

	GESTIÓN DE DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO Y PLANEACIÓN	Código: DIE-03-P-11-F-01 Versión: 03
	RESOLUCIÓN	Fecha: 27/06/2024

RESOLUCIÓN NÚMERO 541 DE OCTUBRE DE 2024

(21 DE OCTUBRE DE 2024)

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO
CONTRA LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO TOTAL DEL
CONTRATO NO: 042M/2024”

LA SUBGERENTE DE ATENCIÓN EN SALUD DE
LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E. IMSALUD
En uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO:

Que en virtud de la resolución No: 268 del 9 de junio de 2020, en concordancia con el artículo 10 del Acuerdo No: 016 de 2017, Estatuto General de la ESE IMSALUD, se delegó a los subgerentes, conforme al área respectiva, la gestión contractual de todas las fases del proceso de mínima cuantía.

Que mediante Resolución No: 536 del 18 de octubre de 2024, se asignaron funciones temporales de Subgerente Atención en Salud, a la Dra. SORIANA MARÍA TEJEDA JIMENEZ, médico general de planta de la ESE IMSALUD.

Que en ejecución del Contrato de mínima cuantía No: 042M/2024, el supervisor profirió informe solicitando aperturar proceso administrativo de incumplimiento contractual.

Que, en efecto, aperturado el proceso en comento, agotadas las respectivas etapas y salvaguardando el debido proceso, se profirió la Resolución No: 526 del 10 de octubre de 2024, “Por la cual se declara el incumplimiento total del contrato No: 042M/2024, celebrado con la empresa MEDICAL L&C SAS.”, la cual fue notificada en estrados.

Que el apoderado del contratista y del garante, oportunamente interpusieron y sustentaron el recurso de reposición contra la Resolución No: 526 del 10 de octubre de 2024, “Por la cual se declara el incumplimiento total del contrato No: 042M/2024, celebrado con la empresa MEDICAL L&C SAS.”

Que, para resolver el recurso, en primera instancia, se tienen en cuenta los argumentos esbozados:

Que el apoderado de la contratista MEDICAL L&C GROUP SAS, arguye:

**“PRIMERO: FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN
IMPUESTA AL CONTRATISTA”**

Al primer reparo, debe aclararse que en el acto administrativo recurrido No se aplicó la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA del contrato, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del Contrato \$70'257.600.

En el artículo tercero, se dispuso:

“Remitir a la oficina de Servicios Generales para que con la
coadyuvancia del Grupo de Gestión Contractual – GESCON, instauren

	GESTIÓN DE DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO Y PLANEACIÓN	Código: DiE-03-P-11-F-01 Versión: 03
	RESOLUCIÓN	Fecha: 27/06/2024

los mecanismos legales para hacer efectiva la cláusula PENAL PECUNIARIA, así como, los demás perjuicios a que haya lugar y excedan los amparos cubiertos por la póliza de seguros.”

En consecuencia, resulta inane resolver una situación que no está sujeta a una decisión administrativa sino a un fallo judicial, dentro del cual se agotarán las instancias procesales pertinentes, en la cuales podrá intervenir la contratista y ejercer su legítimo derecho de defensa y contradicción.

Ahora bien, los amparos de incumplimiento y del buen manejo del pago anticipado cubren circunstancias diferentes, tienen una vigencia y suma asegurada distinta, aunque ambos corresponden a la Garantía Única de Cumplimiento, propia de los contratos estatales.

Bajo este contexto, se precisa que el acuerdo preliminar tendiente a la reparación temporal de las centrifugas, quien asumió la contratista de manera voluntaria, espontánea y gratuita, no constituye cumplimiento parcial del contrato, lo que permitió fue hacer menos gravosa la situación y evitar mayores perjuicios a la entidad pública que ha incurrido en otros gastos para superar las contingencias derivadas del incumplimiento total.

El incumplimiento se valora y es factible aplicar el principio de proporcionalidad, en razón del cumplimiento del objeto contractual; es decir, de la entrega parcial o total de los equipos biomédicos comprados.

En el caso sub lite, se rechazaron los equipos biomédicos objeto del contrato, por NO aportar los correspondientes registros de INVIMA.

Por otra parte, la negligencia del gestor o mala asesoría en los requisitos legales, no desvirtúa el incumplimiento contractual, trámites exigidos a todos los contratistas del estado y cuyas consecuencias solo son imputables a ellos mismos.

“SEGUNDO: CONTRADICCIÓN DEL ACTO PROPIO.”

