



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

La Directora del Departamento Administrativo de Contratación Pública de la Alcaldía del Distrito Especial de Santiago de Cali, en ejercicio de sus atribuciones legales, y en especial las contenidas en los artículos 3 y 4, numerales 1º y 2º; artículos 12, 14, 18, 32, 40, 52, 58, 59 y 77 de la ley 80 de 1993. Artículo 17 de la ley 1150 de 2007, modificada por la ley 1882 del 2018 y decreto 1082 de 2015. Decreto Municipal 411.0.20.477 del 31 de julio de 2014, y el Decreto Extraordinario No. 411.0.20.516 del 28 de septiembre de 2016, Decreto No. 4112.0.10.20.0002 del 03 de enero de 2017, modificado a su vez por el 4112.010.20.0002 del 04 de enero de 2018 expedido por el Distrito de Santiago de Cali, y demás normas concordantes y aplicables para el presente caso, procede a decidir la actuación administrativa sancionatoria contractual por presunto incumplimiento del orden de compra No. 80543 de 2021 suscrito con la sociedad SERVIESPECIALES S.A.S., conforme a los siguientes:

CONSIDERANDO

Que surtido proceso de contratación se suscribió la orden de compra No. 80543 el 23 de noviembre de 2021, entre el Municipio de Cali – Departamento Administrativo de Contratación Pública, en adelante el Municipio, DACP o el Distrito, con la sociedad SERVIESPECIALES S.A.S. (NIT. 890.33.277), representada legalmente por CARLOS ARTURO GIL ACEVEDO, cuyo objeto es “CONTRATAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO INTEGRAL DE ASEO PARA LOS BIENES MUEBLES E INMUEBLES PROPIEDAD DEL DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI”, por valor de: DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL DIEZ Y SEIS PESOS, CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS M/CTE. (\$2.367.661.016,66) pagaderos en pagos parciales según facturación presentada por la contratista acompañada de la acreditación del cumplimiento del objeto del contrato a entera satisfacción, con el visto bueno del supervisor del contrato hasta completar el cien por ciento (100%) del valor total del contrato.

Que el 30 de noviembre de 2021 se aprobaron las pólizas correspondientes y contrato inició su ejecución el día TRES (3) de diciembre de 2021 y terminó su ejecución el 08 de octubre de 2022.

Que el Supervisor del contrato mediante Orfeo No. 202241350200005634 del 1º de agosto de 2022, informó a la ordenadora del gasto de la orden de compra 80543 de 2021, que: “De conformidad con la designación de supervisión de la orden de compra No. 80543 de 2021 con Serviespeciales S.A.S., me permito informar que: una vez revisada la información suministrada por el contratista sobre el reemplazo del personal conforme lo establece el Anexo No. 1 del Acuerdo Marco de Precios (AMP) No. CCE-972-AMP-2019; los supervisores en conjunto concluimos que existe un presunto incumplimiento en virtud de que el contratista no ha reemplazado de manera temporal o definitiva en el término oportuno establecido en el anexo aludido [...]”.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), el DACP dio inicio al trámite sancionatorio dispuesto en el referido



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

Estatuto Anticorrupción. En ese orden de ideas, el DACP citó al contratista y su garante (Seguros del Estado S.A.) a audiencia, con pleno cumplimiento de los requisitos de ley y remitió el informe de supervisión que solicita la apertura del trámite administrativo sancionador, el informe final de supervisión, y las pólizas de seguro que garantizan el cumplimiento del contrato. Las notificaciones correspondientes se surtieron mediante radicados Orfeo Nos. 202241350200000341, 202241350200000351 y 202241350200000361 del 3 de agosto de 2022.

Que tanto al contratista como al garante de la obligación en aras de legitimar su derecho al Debido Proceso (artículo 29 C.N.) y a las subsecuentes garantías procesales de contradicción y defensa se les notificó con anterioridad a la audiencia inicial las normas, cláusulas y en general las disposiciones contractuales que posiblemente se han infringido, a saber:

