

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

EL JEFE DE LA OFICINA JURÍDICA DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL

En uso de sus facultades legales, en especial las conferidas por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Resolución N° 0128 de 26 de enero de 2018, y

CONSIDERANDO**I. COMPETENCIA Y FUNDAMENTOS LEGALES DE LA ACTUACIÓN**

Que el artículo 11° de la Ley 80 de 1993 establece que "La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso".

Que el artículo 12° de la Ley 80 de 1993 establece que "Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes".

Que así mismo, el artículo 17 del Acuerdo Distrital 257 de 2006 reitera la facultad de las autoridades administrativas del Distrito Capital para delegar el ejercicio de sus funciones, al establecer que "Las autoridades administrativas del Distrito Capital podrán delegar el ejercicio de sus funciones a sus colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias, de conformidad con la Constitución Política y la ley, especialmente con la Ley 489 de 1998."

Que en el Decreto Distrital 607 de 2007, modificado por el Decreto 508 de 2022, determina el Objeto, la Estructura Organizacional y Funciones de la Secretaría Distrital de Integración Social y establece en los literales a) y b) del artículo 5 que: *"Son funciones de la Oficina Jurídica las siguientes: a) Orientar y conceptuar en materia jurídica al Despacho y a las demás dependencias de la Secretaría, así como rendir los conceptos y resolver las peticiones sobre los asuntos jurídicos relacionados con el sector, b) Revisar los aspectos jurídicos, los proyectos de ley, de acuerdo, decreto, resolución o cualquier otro acto administrativo que sea sometido a su consideración y que tengan relación con los asuntos de competencia de la Secretaría y la Subsecretaría".*

Que el artículo primero de la Resolución No. 0128 del 26 de enero de 2018, delegó en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica *"la competencia para adelantar el procedimiento, decidir y suscribir los actos administrativos respecto de la imposición de multas, sanciones, y declaratoria de incumplimiento y de caducidad de los contratos y/o convenios suscritos por la Secretaría, una vez se haya agotado el procedimiento que sobre la materia adelanta la Oficina Asesora Jurídica en cumplimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"*.

Que el numeral 1° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos, están obligados, entre otros, a *"(...) buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato"*.

Que, en concordancia con lo anterior, los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen lo siguiente:

"(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...).

Que el artículo 3° de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que "(...) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen (...).

Que el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia preceptúa que el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, mandato de imperioso cumplimiento para el Estado en sus distintos niveles de jerarquía y en general, para todas las ramas del poder público y organismos de control con respecto a las actuaciones que adelanten dentro de sus competencias.

Que el debido proceso en sede administrativa no sólo se refiere al respeto de las garantías procesales, sino también al acatamiento de los principios orientadores de la función pública con el fin de asegurar la correcta producción de los actos administrativos, cobijando todas las manifestaciones de la administración pública en cuanto a la formación y ejecución de los mismos, y la salvaguarda de los derechos de defensa y contradicción del ciudadano, al señalarle los medios de impugnación de los que puede hacer uso cuando estime afectados sus intereses.

Que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 "Por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos", dispone en relación con el debido proceso lo siguiente:

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

Que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal, previa aplicación del procedimiento allí establecido.

II. ANTECEDENTES DEL CONTRATO OBJETO DE LA ACTUACIÓN SANCIONATORIA

Que la Secretaría Distrital de Integración Social (SDIS) suscribió con la FUNDACION CLINICA MEGASALUD el convenio No. 8993 de 2022 cuyo objeto es: "BRINDAR ATENCION INTEGRAL INTERDISCIPLINARIA PARA PERSONAS MAYORES, A TRAVES DE LA PRESTACION DEL SERVICIO SOCIAL CENTRO DIA DEL PROYECTO DE INVERSION 7770 "COMPROMISO CON EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y UNA BOGOTA CUIDADORA E INCLUYENTE" DE LA SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACION SOCIAL.", por un valor inicial de

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$452.183.265).

Que el plazo de ejecución del Convenio se pactó por el término de CINCO MESES (5).

Que de acuerdo la naturaleza del convenio N° 8993 de 2022 y teniendo en cuenta las obligaciones que se pactaron, el asociado debía constituir una póliza que amparara los riesgos del contrato.

Que la aseguradora SOLIDARIA DE COLOMBIA expidió la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales N° 340-47-994000041174.

Que, en el numeral b de la cláusula décima del convenio, se estipuló las potestades excepcionales y la cláusula de multas de la siguiente manera:

“b. CLAUSULA SANCIÓN PENAL PECUNIARIA: El incumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud de la ejecución de este Convenio de Asociación serán sancionadas pecuniariamente previo agotamiento del debido proceso establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de conformidad con las siguientes estipulaciones: Si el incumplimiento es total o parcial, defectuoso o tardío del Convenio de Asociación, al Asociado pagará a título de cláusula penal, una suma equivalente al 20 % del valor total del convenio, a título de estimación anticipada de los perjuicios que este llegare a sufrir en caso de incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados.”

Que el seguimiento y control de la ejecución del contrato está a cargo de la Subdirección Local de Suba.

III. HECHOS QUE DIERON ORIGEN AL PRESENTE PROCEDIMIENTO

El Subdirector Local de Suba mediante oficio de fecha 13 de julio de 2023 radicado I2023020429, evidencia el incumplimiento de las obligaciones del Convenio N° 8993 de 2022 y solicita la iniciación de un proceso administrativo por presunto incumplimiento, con el fin de declarar el incumplimiento del Convenio y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, con base en los siguientes hechos:

“(…) Hecho 1: Incumplimiento por la cobertura asignada: De acuerdo con lo estipulado en el anexo técnico en las páginas 31 y 32; el cual relaciona que el asociado debe tener una cobertura/cupo de 720 participantes al mes.

En ese sentido, se ha venido evidenciado un posible incumplimiento de esta obligación a través de los reportes enviados por la Subdirección para la vejez de la SDIS teniendo en cuenta lo contenido en la base del sistema de información de beneficiarios (SIRBE), de las personas mayores en atención así: en el mes de febrero el operador contaba con un total de 403 participantes/cupos; en marzo 704; en abril 655 y en mayo 613, en consecuencia, no llenaron el cupo requerido por el anexo mencionado.

Adicionalmente, cabe anotar que, en el mes de marzo se observó un total de 151 personas mayores con una georreferenciación distinta a la UPZ priorizadas para el convenio 8993/2022; por consiguiente, se tuvo que solicitar eliminarlas, por lo que quedo un total de cupo de 553 participantes.

En vista con anterior esta subdirección procedió a requerir a la Fundación a través de los siguientes radicados con el fin de que se pronunciara al respecto:

- *Radicado 20230424-114746-353714-90023472 2023-04-24T11:50:02-05:00. - Pagina 1 de 5 de*

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

fecha 19 de abril de 2023- Requerimiento por posible Incumplimiento de obligaciones en el marco del Convenio de Asociación No 8993/2022 – Concepto Cupos Atendidos y Reporte de Asistencia Mensual.

- 20230601-165508-c66ee2-36224668 2023-06-01T19:02:21-05:00 - Pagina 1 de 6 de fecha 01 de junio de 2023-Requerimiento por posible incumplimiento de obligaciones en el marco del Convenio de Asociación No 8993/2022 – retraso en la ejecución del contrato- concepto cupos atendidos

Ante los requerimientos presentados el operador dio contestación y no sustentó de fondo la falta de cupos, por lo tanto, persiste el posible incumplimiento.

Obligaciones incumplidas**2.12. OBLIGACIONES DEL ASOCIADO****2.12.1. Obligaciones generales**

Obligación 1. *Cumplir a cabalidad los estudios previos, anexos y formatos, anexo técnico, para realizar la ejecución de éste con eficiencia y eficacia y socializarlos con todo el personal responsable de la ejecución del convenio.*

2.12.2. Obligaciones de carácter técnico**2.12.2.1. Anexo técnico componente atención integral y gestión administrativa**

Obligación 21. *Cumplir a cabalidad con todo lo descrito en el documento de Anexo Técnico.*

Obligación 1. *Cumplir a cabalidad los estudios previos, anexos y formatos, anexo técnico, para realizar la ejecución de éste con eficiencia y eficacia y socializarlos con todo el personal responsable de la ejecución del convenio.*

Obligación 3. *Disponer de todos los recursos físicos, técnicos y humanos establecidos en el Estudio Previo, Anexo Técnico, Pliego de Condiciones, Adendas y todos los documentos que hacen parte del convenio.*

Obligaciones de carácter técnico

Obligación 1. *Prestar el servicio de atención integral interdisciplinaria a las personas mayores de acuerdo con lo establecido en el documento de Anexo Técnico.*

Obligación 2. *Dar cumplimiento en su totalidad a los aportes financieros y/o en especie definidos en la presentación de la oferta correspondientes al 10% del total del convenio, durante la ejecución del convenio, de acuerdo con lo programado.*

Obligación 18. *Realizar los Encuentros generacionales e intergeneracionales de acuerdo con las condiciones y cantidades descritas en el anexo técnico.*

Obligación 20. *Implementar todas las acciones descritas en el anexo técnico que garanticen la atención integral interdisciplinaria a las personas mayores.*

Obligación 21. *Cumplir a cabalidad con todo lo descrito en el documento de Anexo Técnico*

Anexo Técnico Componente Atención Integral y Gestión Administrativa

Obligación 5. *Garantizar la vinculación del talento humano mínimo requerido para la prestación del servicio.*

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

Obligación 6. *Presentar al supervisor/interventor del convenio las hojas de vida y los soportes correspondientes que acrediten las calidades y la experiencia específica del talento humano establecido en el anexo técnico (personal mínimo requerido), a los dos (2) días hábiles de la suscripción del convenio. En caso de incumplimiento por parte del asociado en la presentación de los soportes del personal antes indicado, en el plazo señalado, se procederá a la aplicación de las sanciones contractuales correspondientes.*

Obligación 7. *Obtener la aprobación de la supervisión con antelación al cambio de talento humano requerido y ofrecidos. La solicitud de sustitución deberá informarse al menos con cinco (05) días antes de la necesidad de retiro del personal. Para el cambio deberá remitir las justificaciones correspondientes y estar acompañada de los soportes que acrediten el cumplimiento de las calidades profesionales o técnicas y la experiencia general y específica del nuevo personal, las cuales deberán cumplir con un perfil igual o superior al requerido en los pliegos de condiciones y anexos técnicos, se deberá elaborar el acta de entrega del puesto de trabajo y presentarla en el informe de gestión mensual.*

Anexo Técnico Componente Atención Integral y Gestión Administrativa - Nutrición y Salubridad

Obligación 11. *Entregar los refrigerios en las cantidades y calidad exigidas en el Anexo Técnico.*

Hecho 2: *incumplimiento por la asistencia de los participantes, con relación al total de cupos mensuales/720:*

De acuerdo al anexo técnico, la página 15 relaciona "Cada Unidad Operativa y equipo territorial atenderá grupos de mínimo 15 personas mayores, por 2 jornadas a la semana durante el mes", asimismo la página 40 estipula "La asistencia a las actividades ofertadas dentro de este servicio deberá corresponder a lo definido en el plan de atención institucional, en cumplimiento del lineamiento del servicio y de acuerdo con la capacidad de atención en cupos". Por ende, esta subdirección posee tres medios de verificación al cumplimiento de las asistencias antes mencionadas:

- a. *Base del sistema de información de beneficiarios (SIRBE),*
- b. *Lista de asistencia en físico diligenciada por el equipo multidisciplinario en territorio.*
- c. *Base de asistencia (malla) que reporta el operador.*

Como resultado de estos medios de comprobación, se vislumbra el reporte para el mes de febrero un total de 383 asistencias, para marzo, 3086; para abril 3033 y para mayo 3911. En mérito de lo expuesto, no corresponde a la meta planteada en el anexo técnico, pues el asociado debería atender un total de 5760 asistencias como derivación de las 720 personas mayores que deben generar jornada dos veces por semana durante el mes en curso.