No le asiste razón al recurrente, cuando considera que los compromisos previos referidos a continuación, y ante el incumplimiento total del objeto contractual dentro del plazo estipulado, declarar previo agotamiento del debido proceso el incumplimiento contractual, constituye violación del principio de confianza legítima, mucho menos el principio de la buena.

- a) Reparación de 3 de las 16 centrifugas compradas, por iniciativa del contratista.
- b) Acceder a suspender el contrato para subsanar el requisito sine qua non del registro sanitario, previa consulta escrita al INVIMA.
- c) Cumplir parcialmente con la obligación contractual de actualizar las pólizas de seguros.

Dentro de este contexto, se trae a colación el **PRINCIPIO NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA.**

“Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.

	GESTIÓN DE DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO Y PLANEACIÓN	Código: DIE-03-P-11-F-01 Versión: 03
	RESOLUCIÓN	Fecha: 27/06/2024

PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-
Nadie puede alegar a su favor su propia culpa

La Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, a través de la cual sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está prima facie en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso.”

El impugnante omite los requisitos legales exigidos a todos los oferentes, en igualdad de condiciones, que debían cumplirse dentro del término inicial de 2 meses, prorrogado por 1 mes más a solicitud de la contratista, los cuales no cumplió dentro del plazo de ejecución como tampoco dentro de la suspensión del contrato por 90 días calendario, otorgada para los mismos fines, ni con posterioridad a la fecha de visita técnica fijada por el INVIMA; por tanto, no puede endilgar vulneración de la confianza legítima a la declaratoria de incumplimiento total del contrato, al no haber entregado, junto con los registros de INVIMA y demás requisitos legales, ninguno de los equipos biomédicos objeto del contrato.

La evidente voluntad de la entidad contratante de dirimir el conflicto suscitado de manera directa y amigable, mediante cualquiera de las alternativas propuestas, No releva en ningún modo las obligaciones contractuales, con mayor razón, estando de por medio la prestación del servicio público esencial de la salud, derecho fundamental prevalente sobre el interés particular, el cual con el transcurrir del tiempo se afecta más, generando mayores gastos y perjuicios.

“TERCERO: La ESE IMSALUD ejercitó en forma extemporánea, esto es, por fuera del término de ejecución del referido contrato, el procedimiento de INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, iniciado mediante CITACION al contratista y su garante en fecha 1 de agosto de 2024.”

No es claro el sustento de la presunta extemporaneidad, toda vez que el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, no prescribe termino alguno. Sin embargo, respecto del plazo de ejecución contractual, se retoma el cómputo para precisar que el 31 de julio de 2024, se reinició el contrato y el 5 de agosto de 2024 se suspendió nuevamente, mientras se surte el proceso administrativo de incumplimiento contractual. Por ende, durante el 1 y el 5 de agosto de 2024, el contrato estaba en ejecución.

Que el apoderado del garante, plantea:

1) “Ambigüedad en la Declaratoria de Siniestro:

En la parte motiva del acto administrativo, in extenso, se esgrimen las razones de hecho y derecho, así como las cláusulas contractuales incumplidas.

En el caso sub examine, el siniestro de incumplimiento se configura por la no entrega del 100% de los bienes comprados, junto con el aporte de sus respectivos requisitos legales, en especial, registro sanitario INVIMA.

El amparo de buen manejo del anticipo, se consolida por el pago del 50% del valor de los bienes comprados y la no entrega de los mismos, como tampoco, el reintegro del dinero.

Con respecto de las coberturas y suficiencias de las garantías, el Decreto 1082 de 2015, estipula:

Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

Artículo 2.2.1.2.3.1.10. Suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo. La Garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie. (Decreto 1510 de 2013, artículo 119)

Artículo 2.2.1.2.3.1.12. Suficiencia de la garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato. El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de smmlv, caso en el cual la Entidad Estatal aplicará las siguientes reglas: (...)

Los perjuicios corresponden a no haber puesto en funcionamiento los nuevos equipos biomédicos en las IPS recientemente adecuadas, por tanto, se tipifican riesgos en la prestación del servicio de salud, incremento en costos para atender planes de contingencia, además de que dichos equipos básicos son requeridos de manera urgente para la habilitación y/o certificación del servicio.

No obstante, énfasis en la **presunción de legalidad en la declaratoria de siniestro en el contrato estatal.**

"Por lo general, las pólizas expedidas en cumplimiento de una cláusula de garantía de un contrato estatal se rigen por el Código de Comercio. Sin

	GESTIÓN DE DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO Y PLANEACIÓN	Código: DIE-03-P-11-F-01 Versión: 03
	RESOLUCIÓN	Fecha: 27/06/2024

embargo, en estos casos se trata de un contrato de seguro con elementos sustancialmente diferentes a los celebrados por particulares, explicó el Consejo de Estado.

