrencia del hecho que lo origina [Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840; Sección cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796]. En los anteriores términos, la Sala reiterará la tesis consolidada hasta ahora, en el sentido de que las entidades públicas pueden declarar el siniestro de las pólizas de seguros constituidas a su favor. Incluso pueden -mejor sería decir que deben-, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista. De allí que, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la decisión del tribunal, porque en su criterio la cuantía del daño sólo podrá determinarse en un proceso judicial, cuando es claro -como lo ha sostenido la Sala- que para hacer efectiva la póliza debe entenderse incluida la facultad de la administración de determinar el monto del daño, previo debido proceso, y con soporte en pruebas del hecho. De no ser así, carecería de sentido práctico y jurídico sostener que se puede declarar el siniestro, pero que no es posible indicar el monto que se debe pagar al beneficiario. Por razones obvias esta decisión incluye: i) la determinación del amparo o amparos siniestrados -cuando son varios los que cubre la póliza-, ii) las personas a cuyo cargo queda la deuda -aseguradora y/o contratista- y iii) el monto del daño, que no podrá exceder del valor asegurado en la póliza, cuando se le pretende cobrar a la compañía. En estos términos, perfectamente el perjuicio puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad estatal no podrá ordenar el pago del límite del amparo, como quiera que su perjuicio no alcanzó esa cuantía. Y en el evento de que exceda el valor asegurado, no podrá perseguir de la compañía de seguros más de lo que ésta aseguró, quedando exclusivamente por cuenta del contratista la suma que exceda lo cubierto con la póliza.

En el caso de autos, se cita a la aseguradora, pero no determina, ni demuestra cuál es el perjuicio real o que presuntamente ha sido sufrido por el Fondo Rotatorio de Ministerio de Relaciones Exteriores.

DE LA PROPORCIONALIDAD

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

La póliza de cumplimiento está encaminada a indemnizar los perjuicios que sufra el asegurado y al respecto establece:

"El amparo de cumplimiento cubre al asegurado, contra los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista, de las obligaciones emanadas del contrato garantizado."

Con relación al amparo de cumplimiento, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de noviembre de 2004, expediente 12789, ponencia del Dr SILVIO FERNANDO TREJOS expresó:

"En cambio, aparece probada la excepción relacionada con la "la reducción de la suma asegurada a la proporción equivalente a la parte cumplida de la obligación, porque en la cláusula segunda del referido contrato de seguro se estipuló que el valor asegurado "responde de los perjuicios derivados del incumplimiento de la totalidad del contrato?; por consiguiente, "si hubiere sido satisfecha parcialmente la obligación cuyo cumplimiento se afianza, la cuantía de la indemnización derivada del incumplimiento parcial se liquidará deduciendo, de la suma asegurada, la porción equivalente a la parte cumplida de la obligación (fl. 270 Cdo. ppal)"

En el caso presente, no se pudo determinar el incumplimiento in solidum, pues el hecho resulta ser remediable no solamente mediante plan de mejoramiento, y además, es un faltante parcial, y en tal sentido se debe aplicar la proporcionalidad del incumplimiento, por lo que debe hacerse valoración efectiva del supuesto daño con respecto a las condiciones del contrato.

COMPENSACIÓN

Solicito respetuosamente a la entidad que, en el evento de confirmar la decisión de imponer una sanción al contratista, en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, que se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista, y que al momento de efectuar pago al contratista se descuente las sumas que correspondan al valor de la sanción impuesta.

SOLICITUD

Conforme a los argumentos expuestos, solicito respetuosamente ante esa entidad, revocar la sanción impuesta al contratista mediante Resolución No. 5090 de 22 de agosto de 2013, y que en caso de confirmar la decisión de imponer una sanción al contratista, en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista, y al momento de efectuar pago al contratista se ordene el descuento de las sumas que correspondan al valor de la sanción impuesta."