*A continuación, se relaciona la fórmula: 720 cupos al mes * 4 semanas*2 encuentros= 5760 asistencias.*

Con ocasión al posible incumplimiento presentado por operador en relación a que no cumplieron con la totalidad de asistencias, se le remitió requerimiento mediante el siguiente radicado:

- *Radicado 20230424-114746-353714-90023472 2023-04-24T11:50:02-05:00 - Pagina 1 de 5 de fecha 19 de abril de 2023- Requerimiento por posible Incumplimiento de obligaciones en el marco del Convenio de Asociación No 8993/2022 – Concepto Cupos Atendidos y Reporte de Asistencia Mensual.*

Ante el requerimiento presentado el operador dio contestación y no sustentó de fondo la falta de asistencia, por lo tanto, persiste el posible incumplimiento.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

Obligaciones incumplidas

OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL COMPONENTE: DE ATENCION INTEGRAL Y GESTION ADMINISTRATIVA

Obligación 18. Realizar los Encuentros generacionales e intergeneracionales de acuerdo con las condiciones y cantidades descritas en el anexo técnico.

Obligación 20. Implementar todas las acciones descritas en el anexo técnico que garanticen la atención integral interdisciplinaria a las personas mayores.

Hecho 3: Incumplimiento por calidad e inocuidad de los productos alimentarios distribuidos por el operador:

Según el Anexo técnico, manifiesta en la página 24. “El suministro de refrigerios planificado para los beneficiarios de las actividades de la subdirección para la Vejez, los alimentos que componen los refrigerios, deben cumplir con lo establecido en la normatividad sanitaria vigente y las relacionadas con alimentación y nutrición, de igual forma estos alimentos deben ser de excelente calidad, cumplir con buenas prácticas de manufactura y condiciones sanitarias requeridas para cada uno de los procesos a los que son sometidos los productos que componen los refrigerios, de tal forma que permita garantizar su inocuidad”.

Mediante acta del 20 y 21 de abril se constató que los alimentos estaban contenidos en bolsas, y .eran transportados y distribuidos en carro particular, solicitado por el operador a través de plataforma digital de movilidad y no por una transportadora de alimento tal como la exige la Ley 9 de 1979 “Por la cual se dictan Medidas Sanitarias”, el Decreto 3075 de 1997 “Buenas Prácticas de Manufactura” y como se indica en la Resolución 2674 de 2013 “Por la cual se reglamenta el artículo 126 del Decreto Ley 019 de 2012 y

se dictan otras disposiciones, en el Artículo 3. Inocuidad de los Alimentos: “Es la garantía de que los alimentos no causarán daño al consumidor cuando se preparen y consuman de acuerdo con el uso al que se destina”. Y en relación a la Resolución No. 002505 DE 2004 “Por la cual se reglamentan las condiciones que deben cumplir los vehículos para transportar carne, pescado o alimentos fácilmente corruptibles” Por lo que se le hizo la respectiva observación, la cual quedó registrada mediante las actas referidas.

Asimismo, conforme con lo dispuesto en la Resolución 2674 de 2013, Artículo 3. Alimento: “Todo producto natural o artificial, elaborado o no, que ingerido aporta al organismo humano los nutrientes y la energía necesaria para el desarrollo de los procesos biológicos”.

En concordancia con lo establecido en la Resolución 2674 de 2013, Artículo 3. Medio de transporte: “Es cualquier nave, aeronave, vagón de ferrocarril o vehículo de transporte por carretera que moviliza mercancías, incluidos los remolques y semirremolques cuando están incorporados a un tractor o a otro vehículo motor.” Y en relación a la Resolución No. 002505 DE 2004 “Por la cual se reglamentan las condiciones que deben cumplir los vehículos para transportar carne, pescado o alimentos fácilmente corruptibles”.

De igual modo, se volvió a realizar visita técnica con corte a 31/05/2023, donde se verificó que, persistía la misma irregularidad manifiesta en las anteriores actas como se detalla a continuación:

Con ocasión a los 5 espacios comunitarios donde opera la Fundación Clínica MEGASALUD: Salón Comunal Alcaparros, Salón Comunal Arrayanes, Salón Comunal Lagos de Suba, Sion, Hogar Canitas sede B; se observó que los productos alimenticios continuaban siendo transportados en carro particular solicitado por el operador a través de plataforma digital de movilidad y no por un vehículo especializado en transporte de mercancías tal y como lo establece la resolución 2674 de 2013- artículo 3- Medio de transporte y la Resolución No. 002505 DE 2004 “Por la cual se reglamentan las condiciones que deben cumplir los vehículos para transportar

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

carne, pescado o alimentos fácilmente corruptibles” .

Además, se verificó que la persona que distribuyó los refrigerios a cada punto no contaba con el equipo de protección, y los llevaba en una canastilla, desconociendo así la normatividad sanitaria vigente.

En cuanto a la revisión del menú, este contenía un derivado de cereal, el cual no correspondía al día asignado (menú 4), ya que el establecido era una mogolla integral con peso de 60 gr, como indica el anexo técnico en la página 24 (...) se describen los componentes de los refrigerios que deben ser entregados por parte de los asociados a las personas mayores, de acuerdo a la programación:

REFRIGERIOS SERVICIO SOCIAL CENTRO DIA								
Componente	Menú 1	Menú 2	Menú 3	Menú 4	Menú 5	Menú 6	Menú 7	Menú 8
Bebida láctea	Avena con sabor a canela 200cc	Leche saborizada UHT 200cc	Néctar de fruta light sin azúcar añadida 200cc	Avena 200cc	Leche saborizada surtida 200cc	Avena con sabor a canela 200cc	Néctar de fruta light sin azúcar añadida 200cc	Leche saborizada surtida 200cc
Derivado cereal	Ponqué tradicional individual 60g	Croissant 60g	Pan de maíz 60g	Mogolla integral 60 g	Mantecada 60 g	Torta de queso 60g	Pan de queso 60g	Torta de zanahoria 65g
Fruta	* Fruta de cosecha							
NOTA: La alimentación debe asegurar la ingesta necesaria a nivel proteico, calórico teniendo en cuenta <u>la variedad</u> para garantizar que el menú cuente con los requerimientos de esta población, según lo descrito en este ítem. De acuerdo a la necesidad de la población.								

Por otra parte, también se encontró que el rotulado de la bolsa del alimento indicaba pan blanco de 20 gramos y su contenido era una mogolla de 60 gramos, esto fue verificado en acta el 01 de junio del presente año a través de la nutricionista de la entidad.

Para finalizar se informa que aun así con esas características presentadas, el proveedor suministró a los participantes el refrigerio sin previa autorización del supervisor del contrato.

Por lo expresado, se envió requerimiento por posible incumplimiento a través del radicado No. 20230607-091853-5813f2-68497008 2023-06-07T09:19:17-05:00 - Pagina 1 de 5 de fecha 02 de junio de 2023.Del cual el proveedor subsanó conforme al acta de verificación hasta el 16 de junio de 2023.

Obligación incumplida

OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL COMPONENTE ATENCION INTEGRAL Y GESTION ADMINISTRATIVA - NUTRICION Y SALUBRIDAD

Obligación 11: Entregar los refrigerios en las cantidades y calidad exigidas en el Anexo Técnico “(...) El total de refrigerios a entregar durante la vigencia corresponde al número de personas atendidas en dicho servicio, por la cantidad de encuentros generacionales de personas mayores.

El suministro de refrigerios planificado para los beneficiarios de las actividades de la subdirección para la Vejez, los alimentos que componen los refrigerios, deben cumplir con lo establecido en la normatividad sanitaria vigente y las relacionadas con alimentación y nutrición, de igual forma estos alimentos deben ser de excelente calidad, cumplir con buenas prácticas de manufactura y condiciones sanitarias requeridas para cada uno de los procesos a los que son sometidos los productos que componen los refrigerios, de tal forma que permita garantizar su inocuidad.(...)” Pág. 24. (ESTRUCTURA ANEXO TÉCNICO COMPONENTE ATENCIÓN INTEGRAL Y GESTIÓN ADMINISTRATIVA CENTRO DIA).

Hecho 4: Incumplimiento por retraso en la operación del servicio:

Teniendo en cuenta las hojas de vida presentadas por el operador para validación de los requisitos y experiencias, de acuerdo con lo establecido en el anexo técnico página 27 “El asociado deberá presentar a la supervisión del convenio las hojas de vida de las personas

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

naturales previstas por cada uno de los perfiles, de una manera organizada y clara. De tal forma que le permita a la Subdirección tener la capacidad de verificar el cumplimiento de los requisitos de estudio y experiencia requeridos para iniciar la operación del servicio", se informa que, al inicio de la operación se dieron constantes devoluciones de las mismas, siendo estas un total de siete (7), sustentadas a través de correos electrónicos, porque no cumplían con los requisitos mínimos.

De esta manera, se evidenció que la atención a las personas mayores inició el 20 de febrero, es decir, 24 días calendarios posterior a la firma de acta de inicio, y esta debía ser 15 días calendarios posterior a la fecha de inicio tal como lo especifica el anexo técnico mencionado.

Asimismo, se identificó la confirmación del enunciado anterior en respuesta emitida por el asociado el día 26 de abril del presente al requerimiento (19 de abril de 2023), en el que manifiesta: "La Fundación Clínica MEGASALUD inicio proceso de atención a la población por medio de los encuentros intergeneracionales el día 20 de febrero en los puntos de Aures II y Comuneros, en el mes de marzo inicio con los puntos de atención de Lombardía, Flores, Lagos de Suba, Puertas del Sol (Se unifico con Comuneros a finales de marzo), Telecom/Arrayanes, Alcaparros, Canitas 2, Canitas 3 y SION, teniendo en total 12 puntos de encuentro", generando un atraso en las operaciones.

Por lo referido, se envió requerimiento por posible incumplimiento a través del Radicado 20230424-114746-353714-90023472 2023-04-24T11:50:02-05:00 - Pagina 1 de 5 de fecha 19 de abril de 2023.

