

BOLÍVAR SÍ AVANZA
 GOBIERNO DE RESULTADOS

GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR

RESOLUCION No. 290 DE 2016 02 JUN 2016

"Por medio de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la determinación adoptada en la Resolución No. 246 de 2016"

EL SECRETARIO DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Debidamente facultado mediante Decreto de Delegación No 0124 del 04 de mayo de 2016, y en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales, en especial las que confiere el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y

CONSIDERANDO

Que el día 04 de marzo de 2016, se suscribió contrato 241 de 2016, entre la Gobernación de Bolívar y el contratista FUNDACIÓN SOCIAL CON FUTURO, entidad identificada con NIT: 823004907-9, representada legalmente por YICELA DEL CARMEN LARA CERPA y que tiene por objeto, prestar el **SERVICIO DE ALIMENTACION ESCOLAR PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FOCALIZADOS DEL AREA RURAL Y URBANA, REGISTRADOS EN EL SIMAT, COMO ESTUDIANTES OFICIALES, PARA LOGRAR EL ACCESO CON PERMANENCIA FOMENTANDO ESTILO DE VIDA SALUDABLES Y MEJORANDO SU CAPACIDAD DE APRENDIZAJE.**

Que el día 18 de abril de 2016, el equipo supervisor del Programa de Educación Escolar – PAE-presentó ante el delegado contractual informe suscrito por ADRIANO GOMEZ SENA; MARIA ADELINA CORCIONE y MAURICIO BARBOZA; en donde dan cuenta del presunto incumplimiento por parte del contratista.

Que en virtud de lo anterior, y con la finalidad de salvaguardar intereses de orden superior, cuales son los derechos de los niños, se procedió a citar a contratista y a la compañía de seguros que ampara el contrato; a efectos de iniciar proceso sancionatorio al contratista – Audiencia del Afectado, en los términos de la Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011. Las comunicaciones referidas fueron remitidas a las direcciones registradas en el respectivo correo electrónico y dirección física que aparece en el certificado de existencia y representación legal del contratista y de la compañía que ampara el contrato. La audiencia se programó para el día 28 de abril de 2016, en las instalaciones del CAD, Sala de Juntas, piso 7- Oficina Asesora Jurídica y luego del análisis de pruebas, aplazamientos por solicitud de partes, verificación de aspectos alegados, y declaraciones de saneamiento del proceso, conforme se registra en el expediente del proceso de audiencia del afectado.

El día 26 de mayo de 2016, mediante acto administrativo se resolvió

P **PRIMERO:** Declarar el incumplimiento parcial del contrato, celebrado entre el Departamento de Bolívar y la FUNDACION SOCIAL CON FUTURO con NIT: 823004907-9, representada legalmente por la señora por ZOIRIS RUIZ PUCHE cuyo objeto es: **EL SERVICIO DE ALIMENTACION ESCOLAR PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FOCALIZADOS DEL AREA RURAL Y URBANA, REGISTRADOS EN EL SIMAT, COMO ESTUDIANTES OFICIALES, PARA LOGRAR EL ACCESO CON PERMANENCIA FOMENTANDO ESTILO DE VIDA SALUDABLES Y MEJORANDO SU**

CAPACIDAD DE APRENDIZAJE y derivado de ello, se le impone una multa equivalente al 0.1 % del valor día del contrato, lo que equivale a la suma de \$61.698.138.00., la cual será descontada de las sumas que aún se le adeudan al contratista por concepto de la prestación del servicio dentro del contrato 241 de 2016.

SEGUNDO: Declarar la ocurrencia del siniestro que fue pactado en el contrato y que están amparados por la compañía de **SEGUROS SURAMERICANA DE SEGUROS** con NIT 899999143-4, mediante póliza a favor de entidades estatales **PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 0398365-1 y 1576360-2**.

ARTICULO TERCERO: Notifíquese al representante legal del contratista, así como al representante legal de la Compañía de **SEGUROS SURAMERICANA DE SEGUROS**, o a su apoderada, haciéndoles saber que contra el presente acto, procede el recurso de reposición, que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia y la decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

ARTÍCULO CUARTO: En firme esta resolución se publicará en el SECOP como lo ordena el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación.

ARTICULO QUINTO: Remítase copia de la presente resolución a la Secretaría de Educación del Departamento, como la dependencia afectada por el incumplimiento del contrato y para los fines pertinentes.

Que el apoderado del contratista FUNDACION SOCIAL CON FUTURO, presentó en su oportunidad recurso de reposición en contra del mismo acto basado en:

1. La temporalidad de la sanción de multa basada en la sentencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCION C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA de primero (01) de julio de dos mil quince (2015) Radicación: 25000-23-26-000-2007-00441-01 (38.797).
2. La *exceptio non adimpleti contractus*, en virtud de la cual, en palabras de recurrente, la administración incumplió sus deberes como contratante, al no tener las cocinas ajustadas a las disposiciones legales para poder manipular alimentos. Todo ello bajo el entendido que cuando se pretenda obtener la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal se que la administración acredite haber cumplido o haber estado presto a cumplir sus obligaciones. Para el recurrente el incumplimiento de la administración fue serio, grave y determinante por lo que se puso en una razonable imposibilidad de cumplir de manera correcta desde el principio el contrato, debiendo hacer planes de mejoramiento en todo momento.
3. Al tiempo se pronunció sobre cada uno de los cargo.