Una diferencia tiene que ver con la reclamación ante la aseguradora, pues la administración tiene la potestad de proferir un acto administrativo debidamente motivado en el cual declara la ocurrencia del siniestro amparado.

Como todo acto administrativo, la declaratoria del siniestro goza de una presunción de legalidad, que puede ser impugnada en sede administrativa, tanto por quien expidió el seguro como por el contratista, y que puede ser demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El Consejo aclaró que **esta prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato e incluso después de su liquidación.**

Obligatoriedad

La administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza, mediante la expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción. No obstante, esa potestad no tiene carácter sancionatorio, recordó la Sección Tercera.

En ese contexto, las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el Estado deben prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato y que sean puestas a su cargo.

Este requisito es obligatorio y de orden público, pues constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal, como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista.

De esta manera, **la cláusula de garantía puede consistir, aunque no de manera exclusiva, en pólizas expedidas por sociedades autorizadas para su funcionamiento en el país.** Su vigencia depende de su naturaleza y de lo fijado en los diferentes reglamentos, pero, en cualquier caso, no puede ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato.”¹

2) Carácter Indemnizatorio del Seguro:

No le asiste razón al recurrente por cuanto el acto administrativo limita la indemnización al monto de la suma asegurada.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020010230101(29857), mar. 27/14, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

No:	AMPAROS	VIGENCIA	%	SUMA ASEGURADA
1	CUMPLIMIENTO	Por el plazo del contrato y Seis (6) meses más.	20	\$ 70.257.600
2	BUEN MANEJO DEL ANTICIPO	Por el plazo del contrato	100	\$175.644.000

Otra cuestión diferente, es que la ESE IMSALUD no hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, tampoco puede prever los demás perjuicios que se generen en el evento de incumplir la parte resolutive de la decisión impugnada. Aspectos que serán estudiados y posteriormente, se definirán los mecanismos judiciales que deben incoarse.

3) *Indebida apreciación de las Exclusiones de Cobertura por Causa Extraña:*

Del acervo probatorio obrante, se colige indubitadamente que no se configura la fuerza mayor o caso fortuito, toda vez que, además de que el INVIMA ha surtido el trámite correspondiente dentro de los términos legales; el inconveniente se debió a no contar el contratista con el C.C.A.A, antes de presentar su oferta, en cuyo caso el registro del Invima habría sido expedito, habrían bastado dos (2) días hábiles.

La ignorancia en la normatividad colombiana o la deficiente asesoría, no consolida una causal eximente de responsabilidad, mucho menos una exclusión en la póliza de seguros.

4) *Exceso en la Exigencia de Cláusula Penal Pecuniaria:*

El incumplimiento del contratista es palmario, plenamente probado, incluso para el Juez del amparo excepcional de Tutela que el mismo contratista impetró fallidamente.

Como quiera que la cláusula penal pecuniaria no la hace efectiva la ESE IMSALUD, se reitera, será un aspecto que habrá de ser dirimido en el estrado judicial y no, en este procedimiento administrativo.

La apreciación del garante desconoce la finalidad de la Garantía única de Cumplimiento en la contratación estatal, en especial, la necesidad de recuperar el valor total del anticipo pagado al contratista incumplido para adquirir, mediante un nuevo proceso contractual, los equipos biomédicos ya comprados, al precio actual del mercado, incurriendo en nuevos gastos y con el riesgo de utilizar equipos desgastados que no corresponden a la política de renovación tecnológica y que son requeridos con inmediatez para atender visitas técnicas del IDS.

Otro aspecto fundamental radica en el costo financiero del anticipo, a partir del pago y antes de su recuperación, también los inconvenientes para liberar los recursos apropiados en un contrato incumplido y repetir la compraventa de los mismos bienes, requeridos con inmediatez y con riesgos para la prestación del servicio de salud.

Los gastos en que se ha incurrido y que continúan, además de no disponer del valor del anticipo, en la hipótesis remota de no hacer exigible la póliza de **buen Manejo del Anticipo, conllevaría inexorablemente detrimento patrimonial del erario público.**

Considerando que la póliza está vigente en el amparo de cumplimiento pero que, por las condiciones atípicas del caso, el contrato se encuentra suspendido y al reanudarse solo queda 1 día de vigencia, se hace necesario exigir la obligación contractual de actualizar el amparo del buen manejo del anticipo.