Obligación incumplida**OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL COMPONENTE: DE ATENCION INTEGRAL Y GESTION ADMINISTRATIVA**

Obligación 1. Prestar el servicio de atención integral interdisciplinaria a las personas mayores de acuerdo con lo establecido en el documento de Anexo Técnico.

Obligación 20. Implementar todas las acciones descritas en el anexo técnico que garanticen la atención integral interdisciplinaria a las personas mayores.

Hecho 5: *incumplimiento por atención integral interdisciplinaria; como se estipula en el anexo técnico en la página 15 (...) "Estos encuentros deberán desarrollarse dos veces por semana con cada grupo de participantes (15 a 30 personas mayores, dependiendo del espacio y cumpliendo el estándar en donde se precisa que por cada 15 personas debe estar en responsabilidad un profesional, técnico, tecnólogo o sabedor del equipo" (...); sin embargo, se identificó en visita de acompañamiento técnico de fecha 26 de mayo que, en el Salón Comunal Alcaparros se encontraban dos profesionales atendiendo a un grupo de 45 participantes, el 31 de mayo de 2023 se observó en el salón comunal Alcaparros, una participación de 48 personas, cuya actividad estaba a cargo de dos (2) profesionales y en el salón comunal Lagos de Suba el encuentro generacional se vislumbró la participación de 28 personas, y estaba dirigido por (1) un profesional. En consecuencia, los profesionales a cargo no eran los suficientes para atender a las personas mayores, tal como se relacionó con anterioridad.*

Por lo mencionado anteriormente, se envió requerimiento por posible incumplimiento a través del radicado: 20230608-094246-bb1b18-06990770 2023-06-08T09:43:05-05:00 - Página 1 de 5 fecha de 08 de junio.

Así mismo el 16 de junio de 2023, en el Salón Comunal Alcaparros persistió el hallazgo, ya que en el encuentro generacional estaba a cargo de un profesional con 38 personas mayores, por lo que estas situaciones afectan la calidad e integralidad del servicio.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

Obligación incumplida**OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL COMPONENTE DE ATENCION INTEGRAL Y GESTION ADMINISTRATIVA:**

Obligación 5: Garantizar la vinculación del talento humano mínimo requerido para la prestación del servicio.

Obligación 18. Realizar los Encuentros generacionales e intergeneracionales de acuerdo con las condiciones y cantidades descritas en el anexo técnico.

Hecho 6: Presunto incumplimiento en Gestión del Talento Humano;

Según el anexo técnico plantea qué: "En caso de ausencia del personal el asociado debe estar en capacidad de suplir dicha ausencia en máximo 2 días hábiles. La persona que reemplaza deberá cumplir o superar los requisitos de las personas inicialmente ofrecidas y su vinculación al proceso de atención. En todos los casos el personal debe ser aprobado por la supervisión o equipo técnico de la Subdirección para la Vejez previa revisión del cumplimiento de requisitos." En vista de ello, se identificó que la Fundación Clínica MEGASALUD mediante correo enviado por el departamento de Talento humano el día 26 de mayo reportó la renuncia de los dos Sabedores Mayores, sin embargo, no lo notificó dentro de los tiempos establecidos por el anexo técnico, sino que observando que el primer profesional renunció a su contrato el 11 de mayo y hasta el 26 de mayo fue reportado al supervisor e iniciando actividades éste hasta 01 de junio de 2023.

El segundo profesional, renunció a su contrato el 23 de mayo del presente, y se reportó la novedad hasta el 26 del mismo mes y es hasta al 02 de junio inició actividades. Finalmente, el asociado no cubrió la ausencia de los perfiles relacionados en los tiempos establecidos por consiguiente afectó la calidad e integralidad del servicio, e incumpliendo los tiempos establecidos en el mismo anexo.

Por consiguiente, se envió requerimiento por posible incumplimiento a través del radicado: 20230608-094246-bb1b18-06990770 2023-06-08T09:43:05-05:00 - Pagina 1 de 5 fecha de 08 de junio.

Obligación incumplida**OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL COMPONENTE: ATENCION INTEGRAL Y GESTION ADMINISTRATIVA**

Obligación 5. Garantizar la vinculación del talento humano mínimo requerido para la prestación del servicio

Obligación 7. Obtener la aprobación de la supervisión con antelación al cambio de talento humano requerido y ofrecidos. La solicitud de sustitución deberá informarse al menos con cinco (05) días antes de la necesidad de retiro del personal. Para el cambio deberá remitir las justificaciones correspondientes y estar acompañada de los soportes que acrediten el cumplimiento de las calidades profesionales o técnicas y la experiencia general y específica del nuevo personal, las cuales deberán cumplir con un perfil igual o superior al requerido en los pliegos de condiciones y anexos técnicos, se deberá elaborar el acta de entrega del puesto de trabajo y presentarla en el informe de gestión mensual.

Hecho 7: Posible Incumplimiento en Ambientes Adecuados y Seguros en relación a los elementos de aseo institucional para la estrategia Centro Día al Barrio, el cual consta así en anexo técnico: 3 de 3 Componente Dotación, Seguridad y Gestión Ambiental pág. 29. "se

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

requiere según especificación 50 rollos mensuales por Equipo Territorial tipo 2.3.4 y 5 estrategia de Centro Día al Barrio, disponibilidad diaria en las actividades. Por 5 meses.” Con ocasión a lo mencionado, se procedió a realizar visita técnica el día 31 de mayo del presente, soportando en acta de la misma fecha, se evidenció que estos espacios del salón comunal Alcaparros, Telecom Arrayanes, Lagos de Suba, hogar geriátrico Sion y Canitas sede B, no contaba con papel higiénico triple hoja, metraje mínimo de 25 metros, color blanco, acolchado, según anexo técnico Tabla 23 que deben estar dispuestos para las personas mayores asistentes a los encuentros generacionales.

En tanto, se envió requerimiento por posible incumplimiento a través del radicado: 20230608-094246-bb1b18-06990770 2023-06-08T09:43:05-05:00 - Pagina 1 de 5 fecha de 08 de junio.

Obligación incumplida

OBLIGACIONES GENERALES

Obligación 3. Disponer de todos los recursos físicos, técnicos y humanos establecidos en el Estudio Previo, Anexo Técnico, Pliego de Condiciones, Adendas y todos los documentos que hacen parte del convenio.

OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL COMPONENTE: ATENCION INTEGRAL Y GESTION ADMINISTRATIVA

Obligación 13. Cumplir a cabalidad con todo lo descrito en el documento de Anexo Técnico

Hecho 8: Posible Incumplimiento Presupuestal, como se denota en el Clausulado Convenio de Asociación No. 8993-2022 para el Numeral e. Recursos No Ejecutados: “El supervisor del convenio no reconoce el desembolso de rubros que carezcan de soportes financieros previstos para la ejecución del convenio de asociación, lo cual constituye una circunstancia totalmente diferente a los descuentos por novedades (costos variables), así como, cuando los rubros sean ejecutados por valor inferior al promedio establecido para el periodo de ejecución, de acuerdo con la estructura de costos, esta diferencia es definida como recurso no ejecutado dentro de la liquidación mensual de cupos.” En consecuencia, de ello, el efecto presupuestal sobre el incumplimiento del convenio es la disposición de recursos pendientes por ejecutarse, que estaban programados según estructura de costos para la atención de la población objetivo del convenio, refrigerios y bienes consumibles para sus actividades, que no logró ejecutarse en un 100%.

A continuación, se relacionan los porcentajes físico y financiero del convenio:

	PORCENTAJ E DE EJECUCIÓN FISICO	PORCENTAJE DE EJECUCIÓN FINANCIERA
ENERO	3%	0%
FEBRERO	28%	3%
MARZO	43%	23%
ABRIL	63%	43%
MAYO	83%	63%
JUNIO (ESTIMATIVO)	100%	83%

Para el mes de junio que corresponde a 26 días de pago (último pago) se estima que el porcentaje de ejecución físico sea del 100% y el porcentaje financiero se acerque al 83%, pero estos valores son estimativos dado que no se ha realizado el último pago, que nos permita hacer

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

el cálculo exacto.

De acuerdo a los rubros ejecutados hasta el mes de mayo del 2023 y según estructura de costos, por parte de la SDIS se ejecutó un valor de \$284.205.354 y por parte del ASOCIADO un valor de \$17.209.736, para un total de \$284.205.354, que corresponde al 63% de lo ejecutado financieramente.

Queda un valor total pendiente por ejecutar de \$167.977.911, el cual no podrá ser ejecutado en su totalidad, ya que solo tienen pendiente 26 días de pago del mes de junio y un pendiente por ejecutar financieramente de aproximadamente el 37%. Cabe mencionar, que estos valores se pueden reducir cuando se realicé el último pago en el mes de Julio del 2023. Este incumplimiento a nivel presupuestal genera que queden recursos pendientes por ejecutar, y que ya no serán ejecutados por este convenio y posteriormente tendrán que reinvertirse.

Para el caso de los refrigerios, se identifica la siguiente actuación del asociado:

	Número de refrigerios entregados al mes de acuerdo a las asistencias	Valor pagado en refrigerios por la SDIS	Valor pagado en refrigerios por el ASOCIADO	Total
ENERO	0	\$0	\$ 0	\$ 0
FEBRERO	383	\$ 819.346	\$ 632.990	\$ 1.452.336
MARZO	3086	\$ 6.601.829	\$ 5.100.283	\$ 11.702.112
ABRIL	3033	\$ 6.488.446	\$ 5.012.689	\$ 11.501.135
MAYO	3911	\$ 8.366.738	\$ 6.463.774	\$ 14.830.512
		\$ 22.276.359	\$ 17.209.736	\$ 39.486.095

El valor para los refrigerios según estructura de costos es de \$ 103.749.120 para ejecutarse en los 5 meses, de los cuales, el 56,4157% es ejecutado por la SDIS y el 43,5843% es ejecutado por el ASOCIADO, que corresponden a un valor de \$ 58.530.793 para la SDIS y \$ 45.218.327 para el ASOCIADO.

Hasta el mes de mayo, el valor pagado en refrigerios por la SDIS fue de \$ 22.276.359, que corresponde al 38% de lo ejecutado para este rubro, con un valor pendiente por ejecutar de \$36.254.434.

En cuanto al el valor pagado en refrigerios por el asociado fue de \$ 17.209.736 que corresponde al 38% de lo ejecutado para este rubro, con un valor pendiente por ejecutar de \$28.008.591.

Cabe mencionar que faltan 26 días por pagar en el mes de julio del 2023 y estos valores pendientes por ejecutar no se utilizarán en un 100%, de allí proviene el incumplimiento en cuanto a la cantidad de refrigerios entregados y pagados.

Obligación incumplida

OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL COMPONENTE: DE ATENCION INTEGRAL Y GESTION ADMINISTRATIVA.

Obligación 2: Dar cumplimiento en su totalidad a los aportes financieros y/o en especie definidos en la presentación de la oferta correspondientes al 10% del total del convenio o al porcentaje que se haya comprometido el asociado en su oferta económica, durante la ejecución del convenio,

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

de acuerdo con lo programado. (...)"