“De acuerdo con la cláusula 11 ‘Obligaciones de los Proveedores’ a partir de la obligación 11.28 (inclusive), enlista las obligaciones específicas de las órdenes de compra. A saber, el proveedor se obliga a: 11.51. Reemplazar el personal que presta el servicio Integral de Aseo y Cafetería en las condiciones establecidas en el Anexo 1 del pliego de condiciones. A su vez, el Anexo No. 1, estipula las condiciones técnicas del Proceso de Contratación CCENEG-021-1-2019. Sobre el asunto de reemplazo de personal, se establecen los siguientes dos lineamientos: Reemplazos del personal. Reemplazo definitivo del personal que no cumple con las condiciones del Anexo 2 las actividades del Anexo 1 o que incurra en algunas de las condiciones de terminación de contrato por causas debidamente justificadas. El tiempo máximo de respuesta para reemplazo definitivo del personal es de máximo ocho (8) días hábiles desde el momento en el que el Proveedor conoce la solicitud. El personal que reemplace a los titulares debe cumplir con al menos los requisitos establecidos en el Anexo 2. Reemplazo temporal del personal ausente por cuenta de retrasos, incapacidades, licencias, vacaciones, retiros y otras causas debidamente justificadas que no permitan el cumplimiento de los horarios acordados para la prestación del servicio en máximo en un (1) día hábil después del turno acordado con la Entidad Compradora para las Regiones de Cobertura de la 1 a la 11, y de (2) días hábiles para las Regiones de Cobertura de la 12 a la 18”.

Que, del posible incumplimiento de las anteriores obligaciones contractuales, se podrían originar las siguientes consecuencias:

a. La declaratoria de incumplimiento del contrato

“Cláusula 18. Declaratoria de incumplimiento

En caso de incumplimiento de las obligaciones generales establecidas en la Cláusula 11 por parte del Proveedor del Acuerdo Marco, Colombia Compra Eficiente puede adelantar el procedimiento establecido en la ley para la declaratoria del incumplimiento, la cuantificación de los perjuicios de este, y para hacer efectiva las multas establecidas en la Cláusula 19 e imponer la cláusula penal señalada en la Cláusula 20”.

b. Multas y sanciones

“Cláusula 19. Multas y Sanciones

Las partes pactan las siguientes multas imponibles al Proveedor por el incumplimiento declarado por:

19.1 Colombia Compra Eficiente:

- Multas: Colombia Compra Eficiente puede imponer al Proveedor multas de hasta el 5% de la



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

suficiencia del amparo de cumplimiento de la garantía de cumplimiento otorgada por el Proveedor, cuando incumpla alguna de las obligaciones referidas en los números 11.1 al 11.27 del Acuerdo Marco contenidas en la Cláusula 11.

El Proveedor debe pagar a Colombia Compra Eficiente las multas pactadas en la presente cláusula.

19.2 Las Entidades Compradoras:

- Multas: La Entidad Compradora puede imponer al Proveedor multas de hasta el 10% del valor de la Orden de Compra, cuando el Proveedor incumpla alguna de las obligaciones específicas referidas en los numerales 11.28 al 11.66 al del Acuerdo Marco contenidas en la Cláusula 11 del presente documento.

19.3 En caso de no responder a la Solicitud de Cotización en cinco (5) o más eventos de cotización de acuerdo con lo establecido en la cláusula 11.5 durante un año contado a partir de la primera no cotización, Colombia Compra Eficiente podrá aplicarle al Proveedor que no cotiche una multa de 20 SMLMV.

Los valores de las multas impuestas al Proveedor, señaladas en la presente cláusula serán pagados a la Entidad Compradora en caso de que el incumplimiento del Acuerdo Marco derive directamente del incumplimiento de las obligaciones de la Orden de Compra, caso en el cual dichos valores podrán ser compensados con las sumas que le adeude la Entidad Compradora al Proveedor.

El pago de dichas multas no exonera al Proveedor de ejecutar las obligaciones a su cargo en virtud de la suscripción del Acuerdo Marco y de las Órdenes de Compra.

Cláusula 20. Cláusula penal

En caso de que el Proveedor incumpla parcial o totalmente las obligaciones establecidas en la números 11.1 al 11.27 Cláusula 11 del Acuerdo Marco, Colombia Compra Eficiente podrá hacer efectiva la cláusula penal por una suma equivalente hasta el 5% de la suficiencia del amparo de cumplimiento de la garantía de cumplimiento otorgada por el Proveedor. La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de Colombia Compra Eficiente, cuando el Proveedor incurra en mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones. En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de Colombia Compra Eficiente.

La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de Colombia Compra Eficiente, cuando el Proveedor se abstenga de responder a las solicitudes de cotización y sea reportado por las Entidades Compradoras.