En la oportunidad se analizan los argumentos del recurrente así:

SOBRE LA NATUREZA ONTOLÓGICA DEL PROCESO SANCIONATORIO PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS.

El Consejo de Estado, ha construido una solida base jurisprudencial donde señala que la multa constituye un instrumento para constreñir o apremiarme como contratista al cumplimiento de sus obligaciones, debe la administración verificar previamente a cualquier actuación de esta naturaleza, si ya se satisfizo y superaron los hechos constitutivos de eventuales retrasos o incumplimientos parciales. De ser así, este hecho constituye un impedimento para la administración de imposición de las mismas, por cuanto, habiéndose superado las circunstancias que dan lugar a la imposición de la multa, mal puede el Estado, que esta regido por el principio de legalidad en la actuación

290
102 JUN 2016

administrativa.

La administración departamental, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, especialmente artículo 4º, numeral 4º, ha desarrollado *revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas*, ha desarrollado una labor acuciosa de verificación de las obligaciones contractuales, lo que ha devenido en el llamamiento al contratista y al garante. Al tiempo que ha ejercido, en los términos del Artículo 14º de la misma Ley, *la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato*.

En este sentido, la Sección Tercera se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar por fuera del plazo del contrato el incumplimiento del contrato, pero solo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o imponer multas. Sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que el término no limita la competencia sancionatoria. En este sentido expresó la Subsección C de la Sección Tercera –sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-, providencia que reitera la posición histórica de la Sala.

No obstante, sigue señalando la providencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Subsección C Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ (E) Bogotá D.C., Febrero trece (13) de dos mil quince (2015) Radicación: Referencia: 05001-23-31-000-1996-01171-01 (26.938) en vigencia de la Ley 1150 de 2007 cambió de sentido este mismo problema –competencia temporal- en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la Ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva "mientras esté pendiente la ejecución" del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo "durante el plazo" del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: "... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista..."

En este sentido, es menester establecer si al momento de la imposición de la sanción, estaba o no pendiente la ejecución del contrato. sobre este particular, denomando la temporalidad, es indispensable señalar que para la expedición del acto administrativo recurrido, el objeto del contrato de **SERVICIO DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FOCALIZADOS DEL ÁREA RURAL Y URBANA, REGISTRADOS EN EL SIMAT, COMO ESTUDIANTES OFICIALES, PARA LOGRAR EL ACCESO CON PERMANENCIA FOMENTANDO ESTILO DE VIDA SALUDABLES Y MEJORANDO SU CAPACIDAD DE APRENDIZAJE**, se había agotado, e incluso, la administración departamental había hecho uso de su facultad contractual desarrollando nuevo proceso de selección de operadores, ante el vencimiento del plazo contractual.

Resulta ostensible que siendo que el contrato estatal no es sempiterno, solo mientras este pendiente la ejecución del mismo, mantiene la entidad la competencia temporal para imponer las multas, siendo que este momento se agotó, es indispensable recurrir el acto por las razones aludidas y por tanto, resulta inocuo hacer rereferencia sobre los demás aspectos del recurso, siendo indispensable señalar la necesidad de reponer, por los aspectos ya analizados, por lo que el suscrito SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, en uso de las facultades delegadas por el Señor Gobernador,

RESUELVE:

PRIMERO: Reponer el acto administrativo No. 246 del 26 de mayo de 2016, y en consecuencia se deja sin efectos en todas sus partes la determinación adoptada mediante el acto administrativo aludido por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

SEGUNDO: Notifíquese al representante legal del contratista, así como al representante legal de la Compañía de SEGUROS SURAMERICANA DE SEGUROS, o a su apoderada, haciéndoles saber que contra el presente acto, no procede recurso alguno.

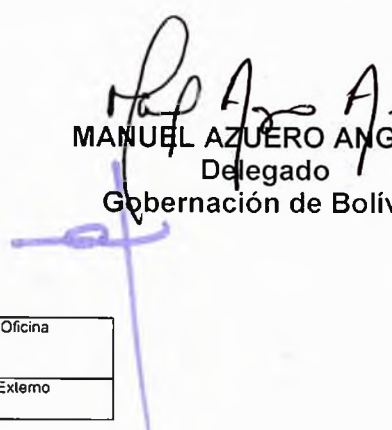
TERCERO: En firme esta resolución se publicará en el SECOP como lo ordena el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación.

CUARTO: Remítase copia de la presente resolución a la Secretaría de Educación del Departamento, como la dependencia afectada por el incumplimiento del contrato y para los fines pertinentes.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Cartagena de Indias, a los

02 JUN 2016


MANUEL AZUERO ANGULO
Delegado
Gobernación de Bolívar

Aprobó	Adriana Trucco – Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó	J. Gonzalez – Asesor Externo