IV. TRAMITE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Mediante informe de fecha 13 de julio de 2023 radicado I2023020429, la Subdirección Local de Suba, evidenció el incumplimiento de las obligaciones del Convenio No. 8993 de 2022, y recomienda la iniciación de un proceso administrativo por presunto Incumplimiento de las obligaciones del convenio.
2. El día 31 de julio de 2023, se remitieron las citaciones con radicado S2023135715 y S2023135716 al asociado y a la aseguradora, con el fin de dar inicio al proceso administrativo sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011, fijando como fecha de audiencia el día 9 de agosto de 2023.
3. Que el 9 de agosto de 2023, se dejó constancia de la no comparecencia de la aseguradora y en aras de garantizar el derecho de defensa de esta, se fijó como fecha para la diligencia el día 18 de agosto de 2023.
4. El día 18 de agosto de 2023, se realizó la presentación de las circunstancias de hecho que motivan la actuación administrativa sancionatoria, así como las normas y cláusulas posiblemente vulneradas y las consecuencias que puedan derivarse del incumplimiento del Convenio N° 8993 de 2022. De igual forma se recibieron los descargos del contratista y de la aseguradora. Así mismo se aportaron y solicitaron pruebas por parte de las partes intervinientes.
5. El día 22 de agosto de 2023, la FUNDACION CLINICA MEGASALUD, mediante correo electrónico, allegó como pruebas dentro del proceso sancionatorio las decretadas en sesión de audiencia del 18 de agosto de 2023.
6. De conformidad con lo anterior, fueron agotadas todas las etapas establecidas en el proceso administrativo sancionatorio, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

V. DESCARGOS**5.1 DESCARGOS PRESENTADO POR EL ASOCIADO**

La Entidad procede a realizar un resumen de los aspectos más relevantes de los descargos presentados por el asociado en la sesión de Audiencia del día 18 de agosto de 2023.

5.1.1 DEL INICIO TARDIO DEL CONTRATO Y SUS CONSECUENCIAS

Adujo el asociado que por circunstancias desconocidas el convenio inicio su ejecución 2 o 3 meses después de la firma del mismo, lo que afectó el componente del talento humano, pues la fundación realiza una convocatoria del talento humano que se requiere para la prestación de los servicios, y en ese orden de ideas, se presentó una espera de casi 3 meses, periodo en el cual el talento humano notificó en algunos casos que ya no estaban disponibles para ejecutar el cargo, y en este orden de ideas, la fundación volvió a hacer convocatoria para cubrir las novedades de los cupos pertinentes que corresponde a cada uno de los cargos que se debían ejecutar.

5.1.2 DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Manifestó el asociado que frente al presunto incumplimiento de la asignación de cupos, lo primero que se debe señalar es que el convenio tenía para ejecutar 720 personas en total y para el mes de marzo, la fundación había radicado y/o cargado en el SIRBE 704 personas, esto como a través de búsqueda activa de los usuarios, trabajo que fue realizado única y exclusivamente por parte de la sociedad, dado que por parte de la Subdirección no se prestó apoyo para la identificación de la población a atender.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

De otra parte se señaló que frente a las asistencias a los encuentros generacionales algunos de los participantes, por diversas razones tales como temas personales, temas climáticos y demás considerables, en algunas ocasiones tenían una inasistencia que fue reiterativa, sin embargo, se adoptaron estrategias tales como seguimiento telefónico por parte del operador, medios comunicativos como volantes, comunicaciones a través de WhatsApp, y demás para poder hacer una convocatoria y hacerles la invitación a los encuentros en los cuales permitieran cumplir con el cupo requerido en el Convenio de los participantes.

En ese orden de ideas, cumpliendo hasta el último mes de ejecución, se lograría casi una ejecución de un 85% del total del convenio, pues garantizando la prestación del servicio y presentando las estrategias que tenía la Fundación Clínica mega Salud para el Desarrollo del Convenio.

5.2 DESCARGOS PRESENTADOS POR LA ASEGURADORA

La Entidad procede a realizar un resumen de los aspectos más relevantes de los descargos presentados en Audiencia del 18 de agosto de 2023.

5.2.1 AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTOS GRAVES

Señaló el apoderado de la aseguradora que en el caso bajo estudio se presenta la ausencia de incumplimientos graves que hayan afectado gravemente al objeto contractual. Advirtió que los presuntos incumplimientos imputados al contratista no son graves ni afectaron de manera directa la ejecución del Convenio de Asociación, de modo tal que no se ha causado perjuicio alguno a la entidad contratante, lo que torna imposible la aplicación de la cláusula penal, Así las cosas, indicó que para aplicar la cláusula penal y/o cualquier otra potestad de exorbitante es necesario la acreditación de una posible afectación grave del servicio que se preste. No obstante, se evidencia que los presuntos incumplimientos no afectan en lo absoluto la ejecución del contrato, por el contrario, se evidencia que el Convenio se ha venido ejecutando en su totalidad.

5.2.2. NO ACREDITACION DE PERJUICIOS

Manifestó el apoderado que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que se pacta en caso de incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes y se encuentra prevista en el artículo 1592 del Código Civil, de igual manera expuso la línea jurisprudencial respecto de la cláusula penal y concluyó que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que si bien libera la parte cumplida de acreditar su ocurrencia y cuantía, esto no supone que se imponga sin la existencia de perjuicios.

Adujo que la naturaleza de la filosofía de la cláusula penal es la de indemnizar los perjuicios causados por un incumplimiento parcial o total de las obligaciones y aún sin que sea necesario acreditar su ocurrencia y cuantía, al ser una tasación anticipada de perjuicios debe acreditarse al menos la existencia del perjuicio de modo contrario, estaría desconociendo la naturaleza indemnizatoria de esta estipulación contractual, aunado a lo anterior para el Consejo de Estado, la imposición de la cláusula penal procede ante un incumplimiento severo y grave de las obligaciones.

Indicó que, conforme a lo anterior, se tiene que la cláusula penal solo es procedente por incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales y en la misma medida en el evento de que exista un perjuicio a la parte cumplida.

Anticipó que no se vislumbra ningún perjuicio en la medida que, si bien se contempló atención de 720 personas, no es menos cierto que la ejecución financiera del contrato dependía de las personas efectivamente atendidas conforme a la cláusula sexta del Convenio, que refiere *“la Secretaría Distrital de integración social realizará el desembolso al asociado en Mensualidades vencidas de acuerdo al servicio prestado, de conformidad con los costos fijos, variables y costos*

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

por realización". Así pues, es clara la ausencia de perjuicios causados a la Secretaría Distrital de integración social en el presunto asunto, pues desembolsó al contratista únicamente lo efectivamente ejecutado y prestado.

5.2.3. HECHO DE UN TERCERO

De otra parte, el apoderado de la compañía aseguradora refirió que los presuntos incumplimientos ni siquiera le son imputables al asociado, sino a los terceros beneficiarios del Convenio, quienes no están obligados a asistir a las actividades brindadas en virtud de aquel.

Reiteró que los presuntos incumplimientos no han afectado gravemente al objeto contractual ni el interés público que se pretende asegurar con la contratación, considerando que el objeto contractual es "BRINDAR ATENCION INTEGRAL INTERDISCIPLINARIA PARA PERSONAS MAYORES, A TRAVES DE LA PRESTACION DEL SERVICIO SOCIAL CENTRO DIA DEL PROYECTO DE INVERSION 7770 "COMPROMISO CON EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y UNA BOGOTA CUIDADORA E INCLUYENTE" DE LA SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACION SOCIAL." y precisamente dicho objeto se ha cumplido a cabalidad, pues como bien lo reconoció el supervisor en su informe, mensualmente se ha venido prestando el servicio a la población a la que se dirige el Convenio, esto es, a personas mayores que necesitan beneficiar del programa a través de su contratista, la Fundación Clínica mega Salud. Así pues, aun cuando presuntamente no se hubiese cumplido con los cupos previstos esto en lo absoluto puede ser imputable al contratista, toda vez que si bien la entidad contratante, previó recursos técnicos y financieros para atender un total de 720 personas, resulta imposible para el contratista culminar e incluso forzar a las personas a que acudan al servicio prestado por éste, sobre el particular, resulta importante recordar uno de los principios generales del derecho denominado nadie está obligado a lo imposible y en este caso, si se hace evidente la imposibilidad de que la Fundación Clínica Mega Salud, obligue a los destinatarios del programa a asistir.

5.2.4. PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION

El apoderado de la aseguradora señaló que la entidad dejó de aplicar la proporcionalidad frente a la cláusula penal que se pretende imponer. Entonces es importante precisar que en evento en que se llegue a comprobar un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, resulta forzoso a la aplicación del principio de proporcionalidad a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que se aplican sobre el particular. Indicó que el artículo 44 de la ley 1437 de 2011 dispone que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autorice, proporcional a los hechos que le sirven de fundamento. De igual manera, adujo que el artículo 1596 del Código Civil y el artículo 87 del Código de Comercio hacen referencia al principio de proporcionalidad y su aplicación.

De otra parte, señaló que en el informe de supervisión no se detalló, en cada una de las obligaciones presuntamente incumplidas, cuál era su porcentaje de ejecución, ni los días de retraso, por medio de los cuales se podría tasar proporcionalmente la cláusula penal que está contemplada en el Convenio. Por lo anterior, se vislumbra una falencia o vacío en el informe de supervisión respecto a la proporcionalidad de la cláusula penal, pues están pretendiendo imponer la totalidad de la cláusula penal cuando es evidente que el Convenio sea venido cumpliendo a cabalidad.

5.2.5. DESEQUILIBRIO DEL CONTRATO

Destacó el apoderado de la aseguradora que en el presente asunto existe una solicitud elevada por el contratista con relación a un presunto desequilibrio contractual con relación a los precios que se estipularon en el Convenio. Como bien lo anticipó la apoderada del contratista, el Convenio inició su proceso de contratación el año pasado y se tomaron como base los precios del año pasado. Sin embargo, se empezó a ejecutar hasta este año, es decir, no se tuvo en

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

cuenta el aumento de precios anuales a los elementos del contrato en este, en este sentido, el contratista elevó solicitud con relación a que la entidad solventara ese posible desequilibrio contractual, sin embargo, está no ha sido contestada por la entidad. Por lo anterior también existe un incumplimiento por parte de la entidad pública al desatender y no imponer medidas de saneamiento con respecto al desequilibrio ante el evidente desequilibrio contractual con relación al aumento de precios.