En caso de que el Proveedor incumpla parcial o totalmente las obligaciones establecidas en numerales 11.28 al 11.66 la Cláusula 11 del Acuerdo Marco, la Entidad Compradora podrá hacer efectiva la cláusula penal por una suma equivalente de hasta el 10% del valor total de la Orden de Compra que incumplió. La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de la Entidad Compradora, cuando el Proveedor incurra en una mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones. En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de la Entidad Compradora.

En ninguno de los casos expuestos anteriormente, el pago o deducción de la cláusula penal significará la exoneración del cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco ni de las Órdenes de Compra”.

- c. Declaratoria de siniestro y efectividad de las garantías establecidas en el contrato. Póliza de seguros No. 4544-101132269 expedida el 1 de febrero de 2022 por la compañía Seguros del Estado S.A. (Nit. 860.009.578-6), específicamente el amparo de “CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO”, hasta por valor de: QUINIENTOS TRECE MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON TRES CENTAVOS (\$513.199.345.06).



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

- d. Registro de la posible sanción por incumplimiento en el Registro único de Proponentes y SECOP II.

Que el 18 de agosto de 2022 a las 09:00 a.m. Tal como se había convenido en la notificación, se dio inicio a la audiencia sancionatoria de incumplimiento, constatando la presencia y capacidad de las partes que se presentan, resolviendo que el contradictorio se ha integrado de manera completa. En este sentido otorga el uso de la palabra al contratista y al garante de la aseguradora con el fin de que rindan sus descargos, aporten y soliciten pruebas.

Que el contratista y la garante de la obligación ejercieron su derecho de defensa y contradicción, rindiendo los descargos correspondientes.

I. DESCARGOS DEL CONTRATISTA Y DEL GARANTE DE LA OBLIGACIÓN

1. LOS DESCARGO DEL CONTRATISTA “SERVIESPECIALES S.A.S”

El mandante de la contratista como elementos de su defensa técnica esgrime varios argumentos tendientes a que la Administración Distrital: “se abstenga de emitir una sanción económica o de otro tipo [...]”. En este sentido los argumentos que expone con la finalidad de lograr esta pretensión, son los siguientes:

“Con relación al tema de los ausentismos temporales y que fueron de un solo día, agradecemos a la entidad validar nuevamente el número de días en el informe reportan como tiempos en los que no se prestó el servicio y omitirlos como si fueran tiempos cumplidos, dado que como contratistas tenemos un día hábil para cubrir el servicio cuando se trata de ausencias temporales, y como fueron en muchos casos y en su mayoría contingencias de un solo día, al día siguiente quedaba subsanado y los ausentismos en ese sentido temporales que no superaron un día, una incapacidad de algún trabajador de un solo día, que al día siguiente por ejemplo volvía a trabajar, no deberían de ser tenidos en cuenta en el informe como tiempos incumplidos porque se reemplazó o la misma persona pues se presentó a trabajar al día siguiente una vez había sido superada la contingencia que presentaba.

Entonces frente a ese punto de los ausentismos temporales, o más bien solicitamos que se divida en dos; los ausentismos que fueron ausentismos temporales y los ausentismos o tiempos no laborados ya de forma definitiva, por los tiempos de respuesta que se tiene para cada uno de ellos o para cubrir estas contingencias de acuerdo al acuerdo marco de Colombia Compra Eficiente.

Los ausentismos definitivos que fueron ausentismos ya pues por renunciaciones o por diferentes terminaciones del contrato que fueron en sí los más complejos de cubrir



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

fueron comparativamente menores a los ausentismos temporales que eran los que ya acabo de mencionar.

Tercero: En los informes anexos a la citación se confirma siempre que el servicio de aseo se prestó a satisfacción en cada una de las sedes y se confirma el recibido del servicio, de la maquinaria, de los insumos y de todo los demás a plena satisfacción de la entidad contratante.

En efecto, se presentaron algunas contingencias como lo menciono, que tratamos de resolver con la mayor rapidez del caso, y de hecho la empresa fue mejorando en tal aspecto, tomó medidas como la contratación de supernumerarias y en la misma facturación ascendente que se puede ver mes a mes, se evidencia que las medidas que tomó Serviespeciales tuvieron el efecto esperado.