	GESTIÓN DE DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO Y PLANEACIÓN	Código: DIE-03-P-11-F-01 Versión: 03
	RESOLUCIÓN	Fecha: 27/06/2024

Las reparaciones de 3 de las 16 centrifugas compradas, no solo no fue cuantificado ni alegado por el contratista en ese sentido, sino que se planteó a título gratuito como alternativa temporal para evitar agravar los perjuicios causados.

Por otra parte, no obran en el expediente pruebas válidas del costo de los equipos biomédicos que no cuentan con registro sanitario INVIMA ni de cualquier otro esfuerzo económico de la contratista en los trámites fallidos; aún en dicho evento, no podría reconocer la entidad pública valor alguno, por cuanto se podrían considerar equipos fraudulentos, tal como lo aseveró INVIMA, tampoco le es dable al estado, reconocer dichos conceptos porque el incumplimiento es total y además de tipificarse detrimento patrimonial, se estaría por vía de compensación, (reconocimiento o deducción), incurriendo en un gasto a todas luces injustificado.

Que la contratista solicitó suspender la audiencia para el 21 de octubre, hogaño, para acreditar la CESACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO, para cuyos fines aportó CCAA y registro sanitario del INVIMA, con relación a las centrifugas.

Que, en esta instancia, se considera necesario verificar el cumplimiento en la entrega de los equipos biomédicos, para lo cual se da lectura a la certificación emanada de la Almacenista.

"Que a la fecha no se ha realizado ningún ingreso y/o recibido de los equipos biomédicos asociados al contrato No: 042M de 2024, bajo la modalidad de COMPRA DE CENTRIFUGAS Y MICROSCOPIOS PARA LA RENOVACIÓN TECNOLÓGICA DEL LABORATORIO CLINICO EN LAS UBAS E IPS DE LA ESE IMSALUD, por parte del contratista MEDICAL L&C GROUP SAS."

Que el supervisor del contrato certifica que NO hubo entrega material total del objeto contractual, es decir, 16 centrifugas y 12 microscopios led, consolidándose el incumpliendo contractual declarado.

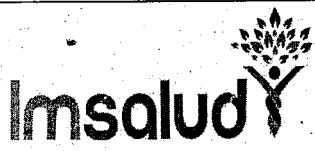
Que, en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: No REPONER la Resolución No: 526 del 10 de octubre de 2024, *"Por la cual se declara el incumplimiento total del contrato No: 042M/2024, celebrado con la empresa MEDICAL L&C SAS"*. En consecuencia, se confirma:

La declaratoria de INCUMPLIMIENTO TOTAL del contrato No: 042M/2024, celebrado con la empresa MEDICAL L & C GROUP SAS, identificada con el NIT: 901500122-4, representada legalmente por LUCY JANETH CONTRERAS DIAZ, identificada con la C.C. 1.094.835.492 de Villa del Rosario; cuyo objeto es la compra de 16 centrifugas y 12 microscopios led, para la renovación tecnológica del laboratorio clínico en las UBAS e IPS de la ESE IMSALUD, por valor de TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS. (\$ 351.288.000); por las razones, argumentos y pruebas expuestos en la parte motiva de la presente decisión administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO: El contenido del presente acto administrativo se tendrá por NOTIFICADO en estrados a la empresa contratista: MEDICAL L & C GROUP SAS, identificada

	GESTIÓN DE DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO Y PLANEACIÓN	Código: DIE-03-P-11-F-01 Versión: 03
	RESOLUCIÓN	Fecha: 27/06/2024

con el NIT: 901500122-4, representada legalmente por LUCY JANETH CONTRERAS DIAZ, identificada con la C.C. 1.094.835.492 de Villa del Rosario, y a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en condición de garante del contrato de compraventa No: 042M/2024.

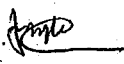
ARTÍCULO TERCERO: El presente acto administrativo presta mérito ejecutivo para los efectos legales correspondientes.

ARTÍCULO CUARTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en San José de Cúcuta, a los veintiún (21) días del mes de octubre del 2024.


SORIANA MARIA TEJEDA JIMÉNEZ
SUBGERENTE DE ATENCIÓN EN SALUD (A)

Elaboró: Judith Magaly Carvajal Contreras, Asesora Jurídica Externa. 
Revisó: Luis Fernando Leal Suarez, Asesor Jurídico Externo. 