Que una vez analizados los argumentos expuesto por parte de Moderline SAS, así como del apoderado de la Compañía de Seguros Liberty Seguros S.A. la entidad responde:

1. En cuanto a la improcedencia en la aplicación de la multa, el contrato 178 de 2013 nunca pactó ni obligó al contratista a presentar una muestra para la aprobación de sus especificaciones por parte del supervisor del mismo. Por el contrario, en la cláusula cuarta, el contrato estableció el día de la primera y segunda entrega taxativamente. Así mismo, la cláusula decima sexta del contrato estableció: "CLÁSULA DECIMA SEXTA-VERIFICACIÓN DE LA ENTREGA DE LOS BIENES: El supervisor del contrato, verificará que los bienes entregados correspondan a los ofertados por el contratista y cumplan con las normas o especificaciones técnicas (según el caso) exigidas".

De acuerdo con lo anterior, no es de recibo el argumento ya que nunca se pactó entrega de muestras, si no por el contrario la entrega de 180 sillas el día 15 de julio de 2013, las cuales debían cumplir con las especificaciones técnicas mínimas del anexo 2 del pliego de condiciones

50

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

del proceso de selección abreviada No. 004 de 2013. Se entiende que el proceso de selección que da paso al contrato, debe ser tenido como ley para las partes de forma integral.

Se puede concluir que el supervisor del contrato 178 de 2013, no generó tiempos adicionales a los pactados en el contrato ya que los mismos no estaban sujetos a la aprobación de muestra alguna.

2. Es importante recordar que el proceso de selección, tal y como lo dispone la norma, se basó en un estudio previo de mercado al cual se presentaron 8 firmas, incluida Moderline SAS y que en desarrollo del proceso de selección subasta inversa, se presentaron 10 proponentes lo que evidencia que el bien requerido por la entidad corresponde a aquellos de características técnicas uniformes ya que son múltiples las empresas que pueden suministrarlos.

Revisada la certificación anexa al recurso, emitida por G-Trade y suscrita por Miguel Alfonso Arana Reyes, no encuentra la entidad que la misma sea aplicable al caso, ya que éste es un proveedor como los demás y dentro del estudio de mercado realizado por la entidad se presentaron 8 firmas que avalaron las características, así como las 10 empresas que participaron en la subasta inversa.

3. Sostiene el contratista en su recurso que se presentó al proceso de selección porque el bien de que disponía correspondía esencialmente a los requerimientos de la entidad y cumplía la función que se había planteado, sin embargo el artículo 2.2.3 del Decreto 734 de 2012 estableció:

"Artículo 2.2.3. Contenido mínimo del pliego de condiciones. Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, cuando menos:

1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso.

2. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato.

3. Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso.

4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo.

La información a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, se presentará siempre en documento separable del pliego de condiciones, como anexo técnico, el cual será público, salvo expresa reserva.

Al pliego se anexará el proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos que sean necesarios. (...)"

De acuerdo con lo señalado en la norma anteriormente transcrita, la entidad está en la obligación de indicar en el pliego de condiciones las características y especificaciones precisas y detalladas de las necesidades, así como anexar el proyecto de minuta a suscribir, norma con la cual la entidad cumplió a cabalidad. Según lo anterior, la entidad requería el elemento descrito de forma preciso y no otro con características y especificaciones similares.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

4. Es claro que la entidad surtió durante la totalidad del proceso todas las etapas que permitieran sus modificaciones de manera conjunta con los posibles oferentes, las cuales y como se evidenció durante el mismo, se produjeron con las múltiples observaciones de las firmas interesadas, sin tener la intervención de que el bien requerido no se encontraba en el mercado.

En cuanto a la revisión de las condiciones del contrato durante su ejecución, esto es posible y aceptado por la entidad, siempre y cuando sea con la debida antelación que permita evitar contratiempos en su ejecución, evento éste que no se dio en la oportunidad debida.