Quinto: Las razones principales que derivaron en la situación que hoy nos ocupa y en los cargos más complejos de cumplir pues son las siguientes:

Con relación a los auxiliares de mantenimiento con curso de altura, ha inicio de año no todas las instituciones estaban renovando los certificados, bajo el argumento de que los certificados se mantendrían activos hasta la finalización de la emergencia sanitaria, lo cual se dió pues con corte al primer semestre del año 2022.

Dos: Tuvimos renunciias de estos cargos de los auxiliares de mantenimiento con curso de altura con una causa que en algún momento fue común y era que les pedía realizar actividades de aseo. Esto, aclaro en palabras de los operarios quienes no estaban de acuerdo porque nos afirmaban que su oficio y la razón de ser de su cargo sería realizar mantenimientos en alturas o en piso pues normalmente, pero no realizar actividades de aseo. Eso de cierta manera para ellos desmejoraba la condición con la cual habían sido contratados si se nos presentaban las renunciias.

A inicio de año además se presentaron diferentes aislamientos por COVID, lo que nos generó no solamente ausentismos de las personas que teníamos que aislar por presunto COVID, sino además dificultades en reclutamiento del nuevo personal.

Se realizan convocatorias, se realizan ferias de empleos, se citan de forma masiva personal para las firmas de contrato y demás y esto en realidad ha venido teniendo un buen resultado casi que a partir del segundo trimestre del año. A inicio de año fue bien completo por el punto pues de COVID alto que se presentó.

ap
p
f

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

Como puntos finales; desde Serviespeciales no se facturaron esos tiempos no laborados por los servicios que no, que no se prestaron por el personal que de alguna u otra manera presentaba los ausentismos, por lo que no se afectó a la entidad económicamente. Se terminó prestando el servicio a satisfacción como lo mencioné al inicio y como quedó constatado en los informes de supervisión.

Y adicionalmente nuestros coordinadores o supervisores encargados presentaron propuestas a la entidad para recuperar esos tiempos, por ejemplo, con brigadas adicionales de aseo, tiempo adicionales de aseo que podíamos en su momento cubrir, y esta propuesta no fue aceptada. Es decir, tratamos de tomar tanto medidas internas como la contratación de supernumerarias para suplir de forma más rápido los ausentismos y medidas con la entidad como hacer la propuesta de recuperar estos tiempos no laborados mediante brigadas de aseo”.

Como elementos de prueba, aportaron al trámite del proceso administrativo sancionatorio, los siguientes elementos de prueba:

- i. Constancia de control de reclutamiento en SIETE (7) folios, los cuales dan cuenta de los ingentes esfuerzos por parte de la Contratista en contratar personal para ejecución de las labores de aseo. En el mismo sentido con estos documentos la contratista pretende demostrar el control de reclutamiento externo de personal, requerido para llenar las vacantes que de conformidad con la teoría de la Contratista obedece a las contingencias de personal que ha renunciado en la empresa. Aunado al control de reclutamiento, aportan las piezas infográficas de convocatoria y el listado -manuscrito- de personas interesadas en ser vinculadas a la compañía.
- ii. En sentido similar al anterior medio de prueba, la Contratista también aporta el control de reclutamiento, piezas infográficas, certificaciones de jornadas de empleabilidad ante el SENA, Comfenalco, entre otras instituciones privadas en CUARENTA (40) folios. La pertinencia de estos documentos está dirigida a acreditar el esfuerzo constante desplegado por la contratista; aunado a lo anterior certifican haber participado en VEINTIDOS (22) actividades para contratación, a saber: ferias de empleabilidad, tomas públicas y convocatorias laborales. Por otra parte, exponen documentalmente la estrategia de atracción de personal que ejecuta la empresa en la que identifican como fuentes de contratación: i) las tomas públicas; ii) alianzas con cajas de compensación e instituciones; iii) ferias de empleo; iv) reclutamiento en redes sociales; v) ferias de empleo y; vi) casas abiertas y plan referidos. La consecuencia de los esfuerzos de contratación, se concretan en: MIL DOSCIENTAS OCHENTA Y SIETE (1287) hojas de vida captadas, DOSCIENTAS VEINTE (220) hojas de vida direccionadas y VEINTITRES (23) hojas de vida contratadas.