5.2.6. NO CONFIGURACION DE LA OBLIGACION INDEMNIZATORIA DE LA ASEGURADORA

Indicó el apoderado que, con respecto a la póliza, vemos que en este caso no se configuró la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora, al no haberse acreditado el riesgo asegurado. Al revisar las condiciones generales de la póliza, en el numeral 1.2 está especificado qué es lo que cubre el amparo de cumplimiento del contrato, en donde se establece que el amparo de cumplimiento del contrato cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como es su cumplimiento tardío, su cumplimiento defectuoso cuando ellos son imputables al contratista, garantizando los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra cuando el contrato no prevé entregas parciales, además de sus riesgos, esta comprende el pago del valor de las multas y la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado, como se dijo anteriormente, los presuntos incumplimientos para nada pueden ser imputables al contratista.

Por otro lado, adujo que también se evidencia que se configura una de las exclusiones de la póliza, que es la contemplada en el numeral 2.1 de las condiciones generales que es causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito. El hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima por las situaciones ya mencionadas, esto es, que los presuntos incumplimientos son imputables a terceros.

Así mismo, el apoderado solicitó subsidiariamente que se tenga en cuenta el límite de la suma asegurada contemplado en la póliza con relación al amparo de cumplimiento que asciende a al valor \$90.436.653 En este sentido, pues este es el límite de la obligación indemnizatoria cargo de mi representada en los anteriores términos de uso.

VI. CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD**6.1 ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA**

Teniendo en cuenta que los argumentos presentados por el asociado se reducen al cumplimiento de las obligaciones, esta Oficina procederá a analizar cada uno de los presuntos incumplimientos de la siguiente manera:

A. Hecho 1: Incumplimiento por la cobertura asignada: De acuerdo con lo estipulado en el anexo técnico en las páginas 31 y 32; el cual relaciona que el asociado debe tener una cobertura/cupo de 720 participantes al mes.

Frente al hecho N° 1 la supervisión del convenio sostuvo que el asociado no llenó el cupo requerido por el anexo pues para el mes de febrero el operador contaba con un total de 403 participantes/cupos; en marzo 553; en abril 655 y en mayo 613, al respecto la estructura anexo técnico componente atención integral y gestión administrativa centro día, en su numeral 2.4.1.1, señala lo siguiente:

“El proceso de Identificación de población objetivo lo realiza el asociado de manera constante durante cualquier momento de la operación. Esta actividad debe ser realizada por el equipo interdisciplinario del asociado a partir de los procesos de identificación de las personas mayores basados en las siguientes herramientas: a) Feria de servicios o recorridos territoriales. b) Solicitud de entidades Distritales u actores interesados. c) Referenciación recibida de otras

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

áreas de la entidad. d) Presentación directa del interesado en la Unidad Operativa o requerimiento. e) Divulgación del Servicio Social Centro Día. **La SDIS entregará la población prioritaria susceptible de ser activada en el servicio a través de la operación prevista por las localidades, la cual ya viene siendo atendida en el servicio y a quien se le dará continuidad.** El asociado deberá organizar, activar en estado en atención en el sistema de información SIRBE y convocarse para la participación en los encuentros generacionales de acuerdo a la programación. **El asociado adicionalmente focalizará la población a atender, a partir de la identificación de los cupos disponibles, posteriores a la recepción de la información que sea entregada por la SDIS,** el ejercicio de identificación se mantendrá durante la operación del proceso de atención activando a las personas que requieran el servicio (de acuerdo con los cupos) o reemplazando aquellas que por algún motivo egresaron del servicio. El asociado deberá articular acciones, para garantizar la convocatoria y/o gestión de espacios con juntas de acción comunal, organizaciones sociales y culturales, comunitarias, institucionales u otras."

En concordancia con lo anterior, se observa que el proceso de identificación e ingreso al servicio se realiza de manera constantes durante cualquier momento de la operación del servicio, por lo cual no resulta acertado señalar que el asociado debía obligatoriamente cumplir con los 720 cupos destinados en el convenio de asociación, en este orden de ideas, también resulta pertinente señalar que el mismo convenio de asociación establece que el pago de la prestación del servicio se realizará de acuerdo con el servicio efectivamente ejecutado, así lo señala la cláusula 6° del Convenio, que reza:

*"La Secretaría Distrital de Integración Social realizará el desembolso al ASOCIADO, en mensualidades vencidas, **de acuerdo al servicio prestado de conformidad con los costos fijos, variables y costos por realización,** previa presentación por parte del asociado de los informes descritos en el anexo técnico y recibo a satisfacción por parte del supervisor del convenio."*

En ese orden de ideas y después de una revisión armónica del convenio, se concluye que si bien el objeto de convenio consiste en brindar la atención integral interdisciplinaria para personas mayores, a través de la prestación del servicio social centro día para 720 cupos de la UPZ Rincon de la localidad de Suba, esto no implica que el contratista se encuentre obligado a cubrir los 720 cupos georeferenciados, pues si bien tiene el deber de buscar activamente los participantes beneficiarios para la prestación de servicio, también es cierto que en aplicación del principio *"Impossibilium nulla obligatio"* que traduce a lo imposible, nadie está obligado, no es posible endilgar dicho incumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que la inscripción depende de la voluntad de los participantes.

B. Hecho 2: incumplimiento por la asistencia de los participantes, con relación al total de cupos mensuales/720:

Adujo la supervisión que de acuerdo al anexo técnico, *"Cada Unidad Operativa y equipo territorial atenderá grupos de mínimo 15 personas mayores, por 2 jornadas a la semana durante el mes"*, la supervisión evidenció que el reporte para el mes de febrero un total de 383 asistencias, para marzo, 3086; para abril 3033 y para mayo 3911, lo que no corresponde a la meta planteada en el anexo técnico, pues el asociado debería atender un total de 5760 asistencias como derivación de las 720 personas mayores que deben generar jornada dos veces por semana durante el mes en curso.

Al respecto se debe señalar que como se indicó en el punto anterior, el Convenio no establece expresamente que el contratista este obligado a atender los 720 cupos designados para la UPZ correspondiente, por lo cual este incumplimiento deriva directamente del hecho anterior y en consecuencia correrá la misma suerte del anterior, pues al no contar con los 720 cupos es imposible cumplir la meta establecida de 5760 asistencias.

C. Hecho 3: Incumplimiento por calidad e inocuidad de los productos alimentarios distribuidos por el operador:

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

Indicó la supervisión que mediante acta del 20 y 21 de abril se constató que los alimentos estaban contenidos en bolsas, y .eran transportados y distribuidos en carro particular, solicitado por el operador a través de plataforma digital de movilidad y no por una transportadora de alimento tal como la exige la Ley 9 de 1979, de igual modo, se volvió a realizar visita técnica con corte a 31/05/2023, donde se verificó que, persistía la misma irregularidad, Además, se verificó que la persona que distribuyó los refrigerios a cada punto no contaba con el equipo de protección, y los llevaba en una canastilla, desconociendo así la normatividad sanitaria vigente.

Por otra parte, también se encontró que el rotulado de la bolsa del alimento indicaba pan blanco de 20 gramos y su contenido era una mogolla de 60 gramos, esto fue verificado en acta el 01 de junio del presente año a través de la nutricionista de la entidad. Para finalizar se informa que aun así con esas características presentadas, el proveedor suministró a los participantes el refrigerio sin previa autorización del supervisor del contrato.

Respecto a lo manifestado por la supervisión, es pertinente traer a colación que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 31 de Julio de 2018, Radicado N° 25899-31-03- 002-2013-00162-01, Magistrado Ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA, ha definido la Cláusula Penal como el **“acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»;** así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación”. (Énfasis fuera de texto)

En ese entendido, la cláusula penal tiene como finalidad sancionar a la parte contractual que no cumpla con las obligaciones del contrato o convenio, por lo que sirve para disuadir los posibles incumplimientos por las partes convenientes. Esta Cláusula puede pactarse entonces en los contratos o convenios y con el fin de establecer el pago de una determinada indemnización, como consecuencia del acaecimiento de un perjuicio y en el evento en que alguna de las partes incumpla el contrato o convenio.

Se advierte entonces que el artículo 86 de la citada Ley establece que la declaratoria de incumplimiento tiene como una de sus finalidades, la cuantificación y reparación de los perjuicios ocasionados a la entidad por la falta de cumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales. En línea con lo anterior, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia también se ha pronunciado en ese sentido y ha manifestado lo siguiente:

- Sentencia, Consejo de Estado, 1996-2313/23359 del 17 de abril de 2013, consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. **“7. Ilegalidad de las Resoluciones proferidas por Ecopetrol: Manifestó que Ecopetrol, mediante la resolución a través de la cual declaró el incumplimiento del contrato, ordenó, además “hacer efectivas las garantías de cumplimiento, anticipo y demás, cuando la Ley no le otorga facultad para ello”, en tanto que solo puede declarar el incumplimiento para efectos de cobrar la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato”.** (Énfasis fuera de texto)
- Sentencia, Consejo de Estado, Subsección A, Exp. 20.628 del 13 de marzo de 2013, consejero ponente: Hernán Andrade Rincon **“(…) la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que se haya vencido el plazo contractual, sin que esté hubiere ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, únicamente como medida para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria”.** (Énfasis fuera de texto)
- Sentencia, Consejo de Estado, 2001-02932/28915 del 28 de septiembre de 2015, consejero ponente Danilo Rojas Betancourt. **“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de**

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

*imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato**”.* (Énfasis fuera de texto)

La jurisprudencia entonces desde el año 2013 y con posteridad a la expedición de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 se ha pronunciado en múltiples oportunidades para dejar claro que el propósito de declarar el incumplimiento por parte de las entidades estatales es hacer efectiva la cláusula penal.

Así las cosas, del análisis de la ley, del convenio suscrito entre las partes y de la jurisprudencia Colombiana, se puede concluir que el fin último de la declaratoria de incumplimiento, se encuentra íntimamente ligado con el resarcimiento de perjuicios ocasionados a la entidad estatal, razón por la cual es necesario cuando se declara el incumplimiento, afectar la cláusula penal con este propósito, en el entendido que su función será liquidar los daños y perjuicios causados con la inobservancia de la obligación.

Ahora bien, la imposición de la cláusula penal solicitada debe atender a un incumplimiento grave y de impacto en la ejecución del contrato que amerite la imposición de la misma. En este punto, debe recordarse la línea jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado sobre la aplicación de la cláusula penal, en la cual ha manifestado en reiteradas ocasiones la necesidad de que el incumplimiento del contrato sea grave y severo. Particularmente, ha sostenido lo siguiente:

*“Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, **que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que, aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio**”*¹. (Subrayado fuera del texto)

De lo anterior se desprende que para decretar el incumplimiento del contrato que lleve a la aplicación de la cláusula penal, es necesario que éste sea grave, serio, determinante trascendente y de gran significación para el objeto contractual. Adicionalmente, se debe recordar que la referida figura se constituye como una indemnización de los perjuicios causados a su contraparte, en este orden de ideas, el mero hecho de no transportar los alimentos en un determinado vehículo o de tener mal rotulada una mogolla como parte de un refrigerio, no comportan en sí mismo una afectación al objeto contractual, máxime si se tiene en cuenta que de lo señalado por la supervisión no se observa la inejecución del objeto contractual; quiere ello decir, que al no haberse generado perjuicio alguno para la Entidad como consecuencia del presunto incumplimiento de obligaciones contractuales que no afectan el desarrollo del objeto contractual, inexorablemente conllevaría a un incumplimiento contractual inocuo, tal y como lo manifestado el Consejo de Estado:

*“Bien se sabe que puede tener lugar un incumplimiento contractual inocuo o que no sea la causa de perjuicio alguno, como también se ha evidenciado que la falencia de la prueba del perjuicio conduce a negar las pretensiones”*²

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de noviembre del 2008. M.P. Enrique Gil Botero.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Martha Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., 01 de marzo 2018. Radicación Número: 05001-23-31-000-2001-01473-01 (54557).