5. No considera la Entidad que existan razones de hecho o de derecho que permitan justificar la demora en la entrega de los elementos adquiridos según las obligaciones por el contratista aceptadas y adquiridas mediante la suscripción del contrato de compraventa No. 178 de 2013 toda vez que el mismo en su cláusula vigésima establece: "**CLÁUSULA VIGESIMA – SANCIONES: a) MULTAS:** En caso de mora o incumplimiento parcial de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato por causas imputables al CONTRATISTA, salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito conforme a las definiciones del artículo 1° de la Ley 95 de 1980..." (Subraya fuera del texto original).

El artículo 1° de la Ley 95 de 1980 en concordancia con el artículo 64 del Código Civil establece: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público. Etc"

Así mismo, el argumento expuesto en cuanto a la demora en la importación de los elementos que permitan fabricar las sillas adquiridas por la entidad en atención a los procedimientos propios de la importación de los mismos no es de recibo para la Entidad toda vez que como lo aceptó el contratista y se dejó claro en la Audiencia Pública de asignación y distribución de riesgos y como consecuencia de ello en el pliego de condiciones definitivo, así:

"En concordancia con lo establecido por el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, y lo señalado en el artículo 2.1.2 del Decreto 734 de 2012, y el deber de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar de que tratan los artículos 27 y 28 Ley 80 de 1993, correspondientes a la "ecuación contractual" y "al equilibrio económico", se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del mismo, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos, por lo tanto, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores ha considerado que un riesgo previsible que puede generar la ruptura del equilibrio económico del contrato(s) a celebrar para la adquisición de los bienes y/o servicios objeto del presente proceso, es el riesgo comercial definido como aquél que corresponde a la actividad comercial propia del contratista y guarda relación con sus proveedores, tramitadores, subcontratistas, certificadores, etc., entre otros aspectos propios de la actividad mercantil que desarrolla.

Este riesgo se asigna al contratista en un cien por ciento (100%), quien debe precaverlo efectuando el cálculo de trámites de licencias y permisos, impuestos, tasas, contribuciones, seguros, fletes y demás elementos que inciden en el precio final de los bienes y/o servicios. La mitigación de éste riesgo depende de la gestión comercial que realice el contratista, y por lo tanto la probabilidad de su ocurrencia es imputable al contratista en el porcentaje ya mencionado. (Subraya fuera del texto original)

Además de los argumentos expuesto en la parte motiva de la Resolución 5090 de 2013 y lo señalado en la presente Resolución, no encuentra la Entidad sustento factico o jurídico que permita considerar la decisión adoptada por la administración mediante Resolución 5090 de 2013, sin embargo y como consecuencia del proceso de importación de los elementos requeridos que puedan llevar a un posible incumplimiento en la entrega definitiva de los

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013

elementos adquiridos por la entidad, sumado todo esto a la buena fe, tanto del contratista como de la Entidad, procederá el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores a prorrogar el contrato No. 178 de 2013 hasta el próximo 30 de septiembre de 2013, a su vez modificando la cláusula cuarta contractual en dicho sentido, fecha en la cual se entregará la totalidad de los bienes contratados.

Que con lo indicado en la parte motiva de la presente Resolución se entienden contestados los recursos de reposición interpuestos por la firma Moderline SAS y la aseguradora Liberty Seguros S.A.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Resuélvase el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confírmese la Resolución 5090 del 22 de agosto de 2013 conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Modifíquese el párrafo del artículo segundo de la Resolución 5090 de 2013 el cual quedará así:

PARÁGRAFO: El pago del valor aquí indicado se deberá realizar en la cuenta corriente No. 0060703019 del Citibank a nombre del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores-Fondos Comunes a más tardar el 30 de septiembre de 2013, o deducir el valor de la multa impuesta del único pago que generará el contrato No. 178 de 2013.

ARTÍCULO CUARTO: De acuerdo con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 la presente resolución queda notificada en esta audiencia.


ARTÍCULO QUINTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y contra la misma no procede ningún recurso.

ARTÍCULO SEXTO: Publíquese en el Portal Único de Contratación - SECOP www.colombiacompra.gov.co

Dada en Bogotá, D.C., a los

26 AGO, 2013

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



MARIA MARGARITA SALAS MEJIA
Secretaria General