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

- iii. Documentalmente la empresa contratista aporta un comparativo estadístico en el que formula como variables a comparar: ausentismos provisionales v. Ausentismos temporales. Se destaca que de la comparación relativa entre las dos variables, estadísticamente la contratista destaca la disminución de incidencias de ausentismos definitivos y temporales a partir del mes de mayo.

2. DESCARGOS DEL GARANTE DE LA OBLIGACIÓN: SEGUROS DEL ESTADO S.A.

La compañía de seguros “Seguros del Estado S.A.” es la garante de las obligaciones contraídas por Institucional SERVIESPECIALES S.A.S. Y la Administración Distrital de Santiago de Cali tal como consta en LA ORDEN DE COMPRA 80543 de 2021. Los argumentos que expone el apoderado de Seguros del Estado S.A., están encaminados por una parte a coadyuvar la postura defensiva esgrimida por el Contratista y por otra parte destacar que la Administración Distrital ha omitido analizar los requisitos de imputación de responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato. En sus argumentos de descargo, sostuvo las siguientes tesis:

“Reiterando la importancia que el debido proceso representa a las actuaciones administrativas más sobre aquellas de carácter sancionatorio como es la que hoy nos ocupa, se debe tener de presente que la responsabilidad objetiva en derecho administrativo sancionatorio se encuentra totalmente proscrita.

Teniendo en cuenta la anterior observación, será necesario en toda actuación administrativa demostrar que además de darse el incumplimiento por acción u omisión, esta se da como consecuencia directa de la culpa o dolo del contratista, tema que ha sido estudiado por la Corte Constitucional, la cual mediante la sentencia C-545 del 18 de julio de 2007 señaló lo siguiente:

La exigencia que en materia sancionatoria deba tenerse en cuenta siempre de la conducta implica que la imposición de la sanción solo es posible si el sujeto activo ha cometido falta con dolo o culpa, esto es con conocimiento y voluntad positiva de la obtención de los resultados de su comportamiento o con simple conocimiento del mismo pero en observancia o en deber de cuidado y diligencia.

En otros términos para imponer la sanción penal, disciplinaria o administrativa no basta con que el actor ejecute el comportamiento reprochable, es requisito que la autoridad sancionatoria verifique las condiciones en que se produjo la falta y examine el grado de conocimiento o voluntad que termine en la configuración del comportamiento.

Por ello, la corte ha dicho que la culpa supuesta no es el único requisito necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga. En esta línea la corriente contemporánea del derecho sancionatorio ha propugnado la consolidación de la culpabilidad como elemento protagónico del derecho de la sanción llegando incluso a elevarla a rango de principio fundante constitucional.

Ciertamente la prescripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano, impone la restricción de sancionar la conducta por el solo hecho de la ocurrencia del



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

resultado y exige en cambio verificar la finalidad dolosa, culposa en la ejecución de la acción que se investiga.

Dicha exigencia también se encuentra presente en las condiciones generales de la póliza de cumplimiento que Seguros del Estado ya expidió y que debe ser conocida por la entidad al momento de aprobar esta garantía la cual señala lo siguiente:

Numeral 1.4. Amparo de cumplimiento del contrato: El amparo de cumplimiento cubre la entidad estatal asegurada por los perjuicios directos derivados de a) El incumplimiento total o parcial del contrato cuando el incumplimiento es imputable al contratista. b) El incumplimiento tardío, defectuoso del contrato cuando el incumplimiento es imputable al contratista. Es así que señalando claramente que el incumplimiento debe ser imputable al contratista lo que evidentemente se relaciona con el hecho de que actualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado declara que en las actuaciones administrativas se encuentra proscrita la responsabilidad civil de carácter objetivo, pues en este caso la administración debe sustentar bajo supuestos legales si resulta válido el imputarle responsabilidad al contratista sin que se llegue a establecer su actuar bajo la óptica de una responsabilidad objetiva, pues en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que la responsabilidad por las infracciones administrativas se impone a los infractores en la medida en que su acción delictuosa haya causado un verdadero perjuicio a la administración y es claro para el presente caso que dicho año no resulta plenamente demostrado y no se evidencia en qué medida el contratista actuaba bajo supuestos de culpa o dolo.

Ahora bien, respecto a la Corte Constitucional ha inculcado lo siguiente:

De conformidad con el artículo 29 constitucional, toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

La introducción del elemento de culpabilidad como condicionamiento de la imposición de la sanción constituye la declaración inequívoca de que el régimen sancionatorio colombiano proscribía la responsabilidad objetiva como fuente de responsabilidad personal.