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

Tenemos entonces que al no generarse un incumplimiento o al generarse un incumplimiento contractual inocuo, no se puede esperar que prospere el trámite sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

D. Hecho 4: Incumplimiento por retraso en la operación del servicio

La supervisión adujo que al inicio de la operación se dieron constantes devoluciones de las hojas de vida del talento humano, siendo estas un total de siete (7), sustentadas a través de correos electrónicos, porque no cumplían con los requisitos mínimos, por lo que se evidenció que la atención a las personas mayores inició el 20 de febrero, es decir, 24 días calendarios posterior a la firma de acta de inicio, y esta debía ser 15 días calendarios posterior a la fecha de inicio tal como lo especifica el anexo técnico mencionado.

Frente a lo manifestado por la supervisión, llama la atención de esta Oficina que el presunto incumplimiento endilgado ocurrió en las primeras etapas de la ejecución del convenio, por lo que la supervisión en uso de sus facultades de vigilancia podría haber solicitado el inicio del trámite sancionatorio tendiente a la imposición de la multa, cuya naturaleza es conminatoria de las obligaciones contractuales, ahora bien, el incumplimiento fue subsanado dentro del periodo de ejecución por lo que no se presenta como un incumplimiento definitivo que no fue reiterado durante el periodo de ejecución de las obligaciones contractuales y no está llamado a prosperar.

E. Hecho 5: incumplimiento por atención integral interdisciplinaria

Adujo la supervisión que se identificó que el asociado no prestó el servicio de manera óptima en el acompañamiento de los encuentros generacionales, pues se observó en visita de acompañamiento técnico de fecha 26 de mayo que, en el Salón Comunal Alcaparros se encontraban dos profesionales atendiendo a un grupo de 45 participantes, el 31 de mayo de 2023 se observó en el salón comunal Alcaparros, una participación de 48 personas, cuya actividad estaba a cargo de dos (2) profesionales y en el salón comunal Lagos de Suba el encuentro generacional se vislumbró la participación de 28 personas, y estaba dirigido por (1) un profesional. En consecuencia, los profesionales a cargo no eran los suficientes para atender a las personas mayores, tal como se relacionó con anterioridad, Así mismo el 16 de junio de 2023, en el Salón Comunal Alcaparros persistió el hallazgo, ya que en el encuentro generacional estaba a cargo de un profesional con 38 personas mayores, por lo que estas situaciones afectan la calidad e integralidad del servicio.

En relación con lo manifestado por la supervisión, esta Oficina observa que de conformidad con el numeral 2.5.1.2 del anexo técnico componente atención integral y gestión administrativa centro día, los encuentros generacionales se definen como:

"Encuentros Generacionales:

los encuentros generacionales en el contexto de la operación se entienden como espacios en los que, a partir del desarrollo de los contenidos temáticos de las líneas, se propone la construcción de una relación de permanente intercambio de saberes entre las personas mayores y el equipo interdisciplinario, quienes configuran relaciones bidireccionales que tienen como fin el construir en colectivo y potencializar procesos de autonomía en el marco del descubrimiento de nuevas maneras de ver la vida y asumir el proceso de envejecimiento y la etapa de la vejez.

Estos encuentros deberán desarrollarse dos veces por semana con cada grupo de participantes (15 a 30 personas mayores, dependiendo del espacio y cumpliendo el estándar en donde se precisa que por cada 15 personas debe estar en responsabilidad un profesional, técnico, tecnólogo o sabedor del equipo), espacios en los que se trabajan las diferentes temáticas enmarcadas en los componentes y líneas de acción del servicio, haciendo énfasis en el uso de herramientas pedagógicas que favorezcan la participación de las personas mayores. Estas podrán desarrollarse a través de talleres, actividades experienciales, juego y recursos artísticos que permitan la comprensión desde diferentes niveles de aprendizaje de cada una de las temáticas trabajadas.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

Cada Unidad Operativa y equipo territorial atenderá un total de mínimo 38 encuentros generacionales durante la vigencia por grupos de mínimo 15 personas mayores, por 2 jornadas a la semana.”

En concordancia con lo anterior, es claro para esta Oficina que en efecto no se dio cumplimiento a lo establecido en el anexo técnico que señala que por cada 15 personas debe estar en responsabilidad un profesional, técnico, tecnólogo o sabedor del equipo interdisciplinario, así las cosas, para el encuentro del Salón Comunal Alcaparros en el cual se atendieron 45 participantes, debían haber por lo menos 3 integrantes del equipo interdisciplinario; por su parte para el encuentro del Salón Comunal Alcaparros en el cual se atendieron 48 participantes, debían haber por lo menos 4 integrantes del equipo interdisciplinario, y para el para el encuentro del salón comunal Lagos de Suba en el cual se atendieron 28 participantes, debían haber por lo menos 2 integrantes del equipo interdisciplinario; finalmente para el para el encuentro del Salón Comunal Alcaparros en el cual se atendieron 38 participantes, debían haber por lo menos 3 integrantes del equipo interdisciplinario.

En concordancia con lo anterior, tenemos que estos encuentros generacionales si están directamente relacionados con el objeto del convenio, esto por cuanto los mismos propenden por promover espacios en los que se trabajan las diferentes temáticas enmarcadas en los componentes y líneas de acción del servicio, en consecuencia no es posible considerarlo como un incumplimiento inocuo y por el contrario genera la afectación directa del objeto contractual y su alcance, configurada a través de la prestación deficiente del servicio y revestida de la gravedad suficiente para imponer la sanción correspondiente.

F. Hecho 6: Presunto incumplimiento en Gestión del Talento Humano

De conformidad con lo manifestado por la supervisión se identificó que la Fundación Clínica MEGASALUD mediante correo enviado por el departamento de Talento humano el día 26 de mayo reportó la renuncia de los dos Sabedores Mayores, sin embargo, no lo notificó dentro de los tiempos establecidos por el anexo técnico, sino que observando que el primer profesional renunció a su contrato el 11 de mayo y hasta el 26 de mayo fue reportado al supervisor e iniciando actividades éste hasta 01 de junio de 2023; por su parte El segundo profesional, renunció a su contrato el 23 de mayo del presente, y se reportó la novedad hasta el 26 del mismo mes y es hasta al 02 de junio inició actividades. Finalmente, el asociado no cubrió la ausencia de los perfiles relacionados en los tiempos establecidos por consiguiente afectó la calidad e integralidad del servicio, e incumpliendo los tiempos establecidos en el mismo anexo.

En relación con el incumplimiento expuesto, tenemos que de conformidad con el numeral 2.7.2 del anexo técnico componente atención integral y gestión administrativa centro día: *“En caso de ausencia del personal el asociado debe estar en capacidad de suplir dicha ausencia en máximo 2 días hábiles. La persona que reemplaza deberá cumplir o superar los requisitos de las personas inicialmente ofrecidas y su vinculación al proceso de atención. En todos los casos el personal debe ser aprobado por la supervisión o equipo técnico de la Subdirección para la Vejez previa revisión del cumplimiento de requisitos.”*

En concordancia con lo anterior, se observa que el servicio prestado por el asociado fue deficiente en el periodo comprendido entre el 11 de mayo al 2 de junio de 2023, esto por cuanto en dicho periodo no se contó con los sabedores mayores, lo cual afectó directamente la prestación del servicio, pese a que dicho servicio puede ser descontado al asociado tal y como lo establece la estructura de costos, si se afectó la calidad e integralidad del servicio, pues el talento humano se constituye como uno de los pilares de la prestación del servicio a la población beneficiaria, y deberá ser sancionado el actuar del asociado.

G. Hecho 7: Posible Incumplimiento en Ambientes Adecuados y Seguros en relación a los elementos de aseo institucional para la estrategia Centro Día al Barrio

Indicó la supervisión que visita técnica el día 31 de mayo del presente, soportando en acta de la

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

misma fecha, se evidenció que estos espacios del salón comunal Alcaparros, Telecom Arrayanes, Lagos de Suba, hogar geriátrico Sion y Canitas sede B, no contaba con papel higiénico triple hoja, metraje mínimo de 25 metros, color blanco, acolchado, según anexo técnico Tabla 23 que deben estar dispuestos para las personas mayores asistentes a los encuentros generacionales, en ese sentido y como se ha expresado en líneas anteriores, para hacer efectiva la sanción penal pecuniaria el incumplimiento de la obligación debe ser grave y afectar el objeto contractual, para el caso concreto esta Oficina no observa que el hecho de no contar con papel higiénico de ciertas características afecte la prestación del servicio.

H. Hecho 8: Posible Incumplimiento Presupuestal

Señaló la supervisión que respecto de los recursos no ejecutados por no encontrarse soportados, el efecto presupuestal sobre el incumplimiento del convenio es la disposición de recursos pendientes por ejecutarse, que estaban programados según estructura de costos para la atención de la población objetivo del convenio, refrigerios y bienes consumibles para sus actividades, que no logró ejecutarse en un 100%.

Al respecto es pertinente señalar que el Convenio objeto de estudio en la forma de pago establece las condiciones para los desembolsos a los que se haga acreedor el asociado, en ese orden de ideas, el literal e de la cláusula 6°, dispone:

“e. RECURSOS NO EJECUTADOS

El supervisor del convenio no reconoce el desembolso de rubros que carezcan de soportes financieros previstos para la ejecución del convenio de asociación, lo cual constituye una circunstancia totalmente diferente a los descuentos por novedades (costos variables), así como, cuando los rubros sean ejecutados por valor inferior al promedio establecido para el periodo de ejecución, de acuerdo con la estructura de costos, esta diferencia es definida como recurso no ejecutado dentro de la liquidación mensual de cupos.”

En concordancia con lo anterior, se observa que la consecuencia de no soportar correctamente los costos asociados a la ejecución del convenio se traducen en la no autorización del desembolso correspondiente, siendo responsabilidad del asociado presentar los soportes correspondientes de la ejecución de los recursos, por lo que no es posible endilgar dicho actuar como un incumplimiento de las obligaciones contractuales.