Lo anterior implica que el régimen sancionatorio nacional y de la asignación de sanciones por la sola realización de la conducta. El modelo de responsabilidad objetiva persigue la sanción de la conducta que se ajusta a la descripción del tipo punible sin reparar en el grado de conocimiento y evolución del sujeto que la realiza, ello quiere decir que el modelo de responsabilidad objetiva niega de suyo el principio de culpabilidad.

En efecto para el caso que nos ocupa, la entidad intenta (no es claro 23:59) responsabilidad imputable al supuesto incumplimiento al contratista bajo el supuesto de una responsabilidad objetiva, pues no indica claramente ni se prueba la causa eficiente del presunto incumplimiento en qué medida se le puede endilgar culpa o dolo en las actuaciones dadas por el mismo, motivo por el cual pues se solicita respetuosamente a la entidad revisar las razones que fundan la motivación de este pliego de cargos por el cual pretende sancionar al contratista en el cual informo pues no se demuestra qué perjuicios se le hayan generado realmente a la entidad.

En consecuencia pues encontramos que la entidad no demuestra una acreditación formal de la culpa o dolo del contratista en los presuntos incumplimientos del contrato.



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

"POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S."

Como siguiente argumento hablaremos sobre la no procedencia de la afectación del amparo de cumplimiento de la póliza de cumplimiento a entidad estatal por inexistencia en imputabilidad del contratista por el presunto incumplimiento.

Como es de conocimiento de los presentes la Administración no establecido en la normatividad legal que regula lo pertinente a la contratación estatal se expidió la póliza de cumplimiento estatal a favor del municipio de Santiago de Cali. En virtud de ello las condiciones generales aplicables al mencionado seguro que son de conocimiento y aprobación por parte de la entidad establecen para el amparo de cumplimiento, pues no lo voy a leer nuevamente porque lo manifesté en el argumento anterior, pero es el numeral 1.4 del clausulado de la póliza.

Así las cosas es necesario que se presenten los siguientes presupuestos para afectar la mencionada póliza de cumplimiento. Pues primero que se genere un perjuicio a la entidad contratante, que dicho perjuicio pues le sea imputable al contratista.

Dichos presupuestos están directamente relacionados con los elementos esenciales de la responsabilidad civil contractual que le puede surgir a la aseguradora y que corresponden a la conducta la culpa, dolo, daño y el nexo causal.

Lo anterior implica necesariamente que estamos ante un escenario de responsabilidad y que para el efecto debe tenerse clara la diferencia entre la responsabilidad objetiva de la subjetiva, siendo la primera de ellas un tipo de responsabilidad civil que se produce con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable, mientras que la responsabilidad subjetiva se funde exclusivamente en una existencia de culpa por parte de un sujeto destacando que la responsabilidad objetiva no exige tal requisito.

En el presente caso y pues las explicaciones dadas por el contratista no existen incumplimientos por parte de ellos por los cuales se pueda llegar a hacer efectiva la póliza en su amparo de cumplimiento del contrato y más aún cuando no se han demostrado realmente los perjuicios que se le hayan generado ni los presupuestos para que se pueda llegar a ser efectivo este amparo.

Así las cosas se puede concluir que no existe un incumplimiento del contratista, que el presunto incumplimiento que se le imputa al contratista no le es imputable a éste, es decir, a una ausencia de culpabilidad que no existe un perjuicio o daño causado a la entidad debidamente demostrado, y en ese orden de ideas existe un rompimiento del nexo causal entre el daño y la conducta del contratista.

Por lo anterior y con base en las anteriores explicaciones a la fecha no se ha configurado los elementos esenciales de la responsabilidad, motivo por el cual pues se solicita a la entidad dar por terminado el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

Como otro argumento, hablaremos sobre la inexistencia del perjuicio que la entidad pretende reclamar.

Siguiendo la misma línea argumentativa, resulta totalmente conveniente poner de presente a la entidad contratante lo establecido 1077 del Código de Comercio, el cual establece lo siguiente:

Corresponde a la asegurada demostrar la ocurrencia del siniestro así como la cuantía de la pérdida, si fuera el caso, el asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

Ahora bien, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha reiterado que una entidad estatal pretende afectar una póliza de cumplimiento en los perjuicios sufridos por el presunto incumplimiento del contratista, dicho perjuicio no puede ser supuesto sino que debe ser plenamente terminado, toda vez que el perjuicio o daño que se alega por parte del ente público debe ser plenamente demostrado y debidamente motivado, pues no puede darse lugar a enriquecimiento sin justa causa.