6.2. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA ASEGURADORA**6.2.1 AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTOS GRAVES**

Señaló el apoderado de la aseguradora que en el caso bajo estudio que los presuntos incumplimientos imputados al contratista no son graves ni afectaron de manera directa la ejecución del Convenio de Asociación, de modo tal que no se ha causado perjuicio alguno a la entidad contratante, lo que torna imposible la aplicación de la cláusula penal, al respecto es pertinente señalar que el informe de supervisión da cuenta de 8 hechos de presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales, que fueron analizados en líneas anteriores, se tiene que en efecto algunos de los incumplimientos endilgados carecen de la gravedad requerida para la imposición de la sanción correspondiente, configurándose como incumplimientos inocuos, tal y como se explicó en el numeral 5.2.2 de este acta administrativa, no obstante se logró evidenciar que frente a los incumplimientos relacionados con los hechos 5 y 6 si hay una afectación grave a la prestación del servicio que está íntimamente relacionada con el objeto contractual y su alcance, por lo cual no es de recibo el argumento presentado por el apoderado.

5.2.2. NO ACREDITACION DE PERJUICIOS

Manifestó el apoderado que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que se pacta en caso de incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes y se encuentra prevista en el artículo 1592 del Código Civil, de igual manera expuso la

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

línea jurisprudencial respecto de la cláusula penal y concluyó que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que si bien libera la parte cumplida de acreditar su ocurrencia y cuantía, esto no supone que se imponga sin la existencia de perjuicios.

Respecto a lo manifestado por el apoderado frente a la acreditación de los perjuicios, resulta pertinente recordar que la sanción a hacer efectiva para el caso que nos ocupa corresponde a la cláusula penal pecuniaria. En efecto, el Código Civil colombiano presenta la cláusula penal pecuniaria en los artículos 1592 y subsiguientes, definiéndola, en los siguientes términos:

“Artículo 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

Así las cosas, los contratantes estipularon en el literal b de la cláusula 10° del Convenio 8993 de 2022 la cláusula penal pecuniaria, la cual a su tenor literario reza:

“b. CLAUSULA SANCIÓN PENAL PECUNIARIA: El incumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud de la ejecución de este Convenio de Asociación serán sancionadas pecuniariamente previo agotamiento del debido proceso establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de conformidad con las siguientes estipulaciones: Si el incumplimiento es total o parcial, defectuoso o tardío del Convenio de Asociación, al Asociado pagará a título de cláusula penal, una suma equivalente al 20 % del valor total del convenio, a título de estimación anticipada de los perjuicios que este llegare a sufrir en caso de incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados.”

Nótese que la disposición pactada estipula claramente que la cláusula penal se pagará a título de estimación anticipada de los perjuicios **que este llegare a sufrir en caso de incumplimiento total o parcial de sus obligaciones contractuales**, es así que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la cláusula penal cumple tres funciones a saber: (i). Servir de apremio al deudor; (ii). Servir de garantía o caución, y (iii). Estimar anticipadamente los perjuicios.

En concordancia con lo anterior la Corte Constitucional ha realizado diversos pronunciamientos donde ratifica que la cláusula penal por regla general es una tasación anticipada de perjuicios y que bajo ningún precepto está debe ir detrimento de una de las partes y mucho menos en perjuicio de terceros que no intervinieron en el contrato. En términos de Corte Constitucional³ La cláusula penal es:

*“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, **por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad.** Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los*

³ Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1996. Expediente 4607. MP. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

compromisos por él adquiridos en determinado contrato”. (Énfasis fuera de texto).

Por su parte el Consejo de Estado ha reiterado su posición en sendas ocasiones al señalar que:

*“Teniendo en cuenta que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción **para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas**; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento”⁴*

La cláusula penal pecuniaria es entonces la tasación anticipada de los perjuicios que se hace en el contrato **y que la entidad está exenta de demostrar los daños sufridos en el evento de incumplimiento del contratista, pues únicamente necesita demostrar el incumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas**. No obstante, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, se debe respetar el debido proceso dando la oportunidad al contratista de ejercer su derecho a la defensa.

En consecuencia, es importante señalar que, debido a la naturaleza de la precitada cláusula, no es necesario realizar una tasación exhaustiva de la misma, pues se entiende que ésta ya se realizó cuando se estipuló dentro del Convenio No. 8993 de 2022.

En este orden de ideas, solo se debe acudir al principio de proporcionalidad y racionalidad para determinar el porcentaje a aplicar de la misma, al respecto el Consejo de Estado ha resaltado que:

“(…) el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.

Todo lo anterior se traduce, entonces, en la razonable, proporcional y racional aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear, necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.”⁵

De otra parte, se debe señalar que según el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011:

*“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública **podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal**” (Negrilla fuera de texto)*

Lo que significa que una vez declarado el incumplimiento mediante acto administrativo debidamente motivado se cuantificará el perjuicio en el mismo acto administrativo, sin perder de vista la tasación anticipada de los perjuicios y acudiendo para su tasación al principio de proporcionalidad. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“El medio empleado para obtener las anteriores finalidades: **facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de haberse surtido un proceso administrativo, de***

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicado N° 1840. Bogotá D. C., 22 de febrero de 2001.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado N° 44001-23-31-003-2010-00031-00 (48.892). Bogotá D.C, veintiséis (26) de Noviembre de 2015.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, tampoco está prohibido por la Constitución. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y, además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”⁶ (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, se puede concluir que, al haberse pactado la cláusula penal pecuniaria como una tasación anticipada de los perjuicios, no es obligación de la Administración probar los perjuicios causados. La naturaleza inminentemente indemnizatoria de la cláusula penal encuentra su fundamento con la declaratoria del incumplimiento.

5.2.3. HECHO DE UN TERCERO

El apoderado de la compañía aseguradora refirió que los presuntos incumplimientos ni siquiera le son imputables al asociado, sino a los terceros beneficiarios del Convenio, quienes no están obligados a asistir a las actividades brindadas en virtud de aquel.

Frente a lo manifestado por el apoderado se observa que le asiste la razón frente a los hechos 1 y 2 relacionados con los cupos destinados en el convenio, pues como se observó el contratista se encuentre obligado a cubrir los 720 cupos georeferenciados, pues si bien tiene el deber de buscar activamente los participantes beneficiarios para la prestación de servicio, también es cierto que en aplicación del principio *“Impossibilium nulla obligatio”* que traduce a lo imposible, nadie está obligado, no es posible endilgar dicho incumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que la inscripción depende de la voluntad de los participantes, sin embargo se debe resaltar que se encuentra probado el incumplimiento por parte del asociado en otros aspectos como se verificó en el numeral 5.2.1 de este acto administrativo.

En este punto, es preciso mencionar la normatividad sobre la obligatoriedad de un contrato o convenio en Colombia, de esta manera se puede observar como el Código Civil Colombiano, establece en su artículo 1602, lo siguiente:

“ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Las partes al firmar libremente un contrato o convenio se obligan expresamente a ejecutar todo lo que esté en el mismo, esta disposición es aplicada tanto en el derecho privado como en el derecho público, esto quiere decir que rige para todo tipo de contratos y convenios en nuestro territorio. En esa línea el Consejo de Estado en Sentencia con Radicado 25000232600020010107201, Magistrado Ponente Danilo Rojas Betancourth (2015), afirmó lo siguiente:

“(…) Los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (…)

Los contratos estatales se celebran para ser cumplidos y por tanto, las prestaciones acordadas por las partes deben ser cumplidas de forma íntegra, efectiva y oportuna, “de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es

⁶Sentencia C-499 de 2015. Corte Constitucional. Referencia: Expediente D-10626. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. Bogotá D.C., 5 de agosto de 2015.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato) (...) Énfasis fuera del texto

Resulta pertinente traer a colación, que como principio general los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).

En concordancia con el pronunciamiento mencionado del Consejo de Estado, se debe resaltar que los eximentes de responsabilidad se constituyen como eventos que dan lugar a la imposibilidad de endilgar el incumplimiento a una de las partes, así lo ha manifestado la misma corporación:

*“(…) Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo (...)”*⁷

Frente al hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“(…)Para constituir una causa ajena, un acontecimiento, ya se trate de acontecimiento anónimo (caso de fuerza mayor stricto sensu), del hecho de un tercero o de una culpa de la víctima, debe presentar los caracteres de la fuerza mayor (lato sensu); **es decir, ser imprevisible e irresistible.***⁸

Frente a la imprevisibilidad e irresistible del hecho, la misma corporación ha manifestado:

*“(…) En primer lugar, la irresistibilidad alude a la “imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—.”*⁹⁰

*La irresistibilidad no supone que la mera dificultad se erija en imposibilidad total, no obstante, “ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano”. Así, en cada caso el Juez deberá interpretar “La imposibilidad de ejecución (...) de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida”*⁹¹.

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de “de un acontecimiento súbito,

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicado N° 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067). Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16235.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”⁹². En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que “resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”⁹³. (...)”⁹

Así las cosas, se debe recordar que los hechos manifestados por el apoderado del asociado con vocación de eximentes de responsabilidad fueron analizados y desvirtuados, evidenciándose que no existe material probatorio que permita determinar que el incumplimiento contractual se encontraba justificado o cobijado en alguna de las causales de exoneración de responsabilidad.

5.2.4. PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION

El apoderado de la aseguradora señaló que la entidad dejó de aplicar la proporcionalidad frente a la cláusula penal que se pretende imponer. Entonces es importante precisar que en evento en que se llegue a comprobar un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, resulta forzoso a la aplicación del principio de proporcionalidad a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que se aplican sobre el particular. Indicó que el artículo 44 de la ley 1437 de 2011 dispone que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autorice, proporcional a los hechos que le sirven de fundamento. De igual manera, adujo que el artículo 1596 del Código Civil y el artículo 87 del Código de Comercio hacen referencia al principio de proporcionalidad y su aplicación.

De otra parte, señaló que en el informe de supervisión no se detalló, en cada una de las obligaciones presuntamente incumplidas, cuál era su porcentaje de ejecución, ni los días de retraso, por medio de los cuales se podría tasar proporcionalmente la cláusula penal que está contemplada en el Convenio. Por lo anterior, se vislumbra una falencia o vacío en el informe de supervisión respecto a la proporcionalidad de la cláusula penal, pues están pretendiendo imponer la totalidad de la cláusula penal cuando es evidente que el Convenio sea venido cumpliendo a cabalidad.

Sea lo primero indicar que el párrafo segundo del literal b de la cláusula décima del Convenio establece:

“PARAGRAFO SEGUNDO: El valor variará proporcionalmente al incumplimiento del convenio que no supere el porcentaje señalado.”

Respecto a la cuantificación de los perjuicios se debe señalar que según el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, *“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública **podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal**”*, lo que quiere decir que una vez declarado el incumplimiento mediante acto administrativo debidamente motivado se cuantificará el perjuicio en el mismo acto administrativo, tal y como se mencionó en el numeral 5.5.2 de este acto administrativo.

Por su parte, el artículo 1596 del Código de Comercio, dispone:

“ARTICULO 1596. <REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL>. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil once (2011) Radicación: 73001-23-31-000-1999-00265-01(19548)

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

Se debe resaltar que el Consejo de Estado respecto de la tasación de la sanción manifestó lo siguiente:

*"Esta Corporación ha estudiado la problemática de la disminución de la cláusula penal en los contratos del Estado, sosteniendo -en todas esas ocasiones- que de conformidad con los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el juez tiene la posibilidad de reducir la suma impuesta por tal concepto, evaluando -para ello- el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante."*¹⁰

Ahora bien, teniendo en cuenta que la cuantificación de los perjuicios debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego de haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista fue citado puede intervenir y tiene la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra, y en virtud de que resultó plenamente probado que el asociado incumplió sus obligaciones contractuales, resulta natural que la administración imponga la respectiva sanción al asociado, pues salta a la vista el incumplimiento de las obligaciones contractuales y del objeto mismo.

Ahora bien, de conformidad con el numeral b de la cláusula 10 del Convenio, se estableció la cláusula penal pecuniaria, de la siguiente manera:

"b. CLAUSULA SANCIÓN PENAL PECUNIARIA: El incumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud de la ejecución de este Convenio de Asociación serán sancionadas pecuniariamente previo agotamiento del debido proceso establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de conformidad con las siguientes estipulaciones: Si el incumplimiento es total o parcial, defectuoso o tardío del Convenio de Asociación, al Asociado pagará a título de cláusula penal, una suma equivalente al 20 % del valor total del convenio, a título de estimación anticipada de los perjuicios que este llegare a sufrir en caso de incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados.(...)"

Por lo anterior y teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el informe de presunto incumplimiento presentado por la supervisión mediante oficio radicado I2023020429 de fecha 13 de julio de 2023, se observa que la supervisión avala un cumplimiento físico en un porcentaje del 63% y estima que la ejecución presupuestal podría llegar al 83%.

En virtud de lo dispuesto en la referida cláusula, tenemos que la cláusula penal pecuniaria asciende a la suma de NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$90.436.653), No obstante lo anterior, se debe recordar que la imposición de la sanción debe atender a los principios de proporcionalidad y racionalidad, en este caso, no resulta procedente hacer efectiva la totalidad del porcentaje de la cláusula penal pecuniaria, pues como se mencionó anteriormente, la supervisión ha aceptado el 63% de ejecución y estima que podría llegar al 83% del convenio, razón por la cual se debe tasar el incumplimiento de manera proporcional.

En concordancia con lo anterior y teniendo en cuenta que el periodo no ejecutado corresponde al 17%, se deberá aplicar la siguiente fórmula:

Sanción Penal Pecuniaria = $90.436.653 * 17/100 = \$12.661.131$

En virtud de lo anterior, se realiza la tasación de perjuicios por el presunto incumplimiento del contratista por un valor total de DOCE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS (\$12.661.131) M/CTE.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008). Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

5.2.5. DESEQUILIBRIO DEL CONTRATO

Destacó el apoderado de la aseguradora que en el presente asunto existe una solicitud elevada por el contratista con relación a un presunto desequilibrio contractual con relación a los precios que se estipularon en el Convenio.

Es preciso resaltar que el asociado allegó como prueba el oficio E2022057776 del 28 de diciembre de 2022, denominado como “RADICADO DESEQUILIBRIO ECONOMICO”, en el cual expresa su preocupación por la no firma del acta de inicio pese al tiempo transcurrido desde la adjudicación hasta la fecha del oficio, sin embargo, no se pone en conocimiento de la entidad el presunto desequilibrio económico señalado por el apoderado del garante, así como tampoco se aportó prueba adicional que permita deducir que el asociado presentó solicitud formar de restablecimiento del equilibrio contractual, por lo cual esta Oficina no se pronunciará respecto del tema concreto.

5.2.6. NO CONFIGURACION DE LA OBLIGACION INDEMNIZATORIA DE LA ASEGURADORA

Indicó el apoderado que, con respecto a la póliza, en este caso no se configuró la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora, al no haberse acreditado el riesgo asegurado.

Sea lo primero señalar que, como se lee en las citaciones a audiencia remitidas tanto a la FUNDACIÓN MEGASALUD, como a la aseguradora, en el numeral tercero se advierte de forma clara y expresa que: *“De comprobarse el incumplimiento del contratista, se vería abocado a las siguientes consecuencias: (...) La primera consecuencia que podría derivarse del procedimiento a seguir es la declaratoria de incumplimiento de las cláusulas contractuales indicadas en el acápite anterior. (...) La tercera consecuencia que podría derivarse en desarrollo de esta actuación se tiene la posible afectación de la garantía de cumplimiento N° 340-47-994000041174 de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, afectando el amparo de cumplimiento de esta y teniendo en cuenta lo pactado en el contrato.”*

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, el cual dispone:

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

(...)

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. (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, no es dable aceptar el argumento esgrimido por el apoderado de la aseguradora, ya que por disposición legal **la garantía de cumplimiento necesariamente cubre el pago del valor de la cláusula penal pecuniaria en el caso bajo estudio**, así las cosas, se debe distinguir que el llamado efectuado por la Secretaría Distrital de Integración Social a la FUNDACIÓN MEGASALUD y a su garante se efectuó por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, de tal suerte que no es de recibo el argumento presentado por el apoderado de la aseguradora.

De igual manera, el apoderado solicitó subsidiariamente que se tenga en cuenta el límite de la

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”.

suma asegurada contemplado en la póliza con relación al amparo de cumplimiento, en ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la tasación efectuada en el numeral 5.2.4 de este acto administrativo se acoge la solicitud de apoderado, bajo el entendido de que la sanción no supera el límite asegurado.

Ahora bien, en el informe de supervisión se advierte que el convenio No. 8993 de 2022 existe disponibilidad presupuestal, así como, la determinación valores pendientes por reconocer y pagar por la ejecución de las actividades contractuales, así las cosas, la Subdirección Local para la Integración Social y la Subdirección para la Vejez en la etapa post contractual y/o de liquidación deben verificar la procedencia de la compensación de la sanción que se impone en el presente acto administrativo¹¹ (ley 1150 de 2007. Artículo 17, parágrafo)¹² y por ello, la presente decisión no constituye por sí sólo un crédito a favor de la Entidad, pues es indispensable realizar el cierre financiero del convenio.

VII. CONCLUSIONES

De conformidad con lo manifestado a lo largo de la presente resolución, la Entidad pudo ratificar que el asociado **FUNDACIÓN CLINICA MEGASALUD** incumplió las obligaciones relacionadas con el componente de atención integral y gestión administrativa N° 5, 7 y 18, relacionadas con los hechos 5y 6 del informe de supervisión.

En conclusión, la Entidad encuentra reprochable la conducta desplegada por el asociado **FUNDACION CLINICA MEGASALUD** como quiera que se pudo comprobar el incumplimiento de sus obligaciones convenidas. De igual forma, tampoco demostró el contratista ni logro probar alguna causal eximente de su responsabilidad, por el contrario, las pruebas aportadas conllevaron a que este Despacho tuviera certeza de la responsabilidad por parte del asociado.

El valor del incumplimiento deberá tenerse en cuenta en la etapa post contractual y/o de liquidación (ley 1150 de 2007. Artículo 17, parágrafo) y por ello, la presente decisión no constituye por sí sólo un crédito a favor de la Entidad.

Sin más consideraciones, el suscrito Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaria Distrital de Integración Social.

RESUELVE:

PRIMERO. INCUMPLIMIENTO. Declarar el Incumplimiento parcial del **Convenio No. 8993 de 2022**, suscrito entre la **SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL** y **LA FUNDACION CLINICA MEGASALUD**, cuyo objeto es: **“BRINDAR ATENCION INTEGRAL INTERDISCIPLINARIA PARA PERSONAS MAYORES, A TRAVES DE LA PRESTACION DEL SERVICIO SOCIAL CENTRO DIA DEL PROYECTO DE INVERSION 7770 “COMPROMISO CON EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y UNA BOGOTA CUIDADORA E INCLUYENTE” DE LA SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACION SOCIAL.**”, por los hechos objeto de las citaciones con fecha 31 de julio de 2023, radicados S2023135715 y S2023135716 y de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO. SANCION PENAL PECUNIARIA. Como consecuencia de lo anterior, se ordena hacer efectiva la cláusula décima del contrato, *“Cláusula Sanción Penal Pecuniaria”* por la suma de **DOCE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS (\$12.661.131) M/CTE** por el incumplimiento parcial del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y LA FUNDACION CLINICA MEGASALUD, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

¹¹ Código Civil. Artículo 1714. Compensación: Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.

¹² La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2596 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023

"Por la cual se decide sobre el procedimiento administrativo sancionatorio N° PAS-OAJ- 015-2023, por el presunto incumplimiento del Convenio No. 8993 de 2022, suscrito entre la FUNDACION CLINICA MEGASALUD y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL".

TERCERO. COMPENSACIÓN. Compensar la sanción establecida en el artículo segundo de la presente resolución, con las sumas que a la fecha sean adeudadas por la Secretaria Distrital de Integración Social a **LA FUNDACION CLINICA MEGASALUD**, de llegar a existir, hasta por la suma de **DOCE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS (\$12.661.131) M/CTE** en virtud de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en la parte motiva de la presente resolución.

CUARTO. SINIESTRO. En caso de no ser posible la compensación de la sanción, o el pago de la misma por parte del contratista, se declara la ocurrencia del siniestro de la póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal N° 340-47-994000041174 expedida por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del Contrato No. 10756 de 2021, suscrito entre la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y LA FUNDACION CLINICA MEGASALUD, hasta por la suma de **DOCE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS (\$12.661.131) M/CTE**, y de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

PARÁGRAFO. La **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, tendrá el plazo establecido en el artículo 1080 del Código de Comercio para realizar el pago del siniestro.

QUINTO. NOTIFICACIÓN. Notificar en Audiencia el contenido del presente Acto Administrativo a las partes, conforme lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

SEXTO. RECURSOS. Contra la presente Resolución procede el recurso de reposición ante el Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría Distrital de Integración Social, el cual debe ser interpuesto y sustentado en la audiencia, según lo previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

SÉPTIMO. REPORTES. Una vez en firme el presente acto administrativo deberá ser comunicado a la Cámara de Comercio de la ciudad en que se encuentre inscrito el asociado sancionado, y de igual forma a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia de conformidad con lo establecido en el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012.

OCTAVO. PUBLICACIÓN EN SECOP. Ordenar la publicación de la parte resolutive del presente acto administrativo una vez ejecutoriado en el Portal Único de Contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012.

NOVENO. COMUNICACIÓN. Una vez en firme el presente acto administrativo remitir una copia al ordenador del gasto, a la supervisión del contrato.

La presente Resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria. Dada en Bogotá D.C., a los 10 días del mes de noviembre de 2023.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Documento firmado electrónicamente de acuerdo con la Ley 527 de 1999 y el Decreto 2364 de 2012

CARLOS JAVIER MUÑOZ SANCHEZ
Jefe Oficina Jurídica
SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL

*Elaborado: Sara Elizabeth Mora Rodríguez - Abogada Oficina Jurídica.
Revisado: Eva Sandoval Clavijo - Abogada Oficina Jurídica*