En efecto, pues para el presente caso, la entidad no ha demostrado que los perjuicios sean directos. Es más, la entidad pasa por alto lo dicho por la jurisprudencia y la doctrina colombiana lo que hace referencia a los requisitos del daño para que el mismo resulte ser objeto de una eventual indemnización o reparación pecuniaria para que sea estimado como tal.

Pues, primero: Debe ser cierto; el perjuicio es cierto cuando aparece consumado y definitivo, efectivo y real en el momento de liquidarse. La certeza del daño debe ser absoluta para que el daño sea resarcible.

Segundo: Debe ser actual; el perjuicio debe ser actual pero debe existir certeza de este.

Y, tercero: Debe ser directo; el responsable del daño tiene la obligación de reparar el daño cuando tiene relación plena con su conducta.

Es importante mencionar que conforme las características de la garantía solicitada y otorgada y aprobada por el asegurado, esto es el Municipio de Santiago de Cali, y conforme a la naturaleza jurídica del asegurado si el interés de este último es hacer efectiva dicha póliza, el asegurado deberá ajustarse en lo preceptuado en el Código de Comercio y en el clausulado de la póliza en referencia.

Así las cosas, en cuanto a la posible afectación del amparo del cumplimiento del contrato contenida en la póliza del asunto, es del caso manifestar que dicha cobertura opera siempre y cuando el asegurado sufra algún perjuicio directo derivado del incumplimiento imputable de forma exclusiva al tomador del seguro, debiendo ser debidamente probado y cuantificado.

Se precisa que corresponde el concepto de perjuicio previamente aludido, a aquel detrimento patrimonial padecido por el asegurado representado en la asunción de mayores costos a los inicialmente previstos para la ejecución y/o terminación de los trabajos objeto del contrato. Circunstancia que no se comprueba con la documentación aportada, y pues también teniendo en cuenta lo manifestado por parte del contratista en este punto.

Soportando un poco más lo señalado, vale la pena resaltar que la doctrina define como perjuicio directo lo siguiente:

Las erogaciones que ha debido asumir el acreedor y que no le hubiere correspondido asumir en caso de no haberse el cumplimiento del deudor.

En este sentido, el daño resarcible presenta unos contornos más restringidos en las pólizas de seguro de cumplimiento con respecto a aquel que es propio de la responsabilidad contractual.

En ese orden de ideas, y pues para el caso que nos ocupa, pues no se evidencia que la entidad contratante haya sufrido un perjuicio real, un detrimento patrimonial, teniendo en cuenta pues los descargos que se presentaron en esta audiencia por parte del contratista.



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

Por tal motivo, finalmente solicitamos a la entidad que según los argumentos expuestos, se evalúen los mismos y se dé por terminado el presente procedimiento administrativo sancionatorio”.

II. CONSIDERACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DISTRITAL SOBRE LOS ARGUMENTOS DE DESCARGO DEL CONTRATISTA Y LA GARANTE DE LA OBLIGACIÓN

1. FUNDAMENTO DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA

La Administración Distrital reclama el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, manteniendo la premisa que la demora -hasta este momento injustificada- en el reemplazo del personal que se ausenta a los puestos de trabajo sea por temporal o definitivamente genera un menoscabo a los intereses de la Administración. El objeto contractual que vincula al contratante y contratista de acuerdo a la voluntad expresada es: “contratar la prestación del servicio integral de aseo para los bienes muebles e inmuebles propiedad del Distrito de Santiago de Cali”. Dicho lo anterior, el problema jurídico que se debe resolver es: ¿la mora en el reemplazo del personal lesionó materialmente el núcleo de la obligación contractual? Para dar respuesta a este interrogante se referirá a la línea trazada por el Consejo de Estado para establecer si se incumplió el objeto de un contrato, sobre este punto la Corporación manifestó:

“El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía¹. En síntesis, si el acreedor omite probar la existencia del daño y la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediamente condenada al fracaso”.

De lo anterior se deduce que el incumplimiento va más allá de que una conducta asumida por el contratista no se ajuste estrictamente a la letra del contrato. Sobre este punto en particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha concluido que el daño producto

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 25131. Reiterado en fallo de 26 de marzo de 2014, exp. 22831.



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

"POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S."

de un incumplimiento debe ir más allá del quebrantamiento estrictamente formal de una obligación.

"En cuanto al incumplimiento, nos encontramos ante una típica pretensión de reparación con ocasión de la no sujeción a lo pactado, por cualquiera de las partes del contrato. Implica una declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento consiguiente de las indemnizaciones correspondientes de acuerdo con lo pedido y demostrado por la parte que se crea lesionada por el presunto incumplimiento de la otra"².

De conformidad con los parámetros establecidos por el Consejo de Estado, es indispensable la demostración de un daño contractual efectivo, es decir, una lesión material y antijurídica al núcleo de la obligación contractual pactada; a saber, esta última es la prestación del servicio de aseo a los bienes que la Administración Distrital haya determinado. El daño Contractual a su vez, ha sido definido como:

"El daño contractual consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación y en estos términos, dicha responsabilidad contractual comprende las dos modalidades de daño emergente y lucro cesante. (arts. 1613 y 1614 del Código Civil)"³.

Por lo anterior, la carga de la prueba en la demostración del daño estaría en cabeza de quien lo alega, que en el caso en estudio es el Departamento Administrativo de Contratación Pública en representación de los intereses de la Administración Distrital. En consecuencia, al examinar la información suministrada por el Supervisor del contrato, si bien se evidencia que el contratista no ha sido diligente en el cumplimiento de los tiempos que técnicamente le confiere el contrato para reemplazar el personal, no es menos cierto que por una parte no se evidencia la ocurrencia de un daño real y cierto de la Contratante; y por otra el contratista ha demostrado haber sido diligente en las acciones circundantes en la consecución y contratación de personal para llenar las vacantes laborales.

En conclusión, no se ha demostrado la existencia de un daño efectivo del contratante toda vez que la obligación contractual de prestación del servicio de aseo no fue perturbada por el actuar imprudente del Contratista, en consecuencia no puede predicarse la existencia de incumplimiento a la obligación contractual pactada entre las partes. Por último, habría que entrar a resolver respecto de los reparados elevados por la afianzadora de la obligación y, a pesar de que no son de recibo por parte de la Administración Distrital, al no predicarse la existencia de un daño real y cierto al contrato siendo esta circunstancia beneficiosa para el contratista, no se pronunciará respecto de los reparos elevados.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 2003, Exp. 14394, C. P.: María Elena Gómez Giraldo

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011, Exp. 18878, C.P.: Olga Mérida Valle de De La Hoz.



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

RESOLUCIÓN No. 4135.010.21.54
(15 de noviembre de 2022)

“POR LA CUAL SE DECIDE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES; EN RELACIÓN AL ORDEN DE COMPRA NO. 80543 DE 2021 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD SERVIESPECIALES S.A.S.”

En virtud de lo anteriormente expuesto el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ALCALDÍA DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI,

RESUELVE:

Artículo Primero: DECLARAR la inexistencia de incumplimiento del objeto contractual por parte de la compañía contratista SERVIESPECIALES S.A.S. (890.331.277-2) referente a la orden de compra No. 80543 de 2021 cuyo objeto era: “Contratar la prestación del servicio integral de aseo para los bienes muebles e inmuebles propiedad del Distrito de Santiago de Cali”.

Artículo Segundo: ORDENAR la terminación de esta actuación administrativa a favor de la empresa contratista SERVIESPECIALES S.A.S. (890.331.277-2).

Artículo Tercero: De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, la presente resolución se notifica en estrados.

Artículo Cuarto: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse, sustentarse y decidirse en audiencia pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. El trámite del recurso será en el efecto suspensivo de conformidad con el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011.

Artículo Quinto: En firme la decisión, se ORDENA el archivo final de todas las diligencias.

Artículo Sexto. El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su publicación.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,

Dado en Santiago de Cali, a los quince (15) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022).

ALEJANDRA MARÍA PUENTES SAÍZ
Director de Departamento Administrativo

Proyectó: Alejandro Penilla Rodríguez – Contratista
Revisó: Mary Luz Andrade Gómez - Contratista
Jordanni Orejuela Toro – Contratista
Julián Andrés López Moreno– Subdirector de Departamento Administrativo

